

Pratique du droit de la construction

Marchés publics et privés



Patricia Grelier Wyckoff

EYROLLES

**Le Code
des marchés
publics
2006**

PRATIQUE DU DROIT DE LA CONSTRUCTION

Marchés publics et privés

Chez le même éditeur

B. DE POLIGNAC, J.-P. MONCEAU ET X. DE CUSSAC, Expertise immobilière,
4^e édition, 2007, 478 pages

P. GÉRARD, Pratique du droit de l'urbanisme,
5^e édition, à paraître en septembre 2007

P. GRELIER WYCKOFF, Le mémento des marchés publics de travaux,
3^e édition, 2007, 256 pages

P. GRELIER WYCKOFF, Le mémento des marchés privés de travaux,
2^e édition, 2007, 144 pages

P. HENDRICKX ET J. PERRET, Gestion technique de l'immobilier d'entreprise,
2003, 316 pages

M. MORO, M. CHOURAQUI ET M. DEDIEU, Guide pratique de la gestion des bâtiments,
2005, 144 pages

B. QUIGNARD, Guide pratique ascenseur et sécurité,
2005, 196 pages

PRATIQUE DU DROIT DE LA CONSTRUCTION

Marchés publics et privés

PATRICIA GRELIER WYCKOFF

Professeur à l'ICH

Cinquième édition 2007

EYROLLES



ÉDITIONS EYROLLES
61, bd Saint-Germain
75240 Paris Cedex 05
www.editions-eyrolles.com



Le code de la propriété intellectuelle du 1^{er} juillet 1992 interdit en effet expressément la photocopie à usage collectif sans autorisation des ayants droit. Or, cette pratique s'est généralisée notamment dans les établissements d'enseignement, provoquant une baisse brutale des achats de livres, au point que la possibilité même pour les auteurs de créer des œuvres nouvelles et de les faire éditer correctement est aujourd'hui menacée.

En application de la loi du 11 mars 1957, il est interdit de reproduire intégralement ou partiellement le présent ouvrage, sur quelque support que ce soit, sans autorisation de l'Éditeur ou du Centre Français d'Exploitation du Droit de Copie, 20, rue des Grands-Augustins, 75006 Paris.

© Groupe Eyrolles, 2000, 2002, 2005, 2007, ISBN : 978-2-212-12131-5

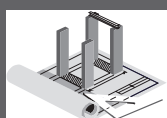


TABLE DES MATIÈRES

Partie 1 • 1

Les intervenants à l'acte de construire

1	LES MAÎTRES D'OUVRAGE	3
1.	Introduction	3
1.1.	Les trois grandes catégories de maîtres d'ouvrage	5
1.2.	Les fonctions des maîtres d'ouvrage	8
1.3.	Le vocabulaire européen : pouvoir adjudicateur (PA) et entité adjudicatrice (EA)	10
2.	La maîtrise d'ouvrage déléguée (MOD)	12
2.1.	Le maître d'ouvrage délégué quand le maître d'ouvrage est soumis à la loi MOP (marché réglementé)	12
2.2.	Le maître d'ouvrage délégué quand le maître d'ouvrage n'est pas soumis à la loi MOP (marché non réglementé)	17
3.	Le conducteur d'opération (AMO) en marchés publics et réglementés	19
3.1.	Une mission d'assistance générale	19
3.2.	Une mission transversale	20
3.3.	Les personnes pouvant être conducteurs d'opération	20
3.4.	Articulation avec les autres intervenants	21
3.5.	Choisir son conducteur d'opération : MAPA ou procédure négociée	22
3.6.	Conduite d'opération ou mandat ?	23
2	LA MAÎTRISE D'ŒUVRE	25
1.	Généralités	25
1.1.	La fonction de maîtrise d'œuvre	25
1.2.	Définitions générales	25
1.3.	L'équipe de maîtrise d'œuvre : son rôle	26
1.4.	Nature des contrats de maîtrise d'œuvre	26
1.5.	Le dispositif réglementaire	26
1.6.	Les maîtres d'ouvrage assujettis à la loi MOP (rappel du 1.1.2.2.)	27

1.7. Les ouvrages concernés par la loi MOP	27
1.8. Les contrats concernés par la loi MOP	28
2. Les éléments de mission de maîtrise d'œuvre	28
2.1. Phase de conception	29
2.2. Phase de réalisation	31
3. La mission de base	34
4. Le stade de la consultation des entreprises	36
4.1. Procédure générale	36
4.2. La consultation anticipée pour un ou plusieurs lots d'une technicité particulière : missions spécifiques de maîtrise d'œuvre	36
4.2. La consultation en conception-réalisation	38
4.3. En résumé	39
5. Le contrat de maîtrise d'œuvre	40
5.1. Généralités	40
5.2. Le forfait de rémunération de la maîtrise d'œuvre	40
5.3. L'engagement de la maîtrise d'œuvre	40
5.4. Les obligations de la maîtrise d'œuvre en matière d'évaluation des travaux pour les ouvrages de bâtiment (rappel)	41
6. La responsabilité du maître d'œuvre	42
6.1. La conception : les fautes de conception	42
6.2. Le conseil : le défaut de conseil	43
6.3. Le contrôle et la surveillance : le défaut de surveillance	43
6.4. L'atténuation de la responsabilité du maître d'œuvre par celle du maître d'ouvrage ou de l'entrepreneur	44
6.5. La responsabilité du maître d'œuvre vis-à-vis de l'entrepreneur	45
6.6. Garantie de bon fonctionnement et garantie décennale	46
7. La passation des marchés de maîtrise d'œuvre	47
7.1. Les contrats de maîtrise d'œuvre passés par un maître d'ouvrage privé non soumis à la loi MOP	47
7.2. Les contrats de maîtrise d'œuvre passés par un maître d'ouvrage non soumis au Code des marchés publics mais soumis à la loi MOP	48
7.3. Les contrats de maîtrise d'œuvre passés par un maître d'ouvrage soumis au CMP	48

3 LE COORDONNATEUR SÉCURITÉ ET PROTECTION DE LA SANTÉ

1. Généralités	55
1.1. Espace clos et indépendant	55

1.2. Plusieurs entreprises.....	56
1.3. Risques de coactivité.....	56
1.4. Le dispositif légal et réglementaire	57
1.5. Les trois catégories d'opération SPS	57
1.6. La notion de travaux de bâtiment et de génie civil	59
1.7. Les sanctions pénales pour le maître d'ouvrage et pour l'entrepreneur.....	60
2. Les obligations des intervenants à l'acte de construire en matière de sécurité et de protection de la santé.....	60
2.1. Le coordonnateur SPS.....	60
2.2. Les obligations du maître d'ouvrage.....	63
2.3. Les droits et obligations des entreprises et des sous-traitants ..	67
3. Les documents.....	69
3.1. Le plan général de coordination santé et sécurité (PGC)	69
3.2. Le plan particulier de sécurité et de protection de la santé (PPSPS)	70
3.3. Registre journal (RJ)	72
3.4. Dossier d'intervention ultérieure sur l'ouvrage (DIUO).....	73
4. Le Comité interentreprises de sécurité, de santé et des conditions de travail (CISSCT).....	74
4.1. Composition du CISSCT	74
4.2. La mission du CISSCT	75
4.3. Les différentes règles de fonctionnement du CISSCT	75
5. Les obligations des particuliers en matière de coordination de travaux	76
5.1. Obligations du maître d'ouvrage particulier	77
5.2. Obligations du coordonnateur désigné par la loi	77
6. Recommandations destinées à favoriser la prise en compte de la prévention des risques professionnels	78
6.1. La coordination en amont du chantier	78
6.2. La coordination pendant l'exécution du chantier.....	79

4 LES ENTREPRENEURS (LA DÉVOLUTION DES MARCHÉS)	81
1. Les marchés séparés en lots : l'allotissement.....	82
2. Le marché unique (ou à l'entreprise générale).....	83
3. Les groupements momentanés d'entreprises (GME) : la cotraitance ..	84
3.1. Généralités	84
3.2. Les deux formes de groupement	86
3.3. Le fonctionnement des GME	89

4. La sous-traitance	99
4.1. Règles communes à tous les marchés de sous-traitance	99
4.2. Sous-traitance et marchés publics	101
4.3. Sous-traitance et marchés privés	110
4.4. Requalification du contrat de sous-traitance par le juge	116
4.5. Responsabilité décennale du sous-traitant	119

Partie 2 • 121

Le cadre juridique de l'acte de construire

5 LES CONTRATS DU SECTEUR PRIVÉ 123

1. Nature juridique et domaine respectif de chacun des contrats	123
1.1. Domaine respectif des contrats dans le secteur protégé	123
1.2. Domaine respectif des contrats hors du secteur protégé	127
2. Les contrats du secteur protégé : dispositions d'ordre public	128
2.1. Le contrat de vente d'immeuble à construire	128
2.2. Le contrat de construction de maison individuelle	129
2.3. Le contrat de promotion immobilière	142

6 LES CONTRATS DU SECTEUR PUBLIC 145

1. Le contrat administratif	145
1.1. C'est la loi ou la jurisprudence qui qualifient un contrat de contrat administratif	145
1.2. Un contrat administratif implique des prérogatives et des droits	147
2. Les principaux contrats administratifs	152
2.1. Le marché.....	152
2.2. Les contrats globaux spéciaux	152
2.3. La délégation de service public	153
2.4. Bail emphytéotique administratif (BEA) (L 1311-2 et suiv. du CGCT)	154
2.5. Le bail emphytéotique des hôpitaux (BEH).....	157
2.6. Le contrat de partenariat.....	160
2.7. L'Autorisation d'occupation temporaire (AOT de l'État – art. L 2122-6 CG3P)	163
2.8. L'AOT avec option d'achat (LOA) : État pour la justice, la police, la gendarmerie et les armées (art. L 2122-15 du CG3P)	166
2.9. L'AOT des collectivités territoriales (art. L 1311-5 du CGCT)	171

2.10. Les contrats de la loi MOP	174
2.11. La vente en état futur d'achèvement (VEFA)	175
3. En résumé	175

7 LES TRAVAUX PUBLICS ET LES OUVRAGES PUBLICS 177

1. Notions de travaux publics et d'ouvrages publics	177
1.1. Les travaux publics	177
1.2. Les ouvrages publics	179
2. Régime juridique des travaux publics	181
2.1. Le caractère attractif des travaux publics : compétence des tribunaux administratifs	181
2.2. Les particularités du contentieux de travaux publics : la non-application de la règle du préalable	183
2.3. Les privilèges attachés aux travaux et ouvrages publics	184
3. En résumé	184
3.1. Notion de travaux publics et d'ouvrages publics	184
3.2. Régime juridique des travaux publics	185

Partie 3 • 187 **Les marchés**

8 LA PASSATION DES MARCHÉS 189

1. Généralités	189
1.1. L'entrée en vigueur du Code des marchés publics 2006	189
1.2. Les différentes catégories de marchés publics et les accords-cadres	189
1.3. Le prix	191
1.4. Les pièces constitutives des marchés publics	192
2. Le respect des principes	193
2.1. Le principe d'égalité des candidats	194
2.2. La liberté d'accès à la commande publique	194
2.3. Le principe de transparence	194
2.4. Sanctions du non-respect de ces principes	195
3. La publicité	195
3.2. Entre les seuils de 4 000 € HT et de 90 000 € HT : une publicité adaptée	195
3.3. Entre le seuil de 90 000 € HT et celui de 5 270 000 € HT ...	197
3.4. Au-dessus du seuil communautaire de 5 270 000 € HT	197

VI *Pratique du droit de la construction*

3.5. Absence de publicité : exceptions très limitées (art. 28, alinéa 4, et art. 35 II du CMP)	197
3.6. Le calcul des seuils : les notions d'ouvrage et d'opération (art. 27 du CMP et point 7.1.1 de la circulaire).....	198
4. La sélection des candidats	199
4.1. Interdictions de soumissionner (art. 43 du CMP et point 10.1 de la circulaire).....	199
4.2. Documents à produire par tous les candidats (ou sélection des candidatures) (art. 44 et 45 du CMP et point 10.2 de la circulaire).....	200
4.3. Pièces absentes ou incomplètes (art. 52 du CMP et point 10.3 de la circulaire).....	202
4.4. Documents à produire par le seul attributaire (art. 46 et 47 du CMP et point 10.4 de la circulaire).....	202
5. La sélection des offres	202
5.1. Les critères de sélection des offres : l'offre économiquement la plus avantageuse (art 53 du CMP et points 12, 12.1. de la circulaire)	202
5.2. Pondération des critères (art. 53 du CMP et point 12.1 de la circulaire).....	203
5.3. Variantes et options (art. 50. du CMP et point 4.4. de la circulaire).....	204
6. Les procédures de passation des marchés publics.....	205
6.1. Les marchés à procédure adaptée (MAPA)	205
6.2. Les trois catégories de marchés formalisés	208
7. La négociation	221
7.1. La négociation peut porter sur :	221
7.2. La négociation ne doit pas remettre en cause :	222
7.3. La négociation n'est autorisée que dans :	222
7.4. La négociation doit tenir compte :	222
7.5. Différence entre une procédure adaptée et une procédure négociée :	223
8. La dématérialisation des procédures de passation	223
8.1. De quoi s'agit-il ?.....	223
8.2. Que prévoit le Code des marchés publics ? (art. 56 du CMP et point 10.5 de la circulaire).....	224
9. La passation des marchés privés	227
9.1. La passation des marchés privés non réglementés	227
9.2. Le devis	228
9.3. La passation des marchés réglementés.....	229
9.4. La dématérialisation dans les marchés privés	234

9 LES GARANTIES 237

1. Les garanties que le maître d'ouvrage peut exiger de l'entrepreneur dans les marchés soumis au CMP 237
 - 1.1. La retenue de garantie et son remplacement par une caution ou par une garantie à première demande 237
 - 1.2. Les autres garanties 247
2. Les garanties que le maître d'ouvrage peut exiger de l'entrepreneur dans les marchés privés (loi du 16 juillet 1971)..... 248
 - 2.1. La retenue de garantie ou son remplacement par une caution . 248
 - 2.2. Les autres garanties 254
3. Les garanties dans un contrat de sous-traitance 254
 - 3.1. Celles que l'entrepreneur principal peut exiger du sous-traitant : une retenue de garantie remplaçable par une caution 254
 - 3.2. Celles que l'entrepreneur principal doit fournir au sous-traitant 257
4. La garantie que le maître d'ouvrage privé doit fournir à l'entrepreneur 257
 - 4.1. L'obligation pour le maître d'ouvrage privé de garantir l'entrepreneur du paiement de ses travaux..... 258
 - 4.2. Le mécanisme de la garantie de paiement 259
 - 4.3. La sanction de la non-fourniture de la garantie 260
 - 4.4. Caractère d'ordre public de l'article 1799-1 du Code civil ... 265

10 L'EXÉCUTION DU MARCHÉ 267

1. Les obligations du maître d'ouvrage et de l'entrepreneur liées à l'exécution des travaux 267
 - 1.1. Le rôle du maître d'ouvrage pendant l'exécution 267
 - 1.2. Les obligations de l'entrepreneur liées à l'exécution des travaux 268
2. Le paiement des travaux supplémentaires dans un marché à prix global et forfaitaire..... 284
 - 2.1. Les conditions classiques d'existence du marché à forfait 285
 - 2.2. Les conséquences du marché forfaitaire 290
3. La modification dans la masse des travaux et ses conséquences en termes de prolongation du délai et d'indemnisation des entrepreneurs..... 298
 - 3.1. Les droits de l'entrepreneur dans les marchés publics..... 298
 - 3.2. Les droits de l'entrepreneur dans les marchés privés (norme NF P 03-001) 301
4. L'interruption des travaux en cas de non-paiement 303
 - 4.1. En marchés publics 303

4.2. En marchés privés	303
5. Avenants et décisions de poursuivre (en marchés publics)	305
5.1. Les conditions de passation d'un avenant	306
5.2. Les avenants irréguliers.....	309
5.3. La décision de poursuivre	310
6. La gestion du compte prorata	311
6.1. Qui doit supporter les dépenses communes de chantier ?	311
6.2. Gestion et règlement du compte prorata	315
7. La prise en compte de préoccupations environnementales dans les marchés.....	318
7.1. Généralités	318
7.2. Qui engage sa responsabilité en matière de gestion des déchets de chantier	319
7.3. Un tri sélectif des déchets doit être envisagé	320
7.4. Faut-il créer un lot spécifique « déchets » ?	321
7.5. Faut-il intégrer le coût du traitement dans le compte prorata ?... ..	321
7.6. L'adaptation en marchés privés, comme en marchés publics, préoccupations environnementales	321

11 LA RÉCEPTION DES TRAVAUX.....325

1. Caractéristiques	325
2. Effets juridiques et financiers.....	326
2.1. Effets de la réception (au regard du droit des marchés).....	326
2.2. Effets de l'absence de réception (au regard de la responsabilité des constructeurs).....	326
2.3. Effets de la réception assortie de réserves.....	327
2.4. Effets de la réception sans réserves.....	328
3. Les étapes de la réception	329
3.1. Dans les marchés soumis à la norme NF P 03-001	329
3.2. Dans les marchés publics soumis au CCAG travaux	330
4. Le refus de réception	334
5. Les réserves à la réception	334
5.1. Remédier aux réserves dans le délai contractuel.....	334
5.2. Comment remédier aux réserves ?	335
6. Conditions de la réception tacite	336
6.1. Dans les marchés publics	336
6.2. Dans les marchés privés	337
7. Les caractéristiques de la garantie de parfait achèvement	338
8. En résumé	338

12 LE RÈGLEMENT DES MARCHÉS 341

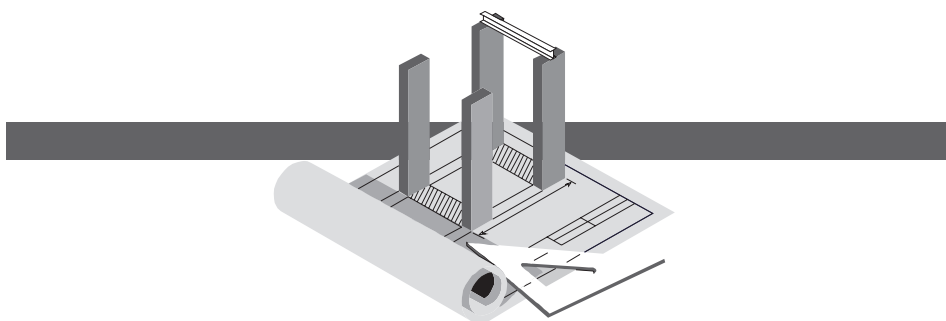
1. Le règlement des marchés publics soumis au CMP
et au CCAG Travaux 1976..... 341
 - 1.1. Le respect des règles de la dépense publique
et du financement préalable 341
 - 1.2. Le délai de paiement des entreprises 342
 - 1.3. L'avance et les acomptes 347
 - 1.4. Paiement du solde du marché : établissement du projet
de décompte final et contestation du décompte général 349
 - 1.5. Cession ou nantissement des créances résultant
des marchés publics 358
2. Marchés privés : les délais de paiement encadrés 365
3. Le prix et son règlement dans les marchés
soumis à la norme AFNOR NF P 03-001 366
 - 3.1. Le prix du marché 366
 - 3.2. Le paiement des acomptes 372
 - 3.3. Le paiement du solde : établissement du mémoire définitif
et contestation du décompte définitif 373
4. Modèle de mémoire de réclamation 377

13 LES CONTRÔLES ET LES RECOURS DANS LES MARCHÉS PUBLICS 379

1. Le contrôle a posteriori des marchés publics 379
 - 1.1. Les contrôles visant les actes administratifs 380
 - 1.2. Les contrôles visant les personnes 381
2. Les recours dans les marchés publics 385
 - 2.1. Litiges portant sur la passation du marché :
les recours traditionnels 386
 - 2.2. Litiges portant sur la passation du marché :
le référé préfectoral 391
 - 2.3. Litiges portant sur la passation des marchés :
le référé précontractuel (L 551-1 du CJA) 393
 - 2.4. Résumé du contentieux de la passation 398
 - 2.5. Litiges portant sur l'exécution du marché 399

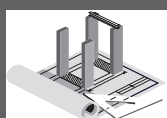
BIBLIOGRAPHIE.....411

INDEX.....415



Partie 1
LES INTERVENANTS
À L'ACTE
DE CONSTRUIRE





1

LES MAÎTRES D'OUVRAGE

Partie
I

1. Introduction

Le maître d'ouvrage est le protagoniste premier de l'acte de construire : il en prend l'initiative. C'est le client. Il en commande le déroulement. Mais la notion de maître d'ouvrage n'a pas une définition juridique unique qui déterminerait uniformément son rôle. Il y a en effet un gouffre entre l'État faisant construire une centrale nucléaire et le particulier faisant construire son pavillon.

C'est pourquoi plusieurs catégories particulières de maîtres d'ouvrage bénéficient de régimes spéciaux. La maîtrise d'ouvrage de bâtiments d'habitation ou à usage mixte est protégée par des régimes spéciaux propres à atténuer la faiblesse économique des particuliers, et la maîtrise d'ouvrage publique est soumise à un régime spécifique, compte tenu des fonctions d'intérêt général qu'elle remplit.

La norme AFNOR NF P 03-001 – décembre 2000, d'usage courant dans les marchés privés, définit le maître d'ouvrage dans son article 3.1.9 comme étant la « personne physique ou morale, désignée par ce terme dans les documents du marché et pour le compte de qui les travaux ou ouvrages sont exécutés ».

L'article 2-1 du CCAG Travaux applicable aux marchés publics de travaux, approuvé par le décret du 21 janvier 1976, auquel se réfèrent la plupart des marchés publics, définit le maître de l'ouvrage comme « la personne morale pour le compte de laquelle les travaux sont exécutés » (CCAG Travaux 1976).

À partir de ces définitions partielles, on peut définir le maître d'ouvrage selon trois critères :

- le maître d'ouvrage est une personne **titulaire d'un droit de construire** sur le terrain ou l'immeuble objet des travaux ; ce n'est pas nécessairement le propriétaire. Le maître d'ouvrage est le plus souvent propriétaire du sol et, par voie de conséquence, propriétaire de la construction. Mais les cocontractants recourent de plus en plus souvent à des montages complexes (souvent issus du droit privé) servant à préfinancer des ouvrages affectés, au moins pour partie, à des activités d'intérêt général. Ainsi dans un contrat de BEA (bail emphytéotique administratif), un CP (contrat de partenariat) ou en AOT/LOA (autorisation d'occupation temporaire avec option d'achat), 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 ;

- le maître d’ouvrage **agit pour son compte** (contrairement aux mandataires).

Le mode de réalisation de l’ouvrage ou sa destination (pour habiter personnellement, pour vendre ou louer) sont indifférents quant à la détermination du maître d’ouvrage.

Il n’y a pas de définition officielle unique. Il est néanmoins indispensable d’identifier le maître d’ouvrage.

La classification des maîtres d’ouvrage la plus simple et la plus usitée est la suivante :

- maîtres d’ouvrage publics,
- maîtres d’ouvrage réglementés (publics ou privés),
- maîtres d’ouvrage privés.

De cette classification découlent :

- des **règles spécifiques de passation et d’exécution** (respect du Code des marchés publics ou de l’ordonnance du 6 juin ou liberté contractuelle, respect ou non de la loi MOP du 12 juillet 1985) [cf. chapitre Passation] ;
- des **cahiers des charges spécifiques** (CCAG Travaux 1976, norme AFNOR n° NF P 03-001, CCAG SNCF, CCAG Aéroports de Paris, CCAG EDF...) ;
- des **règles de compétence juridictionnelle** propres (compétence des tribunaux de l’ordre judiciaire ou des tribunaux de l’ordre administratif).

Il est donc toujours de la plus grande importance, pour l’architecte, l’entreprise, et l’ensemble des intervenants à l’acte de construire, de déterminer pour quel type de maître d’ouvrage ils interviennent.

En marchés publics ces maîtres d’ouvrage, selon leurs activités, seront appelés « pouvoir adjudicateur » ou « entité adjudicatrice ». En effet, depuis la **transposition en droit français :**

- **de la directive 2004/17/CE** du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l’eau, de l’énergie, des transports et des services postaux (secteurs dits « exclus » ou « réseaux »),
- **et de la directive 2004/18/CE** du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, (secteurs dits « classiques » ou « travaux, fournitures, services »),
- tant dans le Code des marchés publics du 1^{er} août 2006,
- que dans l’ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005,

ces maîtres d’ouvrage, selon leurs activités, seront appelés « pouvoir adjudicateur » ou « entité adjudicatrice ».

Ce chapitre consacré aux maîtres d’ouvrage nous permettra d’étudier la maîtrise d’ouvrage et la maîtrise d’ouvrage déléguée, dans les marchés publics et dans les marchés privés. Qui sont-ils ? Quelles sont leurs fonctions ? Quelles sont leurs obligations ?

1.1. Les trois grandes catégories de maîtres d'ouvrage

1.1.1. Les maîtres d'ouvrage soumis au Code des marchés publics

Les maîtres d'ouvrage publics interviennent pour satisfaire à des besoins d'intérêt général. Leurs marchés sont strictement réglementés par le Code des marchés publics.

Les maîtres d'ouvrage soumis au Code des marchés publics, sont l'**État** (et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère économique et commercial) et les **collectivités territoriales** (et l'ensemble de leurs établissements publics).

Contrairement aux établissements publics de l'État, tous les établissements publics des collectivités territoriales sont soumis au Code des marchés publics sans restriction aucune, qu'ils revêtent un caractère administratif ou industriel. Par ailleurs, le Code s'applique aussi bien à ceux d'entre eux qui ont le statut d'établissement public territorial (structures de coopération intercommunale) qu'à ceux à caractère purement fonctionnel (lycées et collèges, hôpitaux publics, offices publics d'HLM, offices publics d'aménagement et de construction, centres communaux d'action sociale). Il a, par ailleurs, été jugé que les associations syndicales autorisées doivent être considérées comme des établissements publics rattachés aux collectivités territoriales.

Dans cette acception, la maîtrise d'ouvrage publique est soumise au respect de la loi MOP dans ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée et pour la passation de ses marchés au respect des dispositions du Code des marchés publics.

Au titre de l'État, on peut citer :

- **État** : services centraux (ministères), services déconcentrés (DDE, DDA, Direction régionale du génie...) ;
- **établissements publics de l'État** autres qu'établissements publics industriels et commerciaux, (établissements **administratifs** : écoles nationales type ENA, Beaux Arts, École normale supérieure, universités, établissements à **caractère culturel**, établissements à **caractère sanitaire et social**...) ;
- **établissements consulaires**, chambres de commerce et d'industrie (CCI), chambres d'agriculture, chambres de métiers. Bien que qualifiés d'établissements à « caractère économique » par la loi du 8 août 1994, ils n'en restent pas moins des établissements publics administratifs. Ils sont à ce titre soumis au Code des marchés publics.
- **établissements de santé et établissements publics sociaux ou médico-sociaux** qui, bien que soumis aux règles applicables aux collectivités territoriales (en leur qualité d'établissements publics locaux), bénéficient d'un régime dérogatoire. En effet, le Code des marchés publics prévoit de manière expresse un certain nombre de dispositions spécifiques ayant pour objet de les assujettir aux règles applicables à l'État. De même, les **syndicats inter-hospitaliers** sont soumis au même régime que les établissements de santé par le Code de la santé publique. **À noter toutefois** que la loi de programme n° 2006-450 du 18 avril 2006 pour la recherche soumet les établissements

publics de l'État ayant, dans leurs statuts, **une mission de recherche** non plus au Code des marchés publics, mais à l'ordonnance du 6 juin 2005.

Dès lors qu'un article du Code des marchés publics vise l'État, il s'applique à ses établissements publics autres que ceux à caractère industriels et commerciaux ;

Au titre des collectivités territoriales, on peut citer :

- **collectivités territoriales** : communes, départements, régions de droit commun ou dotées d'un statut spécifique (Paris, Lyon, Marseille, communes d'Alsace-Lorraine...), régions et départements d'outre-mer (Saint-Pierre-et-Miquelon, Guyane, Martinique, Guadeloupe, La Réunion, Mayotte), mais pas les territoires d'outre-mer... ;
- **établissements publics des collectivités territoriales**, sans restriction aucune, qu'ils revêtent un caractère administratif ou un caractère industriel et commercial (structures de coopération intercommunale (EPCI, SIVU, SIVOM, communautés urbaines...), lycées et collèges, hôpitaux publics, offices publics d'HLM, offices publics d'aménagement et de construction, centre communaux d'action sociale...). Il a par ailleurs été jugé que les associations syndicales autorisées (ASA) doivent être considérées comme des établissements publics rattachés aux collectivités territoriales.

Les établissements publics sont soumis aux règles applicables à leur collectivité de rattachement.

Dès lors qu'un article du Code des marchés publics vise les collectivités locales, il s'applique également à leurs établissements publics.

1.1.2. Les maîtres d'ouvrage réglementés

Il s'agit ici de la maîtrise d'ouvrage réglementée, qu'elle soit **publique** (EPIC : établissements publics à caractère industriel et commercial) **ou privée** (SA d'HLM, organismes de sécurité sociale).

D'une façon générale, sera considéré comme maître d'ouvrage réglementé tout donneur d'ordres **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.

Ces personnes, publiques ou privées, bien que non assujetties au Code des marchés publics, **sont soumises à des règles spécifiques de passation de leurs marchés** et donc à des obligations de mise en concurrence imposées par le droit communautaire. Ces organismes (à l'exception des organismes de sécurité sociale qui doivent respecter le Code des marchés publics) relèvent du régime de **l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005** relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics et de ses décrets d'application n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 relatif aux pouvoirs adjudicateurs et n° 2005-1308 du 20 octobre 2005 relatif aux entités adjudicatrices. C'est par ailleurs la maîtrise d'ouvrage dite publique au

sens de la loi MOP (n° 85-704 du 12 juillet 1985, loi qui régit les rapports entre la **maîtrise d'ouvrage publique** et la **maîtrise d'œuvre privée**.

a) Les maîtres d'ouvrage privés réglementés sont notamment :

- les **organismes privés d'HLM** (sociétés anonymes, coopératives d'HLM et sociétés de crédit immobilier) ;
- les **sociétés d'économie mixte (SEM)**, sociétés d'économie mixte locales (SEML), des SEM d'aménagement, des SEM de construction et de gestion de logements sociaux...

À noter que, si **une personne privée** est **mandataire d'une personne publique soumise au Code des marchés publics**, elle doit, pour les marchés passés en exécution de ce mandat, respecter les dispositions du Code des marchés publics ; c'est le cas notamment des sociétés d'économie mixte (SEM). Ainsi **une SEM, lorsqu'elle est mandataire d'une personne soumise au Code des marchés publics**, doit respecter le Code des marchés publics et, en cas de litige, le tribunal compétent sera le **tribunal administratif**.

- la Banque de France, la Caisse des dépôts, etc. ;
- la Poste, EDF, GDF, la SNCF, la RATP, RFF, etc. ;
- mais aussi, des **organismes de sécurité sociale** du régime général (caisses régionales et primaires d'assurance maladie, caisses d'allocations familiales et URSSAF) qui, bien qu'organismes de droit privé, sont soumis au Code des marchés publics (complété par un arrêté du 4 octobre 2005 modifié par un arrêté du 6 mars 2006) ;

En cas de litige avec ces maîtres d'ouvrage, les tribunaux de l'ordre judiciaire sont compétents.

b) Les maîtres d'ouvrage publics réglementés sont notamment :

- les établissements publics de l'État à caractère industriel et commercial (**EPIC**),
- les établissements publics à caractère administratif ayant dans leur statut **une mission de recherche**, parmi lesquels les établissements publics à **caractère scientifique, culturel et professionnel**, les établissements publics de **coopération scientifique** et les établissements publics à **caractère scientifique et technologique**, pour les achats de fournitures, de services et de travaux destinés à la conduite de leurs activités de recherche. Ils relèvent de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics et non pas du Code lui-même (art. 30 de la loi de programme n° 2006-450 du 18 avril 2006 pour la recherche).
- les groupements d'intérêt public (**GIP**)...

En cas de litige avec ces maîtres d'ouvrage, les tribunaux de l'ordre administratif sont compétents.

Tous ces maîtres d'ouvrage réglementés, qu'ils soient publics ou privés, sont également soumis dans leurs rapports avec la maîtrise d'œuvre privée **aux**

dispositions de la loi dite MOP du 12 juillet 1985 modifiée qui régit les rapports entre la maîtrise d'ouvrage publique et la maîtrise d'œuvre privée (MOP).

1.1.3. Les maîtres d'ouvrage privés

Contrairement aux maîtres d'ouvrage publics et aux maîtres d'ouvrage réglementés qui travaillent avec de l'argent public, la caractéristique commune à tous les maîtres d'ouvrage privés non réglementés est **d'assumer le risque financier de l'opération**.

On distingue généralement :

- les maîtres d'ouvrage **privés professionnels** : les promoteurs constructeurs (une société civile immobilière – SCI – spécifique à l'opération est généralement créée), les organismes collecteurs du 1 %, etc. ;
- les maîtres d'ouvrage **privés institutionnels** : les banques, les compagnies d'assurances, les mutuelles, etc. ;
- les maîtres d'ouvrage **privés occasionnels** : industriels, commerçants, associations, particuliers, construisant ou rénovant pour les besoins de leur activité ou pour des besoins personnels et familiaux, etc.

Assumant le risque financier de l'opération, qu'ils soient professionnels, institutionnels ou occasionnels, ces maîtres d'ouvrage privés ne sont assujettis à **aucune règle particulière pour la passation de leurs marchés**, pas plus le Code des marchés publics, que l'ordonnance du 6 juin 2005. Ils ne sont pas non plus obligés de respecter les règles fixées par la loi MOP et ses décrets d'application.

Le régime de leurs marchés est donc celui de la liberté contractuelle bien qu'ils soient cependant obligés de respecter les lois d'ordre public, au titre desquelles en matière de marchés notamment, la loi du 16 juillet 1971 sur la retenue de garantie, la loi du 31 décembre sur la sous-traitance, la loi du 4 janvier 1978 sur les garanties légales, la garantie de paiement de l'entrepreneur (art. 1799-1 du Code civil).

1.2. Les fonctions des maîtres d'ouvrage

1.2.1. Les fonctions des maîtres d'ouvrage publics et réglementés (soumis à la loi MOP)

L'article 2 de la loi MOP énonce que le maître d'ouvrage public (au sens large de maître d'ouvrage public et de maître d'ouvrage réglementé) est le « **responsable principal de l'ouvrage**, il remplit dans ce rôle **une fonction d'intérêt général dont il ne peut se démettre** ».

Par ailleurs, un **avis du Conseil d'État** du 31 janvier 1995 (n° 356 960 - section de l'intérieur et section des travaux publics réunies) **précise qu'une personne publique a l'obligation d'être maître d'ouvrage** des travaux de réalisation

d'ouvrage de bâtiment ou d'infrastructure lorsque quatre conditions cumulatives sont remplies :

- **l'objet de l'opération** doit être **la construction même** (ou la réhabilitation) d'un ouvrage **pour le compte de la personne publique** en cause ;
- l'ouvrage doit être **destiné à devenir la propriété** de cette personne **dès son achèvement** ;
- l'ouvrage doit être destiné à devenir **entièrement** sa propriété ;
- enfin, l'ouvrage doit avoir été **conçu en fonction de ses besoins propres**.

L'article 2 et l'article 3 de la loi MOP indiquent qu'avant d'entreprendre la réalisation d'une opération, **le maître d'ouvrage doit répondre à plusieurs obligations** :

- **il s'assure de la faisabilité** et de l'opportunité de l'opération (faut-il le faire ? est-ce réalisable ?) ;
- **il détermine sa localisation** (où ?) ;
- **il définit le programme** (quoi ?) ;
- **il arrête l'enveloppe financière** prévisionnelle (combien ?) ;
- **il s'assure du financement** (avec quel budget ? comment ?) ;
- **il choisit les procédures de consultation** des maîtres d'œuvre et des entreprises (avec qui ?).

Le maître d'ouvrage public **peut toutefois décider de confier à un maître d'ouvrage délégué, une partie de ses attributions**.

Mais il doit conserver obligatoirement :

- la **décision de réaliser l'ouvrage** et sa localisation ;
- la définition du **programme** ;
- le montage **financier** de l'opération ;
- l'approbation du choix du maître d'œuvre et des entrepreneurs.

1.2.2. Les fonctions des maîtres d'ouvrage privés (non soumis à la loi MOP)

Aucun texte législatif ou réglementaire ne fixe les fonctions du maître d'ouvrage privé.

Ce sont **les contrats** qui déterminent, sous le contrôle du juge, **les droits et obligations des parties**.

Les fonctions traditionnelles du maître d'ouvrage privé se rapprochent nécessairement de celles du maître d'ouvrage réglementé. Néanmoins, une différence de taille existe, puisque le maître d'ouvrage privé **assume le risque financier de l'opération**.

Les fonctions traditionnelles du maître d'ouvrage privé ne se limitent pas seulement à commander et à payer les travaux.

Celui-ci peut également :

- décider de l'opportunité et de la faisabilité de l'opération,
- déterminer la localisation de l'ouvrage,
- en définir le programme,
- en assurer le financement,
- décider des modalités selon lesquelles l'ouvrage sera réalisé,
- passer les marchés d'études et de travaux nécessaires,
- **souscrire une assurance de dommages** dite « dommage ouvrage »,
- **prendre livraison** de l'ouvrage achevé,
- en assurer la maintenance.

Toutes ces fonctions peuvent se résumer en une seule : il prend le risque de l'opération sans jamais toutefois devoir s'immiscer dans l'opération.

Ainsi, la prise en charge d'un risque financier, administratif et juridique constitue la spécificité de la fonction de maître d'ouvrage privé.

À ce titre, il bénéficie de nombreux droits, à condition de ne pas s'immiscer dans l'exécution des travaux.

Une jurisprudence constante interdit au maître d'ouvrage de s'immiscer excessivement dans l'exécution des travaux (voir néanmoins une décision en sens contraire : Cour de cassation, 3^e civ. juin 1999 – syndicat des copropriétaires du Domaine de Saint-Louis, n° 1012 P+B – où la Cour de cassation admet, contre l'avis d'une partie de la doctrine dominante, que l'acceptation des risques par le maître d'ouvrage permet de limiter la responsabilité des constructeurs). La Cour ici n'exige pas que le maître d'ouvrage soit notoirement compétent et admet que, si le maître d'ouvrage est informé des conséquences de son choix, il peut partager la responsabilité des constructeurs. Cette jurisprudence moralisatrice interdit au maître d'ouvrage de faire des choix trop économiques en pensant que l'assurance paiera finalement.)

1.3. Le vocabulaire européen : pouvoir adjudicateur (PA) et entité adjudicatrice (EA)

Deux directives européennes :

- **la directive 2004/17/CE** du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'**eau**, de l'**énergie**, des **transports** et des **services postaux** (secteurs dits « exclus » ou « réseaux » et désignant le maître d'ouvrage comme une « **entité adjudicatrice** »),
- **et la directive 2004/18/CE** du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de **travaux**, de **fournitures** et de **services** (secteurs dits « classiques » ou « travaux, fournitures, services » et désignant le maître d'ouvrage comme un « **pouvoir adjudicateur** »),

ont été transposées en droit français dans :

- **l'ordonnance** n° 2005-649 du **6 juin 2005**, entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2005, relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics, et **deux décrets d'application** : n° 2005-1308 du 20 octobre 2005 relatif aux **entités adjudicatrices** et n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 relatif aux **pouvoirs adjudicateurs**,
- **et dans le Code des marchés publics du 1^{er} août 2006**, entré en vigueur le 1^{er} septembre 2006, comprenant une première partie concernant les **pouvoirs adjudicateurs** et une deuxième partie concernant les **entités adjudicatrices**.

Dans ces documents (directive, ordonnance ou Code), le maître d'ouvrage est :

- **une « entité adjudicatrice »** lorsque son activité concerne les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports ou les services postaux,
- **un « pouvoir adjudicateur »** lorsque son activité ne concerne pas ces secteurs et traite donc de travaux, fournitures ou services.

Un même maître d'ouvrage peut donc être tantôt un pouvoir adjudicateur (travaux, fournitures, services), **tantôt une entité adjudicatrice** (eau, énergie, transports, services postaux) lorsqu'il passe des marchés dans ces deux grandes catégories.

Les expressions « pouvoir adjudicateur » ou « entité adjudicatrice » se retrouvent à la fois dans l'ordonnance du 6 juin 2005 (pour les maîtres d'ouvrage qui tombent dans son champ d'application) et dans le Code des marchés publics (pour les « donneurs d'ordres » qui tombent dans son champ d'application).

Si un maître d'ouvrage soumis au Code des marchés publics (l'État et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, et les collectivités territoriales et l'ensemble de leurs établissements publics) passe un marché classique de travaux, de fournitures ou de services, il sera appelé « pouvoir adjudicateur » et appliquera la première partie du Code des marchés publics.

Si un maître d'ouvrage soumis au Code des marchés publics (État et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, et les collectivités territoriales et l'ensemble de leurs établissements publics) passe un marché correspondant à une des activités mentionnées à l'article 135 du Code des marchés publics : eau, énergie, transports, services postaux, il sera appelé « entité adjudicatrice » et appliquera la deuxième partie du Code des marchés publics.

Si un maître d'ouvrage soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005 (certaines personnes privées ou publiques non soumises au Code des marchés publics) passe un marché dans les secteurs dits classiques de travaux, de fournitures ou de services, il sera appelé « pouvoir adjudicateur » et appliquera l'ordonnance du 6 juin 2005 et son décret d'application du 30 décembre 2005.

Si un maître d'ouvrage soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005 (certaines personnes privées ou publiques non soumises au Code des marchés publics) passe

un marché dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports ou des services postaux, il sera appelé « entité adjudicatrice » et appliquera l'ordonnance du 6 juin 2005 et son décret d'application du 20 octobre 2005.

2. La maîtrise d'ouvrage déléguée (MOD)

Ainsi les maîtres d'ouvrage privés et les maîtres d'ouvrage publics ont un tronc commun d'obligations et de droits. Mais la maîtrise d'ouvrage publique a certaines contraintes spécifiques qui s'ajoutent et renforcent ses responsabilités, alors que la maîtrise d'ouvrage privée, qui bénéficie d'un régime juridique plus souple, doit assumer le risque financier de ses opérations.

En général, le maître d'ouvrage exerce personnellement ses fonctions. Mais il peut avoir besoin d'un « assistant ».

La loi MOP, partant de l'idée que le maître d'ouvrage devait assumer lui-même sa mission et ses responsabilités d'intérêt général, a néanmoins pris en compte le fait que certaines collectivités publiques ne sont pas dotées de services leur permettant de pratiquer par elles mêmes la maîtrise d'ouvrage.

C'est pourquoi elle **définit et encadre l'assistance à maîtrise d'ouvrage en la forme d'un mandat (2.1) ou d'une conduite d'opération (3)** auxquelles peut recourir le maître d'ouvrage, tout en préservant sa responsabilité en qualité de décideur de l'opération.

Jusqu'à l'ordonnance du 17 juin 2004, les missions de mandataire et de conducteur d'opération étaient pratiquement réservées aux maîtres d'ouvrage publics et aux sociétés d'économie mixte. Depuis la publication de l'ordonnance du 17 juin 2004, toutes les missions d'assistance, y compris celles qui étaient antérieurement réservées, peuvent être désormais exercées par une personne publique ou une personne privée.

En droit privé, le contrat avec un mandataire est, pour la plupart des ouvrages, un contrat de maîtrise d'ouvrage déléguée (2.2.). Ce contrat, bien qu'il soit un mandat, a néanmoins un régime fort différent du mandat loi MOP.

2.1. Le maître d'ouvrage délégué quand le maître d'ouvrage est soumis à la loi MOP (marché réglementé)

Aux termes de la loi MOP, la responsabilité du maître d'ouvrage devant rester pleine et entière pendant la phase de définition de l'ouvrage à réaliser, aucun mandat ne peut intervenir à ce stade. Ce n'est qu'une fois le programme et l'enveloppe financière arrêtés par le maître d'ouvrage que ce dernier pourra déléguer une partie de ses attributions sous la forme d'un mandat.

Le mandat se distingue donc de la conduite d'opération en ce qu'il constitue une délégation de maîtrise d'ouvrage. Le mandataire a un pouvoir de représentation qui lui permet d'accomplir des actes juridiques au nom et pour le

compte du maître d'ouvrage, son mandant, comme par exemple la signature des marchés, des avenants, l'acceptation d'un sous-traitant... Ce pouvoir de représentation est un élément substantiel du contrat qui le différencie de la conduite d'opération. Au-delà de la mission impartie au conducteur d'opération, le mandat confère un pouvoir de direction de projet et le mandataire délégataire du maître d'ouvrage devient l'unique interlocuteur des acteurs du projet.

La loi MOP fixe les éléments de mission du mandataire (2.1.1.). Elle précise que le mandat donné par le maître d'ouvrage public peut être exercé par une personne publique ou privée (2.1.2.) et indique que le mandat fait l'objet d'une « convention » (2.1.3.).

Le mandataire peut assumer tout ou partie des attributions du maître d'ouvrage, à l'exclusion des responsabilités énoncées à l'article 2 de la loi MOP du 12 juillet 1985.

Il doit s'engager à réaliser l'opération dans le strict respect du programme et de l'enveloppe financière.

En cas de dépassement, des pénalités sont prévues.

2.1.1. La mission du mandataire

La mission du mandataire (loi MOP), appelé également maître d'ouvrage délégué, peut porter sur les éléments suivants :

- **définition** des conditions administratives et techniques selon lesquelles l'ouvrage sera étudié et réalisé,
- **préparation du choix** des maîtres d'œuvre,
- signature et gestion des marchés de maîtrise d'œuvre,
- **versement de la rémunération** des maîtres d'œuvre,
- préparation du choix du contrôleur technique et autres prestataires,
- signature et gestion des marchés de contrôle technique, d'étude ou d'assistance,
- versement de leur rémunération,
- préparation du choix des entrepreneurs,
- signature et gestion des marchés de travaux,
- versement de la rémunération des entreprises et fournisseurs,
- **réception** des travaux,
- gestion financière et comptable et administrative de l'opération,
- actions en justice.

Le maître d'ouvrage délégué est responsable contractuellement des missions qui lui ont été confiées.

En tout état de cause, le maître d'ouvrage soumis à la loi MOP ne pourra pas déléguer :

- la décision de réaliser l'ouvrage et sa localisation,

- la définition du programme,
- le montage financier de l'opération,
- l'approbation du choix du maître d'œuvre et des entrepreneurs.

2.1.2. Les personnes pouvant être mandataires

L'article 4 de la loi MOP modifié par l'ordonnance n° 2004-566 du 17 juin 2004 précise dorénavant que le mandat donné par un maître d'ouvrage public peut être exercé **par une personne publique ou privée**.

Il supprime ainsi la liste nominative des catégories de personnes (pour l'essentiel les personnes publiques et les SEM) admises à faire du mandat et répond au grief de la commission européenne, qui considérait que la loi MOP violait le principe de non-discrimination prévu par le traité.

Désormais, l'exercice d'un mandat de maîtrise d'ouvrage public est autorisé à toute personne publique, ou privée à condition toutefois que celle-ci, ou toute entreprise qui lui serait liée, n'exerce aucune mission de maîtrise d'œuvre, de réalisation de travaux ou de contrôle technique portant sur l'ouvrage considéré.

Cette restriction a pour objet d'assurer l'impartialité et l'indépendance du mandataire par rapport aux autres professionnels intervenant dans l'opération de construction de l'ouvrage considéré.

Par « entreprise liée », au sens de ces dispositions, on entend toute entreprise sur laquelle le mandataire peut exercer, directement ou indirectement, une influence dominante, ou toute entreprise qui peut exercer une influence dominante sur le mandataire ou toute entreprise qui, comme le mandataire, est soumise à l'influence dominante d'une autre entreprise du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent. L'influence dominante est présumée lorsqu'une entreprise, directement ou indirectement, à l'égard d'une autre entreprise détient la majorité du capital souscrit de l'entreprise ou dispose de la majorité des voix attachées aux parts émises par l'entreprise ou peut désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise.

Ces dispositions ne sont toutefois pas applicables lorsque le maître d'ouvrage ne peut confier le mandat qu'à une personne désignée par la loi.

2.1.3. Les conditions d'exercice du mandat

Les conditions d'exercice du mandat sont fixées aux articles 3 et 5 de la loi MOP.

Le mandataire est soumis à l'obligation d'exécution personnelle du contrat de mandat.

Le mandataire est soumis aux dispositions de la loi MOP dans l'exercice des attributions qui lui sont confiées par le maître de l'ouvrage.

Le maître d'ouvrage passe avec le mandataire de son choix une convention de mandat qui indique obligatoirement :

- les attributions confiées au mandataire,
- les modalités de sa rémunération,
- les pénalités encourues,
- les conditions de résiliation,
- et les modalités d'achèvement de la mission du mandataire.

2.1.4. Les conséquences juridiques du mandat MOP

Un mandat implique les conséquences suivantes :

- **les actes accomplis par le mandataire**, en vertu du mandat, **engagent le mandant** comme s'il les avait accomplis lui-même,
- **le mandataire applique les obligations qui s'imposeraient au maître d'ouvrage** comme si ce dernier agissait lui-même (par exemple, le mandataire applique les règles du Code des marchés publics si le maître d'ouvrage y est assujéti),
- **le mandataire rend compte au maître d'ouvrage** de ce qu'il a fait en son nom,
- **les tiers** avec lesquels le mandataire contracte, au nom du maître d'ouvrage, **sont responsables contractuellement envers le maître d'ouvrage** et non envers le mandataire,
- **le mandataire n'est pas responsable envers le maître d'ouvrage des obligations des tiers**, mais seulement des attributions qui lui ont été confiées personnellement.

Certes, en pratique le mandataire accomplit nécessairement des actes matériels de gestion de marché, ou encore d'élaboration de calendrier par exemple, mais ces actes ne sont que la conséquence ou les accessoires des actes juridiques, objets propres du mandat.

Toutefois, le mandat n'opère pas un transfert de maîtrise d'ouvrage. Le mandataire ne se substitue pas au maître d'ouvrage à qui il rendra compte de l'exécution de son mandat, tout au long de l'élaboration du projet et de sa réalisation, dans les conditions fixées par le contrat.

Il est à noter que le mandat de maîtrise d'ouvrage prévu par la loi MOP laisse place à l'exercice des prérogatives du maître d'ouvrage aux moments-clés de l'opération, dès lors qu'est requis un accord préalable ou une approbation de la proposition faite par le mandataire dans l'exercice de son mandat. Il en est ainsi, par exemple, de l'approbation des avant-projets et de la réception des travaux, qui peuvent être déléguées au mandataire mais qui font l'objet d'un accord préalable du maître d'ouvrage dont les modalités sont définies dans le contrat.

2.1.5. Les marchés passés par ces mandataires sont soumis au CMP

Les marchés passés en exécution d'un mandat par le mandataire d'une collectivité soumise au Code sont assujettis aux dispositions du Code des marchés publics.

Ceci est rappelé dans la rédaction, issue de l'ordonnance du 17 juin 2004, de l'article 4 de la loi MOP : *Les règles de passation et d'exécution des contrats signés par le mandataire sont celles applicables au maître d'ouvrage, sous réserve d'adaptations éventuelles prévues par décret pour tenir compte de l'intervention du mandataire.*

Ce principe reprend la jurisprudence résultant de plusieurs décisions (CE, 28 juillet 1995, préfet de la région Île-de-France, six arrêts), relevant que **les dispositions du Code des marchés publics sont applicables aux marchés passés au nom des collectivités locales.**

Cette jurisprudence a été explicitée par un avis sur le mandat institué par la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée. Le Conseil d'État a ainsi clairement posé le principe de la soumission des achats réalisés en exécution d'un mandat aux règles applicables au mandat. Cette solution est fondée sur « le principe de représentation du mandant par le mandataire », dont se déduit le principe selon lequel « **les règles à appliquer sont celles auxquelles est soumis le mandant et non le mandataire** ». (CE, Section des Finances, avis du 22 janvier 1998). Le principe de représentation apparaît comme un des principes fondamentaux du régime des mandats tel qu'il résulte du Code civil, et n'est donc pas spécifique au mandat de la loi MOP du 12 juillet 1985.

Par ailleurs, la portée de ce principe ne se limite pas aux seules règles de passation. L'avis précité a d'ailleurs été rendu au sujet du contrôle financier, du contrôle des commissions spécialisées des marchés ainsi que du contrôle de légalité. **L'ensemble des règles découlant du Code des marchés doit donc être considéré comme applicable aux marchés passés par le mandataire d'une collectivité soumise à ce Code.**

2.1.6. Les conventions de mandat peuvent être passées en procédure adaptée (MAPA)

La passation des conventions de mandat intervient très en amont du démarrage d'une opération, à un stade où il est délicat de figer un cahier des charges, sans pouvoir discuter avec les mandataires. Aussi, la possibilité de passer un marché en procédure adaptée serait-elle très appréciable pour les maîtres d'ouvrage publics.

Cette question est lourde de conséquences puisque l'irrégularité de la convention de mandat rendra irrégulière la passation de tous les marchés passés par le mandataire au nom et pour le compte du maître d'ouvrage en application de cette convention. En effet, les contrats ou autres actes passés en application d'une convention nulle sont considérés comme ayant été pris par une personne

incompétente, et sont donc également nuls. Juridiquement, cela s'analyse comme si aucun lien contractuel n'avait jamais existé entre le maître d'ouvrage et le titulaire des marchés de maîtrise d'œuvre ou de travaux passés par le « mandataire » (cf. CCA Nantes, 29 juin 2001 et CAA Nancy, 4 mai 2000).

Le débat a été relancé par un arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE, 20 octobre 2005, « Commission c/ France », n° C-264/03). Cette décision met en évidence qu'il est des situations dans lesquelles les conventions de mandat pourraient faire l'objet d'une simple procédure adaptée, quel que soit par ailleurs le montant de la rémunération du mandataire.

Tout d'abord, l'arrêt de la Cour de justice précise que le contrat est bien un marché public au sens du droit européen. La Cour précise que les prestations sont des prestations de services au sens de la réglementation européenne. Pour autant, se pose la question de savoir si le mandat « MOP » relève de l'article 29 ou de l'article 30 du Code des marchés publics. **À la lumière de l'arrêt du 20 octobre 2005 et compte tenu de la rédaction des articles 29 et 30 du Code, il faut conclure que le mandat MOP qui n'est pas mentionné dans l'article 29, est dans le champ d'application de l'article 30.**

Concrètement, **le maître d'ouvrage peut se limiter à mettre en œuvre la procédure adaptée**, telle qu'elle est édictée par le Code, **quel que soit le montant du mandat**, et donc, quand bien même son estimation serait supérieure aux seuils d'application de la directive 2004/18. En d'autres termes, le maître d'ouvrage définira librement, au cas par cas, dans le respect des principes de la commande publique, les mesures de publicité et les modalités de mise en concurrence qu'il entend mettre en œuvre pour déléguer sa maîtrise d'ouvrage.

Il convient de noter enfin que la décision de la Cour vaut également pour les maîtres d'ouvrage, pouvoirs adjudicateurs, assujettis à l'ordonnance 2005-649 du 6 juin 2005 et à son décret d'application du 30 décembre 2005.

2.2. Le maître d'ouvrage délégué quand le maître d'ouvrage n'est pas soumis à la loi MOP (marché non réglementé)

2.2.1. Généralités

Le mandat, selon l'article 1984 du Code civil *est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose en son nom.*

La notion de mandat est plutôt liée à des actes juridiques (signature de marchés, représentation) qu'à des actes matériels (réalisation d'ouvrages, activités). Même si, en pratique, le mandataire accomplit nécessairement des actes matériels de gestion de marché ou encore d'élaboration de calendrier, par exemple, mais ces actes ne sont que la conséquence ou les accessoires des actes juridiques, objets propres du mandat.

Le contrat de maîtrise d'ouvrage déléguée ne tombe pas sous le coup d'une réglementation juridique. Il conserve **un caractère essentiellement conventionnel**. En marché privé, le contrat de maîtrise d'ouvrage déléguée est une convention unissant un mandataire et un maître d'ouvrage.

Par ce mandat, le mandataire (le maître d'ouvrage délégué) reçoit mission de réaliser pour le compte d'une personne privée, le plus généralement propriétaire d'un terrain, une construction non destinée à l'habitation.

Le maître d'ouvrage a un droit de regard permanent s'il souhaite être informé en sa qualité de mandant.

La maîtrise d'ouvrage déléguée peut s'appliquer pour une opération de construction neuve ou pour une opération de réhabilitation lourde.

2.2.2. Les conséquences juridiques du mandat

Un mandat implique les conséquences suivantes :

- **les actes accomplis par le mandataire**, en vertu du mandat, **engagent le mandant** comme s'il les avait accomplis lui-même ;
- **le mandataire applique les obligations qui s'imposeraient au maître d'ouvrage** comme si ce dernier agissait lui-même (par exemple, le mandataire applique les règles du Code des marchés publics si le maître d'ouvrage y est assujéti) ;
- **le mandataire rend compte au maître d'ouvrage** de ce qu'il a fait en son nom ;
- le mandataire doit apporter ses meilleurs soins pour la réalisation de l'ouvrage (il s'agit d'une **obligation de moyens**) ;
- **les tiers** avec lesquels le mandataire contracte, au nom du maître d'ouvrage, **sont responsables contractuellement envers le maître d'ouvrage** et non envers le mandataire,
- **le mandataire n'est pas responsable envers le maître d'ouvrage des obligations des tiers**, mais seulement des attributions qui lui ont été confiées personnellement.
- Toutefois, le mandat n'opère pas un transfert de maîtrise d'ouvrage. Le mandataire ne se substitue pas au maître d'ouvrage à qui il rendra compte de l'exécution de son mandat, tout au long de l'élaboration du projet et de sa réalisation, dans les conditions fixées par le contrat.

2.2.3. Le contrat de maîtrise d'ouvrage déléguée

Le contrat de maîtrise d'ouvrage privée déléguée (le mandat) doit être distingué des contrats suivants :

- le CPI (contrat de promotion immobilière),
- le CCMI (contrat de construction de maison individuelle),
- le contrat d'entreprise,

- les VIC (ventes d'immeubles à construire), VEFA (vente en état futur d'achèvement) et vente à terme,
- le contrat de maîtrise d'œuvre.

Pour conserver son caractère spécifique, le contrat de maîtrise d'ouvrage privée déléguée :

- ne devrait pas comporter d'engagement sur le prix, et sur les délais, à la différence du CPI,
- ne peut s'appliquer à la construction d'une maison individuelle qui concerne le secteur protégé habitation,
- ne comporte pas d'exécution matérielle de l'ouvrage à la différence du contrat d'entreprise,
- ne comporte pas de cession de droits sur le terrain et sur les constructions, à la différence de la VEFA,
- ne comporte pas la mission de conception qui est réservée à la maîtrise d'œuvre (architecte, BET, etc.).

2.2.4. Qui recourt à la maîtrise d'ouvrage privée déléguée ?

La maîtrise d'ouvrage déléguée est classiquement utilisée par :

- les sociétés de **crédit-bail** pour des locaux à usage professionnel, industriel ou commercial,
- les **organismes associatifs**,
- les **banques**,
- les **compagnies d'assurances**,
- les investisseurs institutionnels,
- ou, plus généralement, par **un maître d'ouvrage non spécialisé** dans le domaine de la construction qui veut avoir recours à un professionnel, tout en conservant un contrôle sur les missions confiées au mandataire.

3. Le conducteur d'opération (AMO) en marchés publics et réglementés

3.1. Une mission d'assistance générale

La mission du conducteur d'opération (appelé en pratique « assistant maître d'ouvrage ») se caractérise (article 6 de la loi MOP) par une « **assistance générale à caractère administratif, financier et technique** » apportée au maître d'ouvrage dans toutes les phases de l'opération sous forme de propositions, de conseil, d'organisation, d'élaboration d'outils, de suivi... Juridiquement ce contrat s'analyse non **pas** comme **un mandat** mais comme **un louage d'ouvrage**.

Une mission d'assistance administrative. Spécialiste de maîtrise d'ouvrage publique, le conducteur d'opération doit mettre au service de l'acheteur public son expertise en matière de marchés publics de travaux. Il l'assiste dans la rédaction, la passation et le suivi des contrats de travaux, même si, bien sûr, en l'absence de convention de mandat, **il ne se substitue pas à lui pour la passation desdits contrats**. Plus généralement, il a pour mission de coordonner les études de conception et de porter une appréciation qualitative sur les études aux différents stades de leur exécution.

Une mission d'assistance financière. De manière générale, le conducteur d'opération est chargé de **préparer le budget** nécessaire à la réalisation de l'ouvrage et d'assister le maître d'ouvrage dans l'exécution de toutes les opérations comptables nécessaires au règlement de l'ouvrage. Les missions qui sont les siennes dans ce cadre sont ainsi très variées : analyse du budget, montage des **dossiers de subventions**, démarchage en vue de **l'obtention de prêts**, assistance dans la réalisation des opérations de **paiement des différents intervenants**.

Une mission d'assistance technique. C'est souvent la mission la plus importante du conducteur d'opération. Il doit principalement porter un regard critique sur les différentes solutions techniques proposées par le maître d'œuvre ou les entrepreneurs. Il est là, également, pour apprécier les risques éventuels que présentent les diverses solutions envisagées. **Au stade de la conception**, il doit conseiller le maître d'ouvrage sur les ajustements du programme. **Au moment du choix des cocontractants**, il a un important rôle de conseil à jouer. **Durant la phase d'exécution** des travaux, il supervise le chantier et gère les ordres de service. Enfin il assiste le maître d'ouvrage **au moment de la réception** des travaux et durant la phase de garantie de parfait achèvement.

3.2. Une mission transversale

La prestation de conduite d'opération se décompose en missions transversales qui constituent le cœur du métier et que l'on peut décliner par domaine :

- l'assistance générale relative à l'**organisation** de la maîtrise d'ouvrage, et des partenaires de l'opération,
- l'assistance **technique** pour la définition des objectifs et leur mise en œuvre,
- l'assistance à l'estimation et au suivi des **aspects économiques et financiers** (estimation de l'enveloppe financière prévisionnelle et du budget prévisionnel, assistance à la recherche du financement),
- l'assistance pour la **maîtrise des délais** (calendriers prévisionnels des interventions, calendriers détaillés d'exécution).

3.3. Les personnes pouvant être conducteurs d'opération

Jusqu'à l'ordonnance du 17 juin 2004, les missions de conducteur d'opération étaient pratiquement réservées aux maîtres d'ouvrage publics et aux sociétés d'économie mixte. Depuis la publication de l'ordonnance du 17 juin 2004, tou-

tes les missions d'assistance, y compris celles qui étaient antérieurement réservées, peuvent désormais être exercées par une personne publique ou une personne privée.

Désormais, **la conduite d'opération est autorisée à toute personne publique ou privée à condition toutefois que celle-ci, ou toute entreprise qui lui serait liée, n'exerce aucune mission de maîtrise d'œuvre, de réalisation de travaux ou de contrôle technique** portant sur l'ouvrage considéré.

Par « entreprise liée », au sens de ces dispositions, on entend toute entreprise sur laquelle le mandataire peut exercer, directement ou indirectement, une influence dominante, ou toute entreprise qui peut exercer une influence dominante sur le mandataire, ou toute entreprise qui, comme le mandataire, est soumise à l'influence dominante d'une autre entreprise du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent. L'influence dominante est présumée lorsqu'une entreprise, directement ou indirectement, à l'égard d'une autre entreprise détient la majorité du capital souscrit de l'entreprise, ou dispose de la majorité des voix attachées aux parts émises par l'entreprise, ou peut désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise. Ces dispositions ne sont toutefois pas applicables lorsque le maître d'ouvrage ne peut confier le mandat qu'à une personne désignée par la loi.

3.4. Articulation avec les autres intervenants

Le maître d'ouvrage demeure néanmoins le décideur à tous les stades de l'opération.

Le conducteur d'opération est l'interlocuteur privilégié des autres partenaires ou prestataires du maître d'ouvrage. Il est le fil conducteur du maître d'ouvrage pour la réalisation de l'équipement public souhaité.

Il est souhaitable que la conduite d'opération accompagne la collectivité publique dès sa réflexion initiale amenant la décision de lancer l'opération.

À côté du maître d'ouvrage public décideur, **le conducteur d'opération est un « gestionnaire de projet »** qui adoptera l'attitude de faire, ou de faire faire, tout au long du processus de la construction, en fonction du contexte de l'opération et des compétences réunies.

La conduite d'opération est nécessairement extérieure à la maîtrise d'ouvrage. Mais, compte tenu du laconisme relatif de la loi MOP (loi n° 85-704 du 12 juillet 1985) sur ce thème, la mission du conducteur d'opération peut être conçue de manière très large. Il peut se voir confier une compétence générale sur toutes les phases du marché public. Toute la difficulté réside dans le fait qu'il **ne peut qu'assister les différents intervenants**, notamment le maître d'ouvrage, **sans jamais se substituer à eux et encore moins les représenter**. La loi a en définitive conçu le conducteur d'opération comme l'ombre du maître d'ouvrage, mais sans le doter des prérogatives qui, juridiquement, restent l'apanage du maître d'ouvrage ou de son mandataire.

Le contrat de conduite d'opération se distingue du contrat de maîtrise d'œuvre. La conduite d'opération apparaît plus large. La dimension financière en est en effet présente alors qu'elle est absente de la définition donnée de la maîtrise d'œuvre (art. 7 de la loi MOP). Par ailleurs, les missions de conduite d'opération et de maîtrise d'œuvre ne sont pas substituables l'une à l'autre dès lors qu'un conducteur d'opération ne peut exercer, sur le même ouvrage, une mission de maîtrise d'œuvre.

Le contrat de conduite d'opération se distingue de la délégation de maîtrise d'ouvrage. Par rapport à la délégation de maîtrise d'ouvrage, la conduite d'opération ne donne pas lieu à la conclusion d'une convention de mandat. Elle n'opère en effet aucun transfert de responsabilité. Il n'y a pas de substitution du conducteur d'opération au maître d'ouvrage. Le rôle du conducteur d'opération est plutôt de servir d'interface entre le maître d'ouvrage public et tous ceux qui interviennent sur le chantier. Sa mission commence en aval du projet et s'achève avec la garantie de parfait achèvement.

3.5. Choisir son conducteur d'opération : MAPA ou procédure négociée

Le maître d'ouvrage public, tout en demeurant le seul maître des décisions qui l'amèneront à réaliser un ouvrage, peut souhaiter s'attacher les services d'un conducteur d'opération pour l'accompagner, le guider tout au long de l'opération. À cet effet, il pourra confier un marché public de conduite d'opération à un prestataire, au terme d'une procédure prévue par le Code des marchés publics, s'il y est assujéti.

Pour les maîtres d'ouvrage relevant du Code, la conduite d'opération est une prestation de service qui relève de l'article 29 du Code.

Le maître d'ouvrage pourra recourir à la procédure adaptée pour choisir son conducteur d'opération, dès lors qu'il estime que l'assistance qui lui est apportée est d'un **montant inférieur aux seuils européens** transposés de 135 000 € HT pour l'État, et de 210 000 € HT pour les collectivités territoriales.

Dans le respect des principes de la commande publique, le maître d'ouvrage définira, opération par opération, la publicité et les modalités de mise en concurrence qu'il retient pour choisir son prestataire, au regard de l'objet de la prestation à commander et de la nature de la construction envisagée, ainsi que du marché de l'offre susceptible de la satisfaire.

Au-delà des seuils européens, la procédure formalisée que devra retenir le maître d'ouvrage pour choisir son conducteur d'opération pourra être la procédure négociée si les conditions de l'article 35 du Code des marchés publics sont réunies, ce qui sera le cas si l'appel au conducteur d'opération se fait au démarrage du processus de construction, c'est-à-dire avant que le programme et l'enveloppe financière ne soient arrêtés.

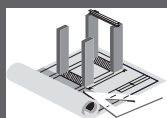
3.6. Conduite d'opération ou mandat ?

Le mandat : ce cadre juridique comporte une délégation du maître d'ouvrage. Le mandataire le représente, il agit en son nom et pour son compte, notamment en matière de signature de marchés, d'ordonnancement des dépenses et de prise de décisions, dont les plus importantes doivent toutefois être validées par le maître d'ouvrage lui-même.

Le louage d'ouvrage : ce cadre juridique applicable à la conduite d'opération correspond à une simple prestation de service sans délégation qui apporte une « assistance générale à caractère administratif, financier et technique ». De plus, en vertu de la loi MOP, le mandat ne peut démarrer qu'après l'élaboration du programme initial et la détermination de l'enveloppe financière prévisionnelle, étant entendu que ces derniers éléments peuvent encore évoluer au début de la phase de conception. En revanche, il est possible – et même très souvent souhaitable – de faire remonter la mission de conduite d'opération plus en amont, dès l'expression de la demande du maître d'ouvrage ou, du moins, à la décision de lancement et donc, quoiqu'il en soit, avant l'élaboration du programme proprement dit. Ainsi le maître d'ouvrage pourra s'appuyer sur le conducteur d'opération le plus en amont possible, et bénéficier ainsi d'une parfaite cohérence tout au long des différentes étapes du processus de construction.

Si la collectivité publique (ou tout autre maître d'ouvrage réglementé soumis à la loi MOP) souhaite conserver l'ensemble de son pouvoir de décision pour opérer les différents choix à effectuer et gérer l'opération tout en se faisant aider et conseiller, elle **devra s'entourer d'un conducteur d'opération**.

En revanche, si la collectivité publique (ou tout autre maître d'ouvrage réglementé soumis à la loi MOP), souhaite confier une partie de ses attributions, notamment dans la gestion de son opération, elle **devra opter pour un mandat dans les conditions fixées par la loi MOP**.



2

LA MAÎTRISE D'ŒUVRE

Partie
I

1. Généralités

1.1. La fonction de maîtrise d'œuvre

La fonction de maîtrise d'œuvre recouvre l'ensemble des 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, et qui consiste principalement à :

- **concevoir** un projet de construction neuve ou d'intervention sur un bâtiment existant,
- **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 pour la réception des ouvrages.

La loi sur l'architecture du 3 janvier 1977 et les décrets de la loi MOP du 29 novembre 1993 pris en application de la loi MOP confèrent à l'architecte un rôle prééminent dans la fonction de maître d'œuvre.

La maîtrise d'œuvre est soit publique et, en ce cas, elle est exercée par la DDE ou par les services techniques de la collectivité, soit privée, elle incombe alors à un architecte ou à un bureau d'études.

1.2. Définitions générales

Pour les marchés privés qui s'y réfèrent, l'article 3.1.10 de la norme AFNOR NF P 03-001 – édition décembre 2000 – indique que le maître d'œuvre *pour la partie relative au marché de travaux, est la personne physique ou morale qui, pour sa compétence, peut être chargée par le maître de l'ouvrage :*

- de l'assister pour la consultation des entreprises et pour la conclusion du ou des marchés avec le ou les entrepreneurs,
- de diriger l'exécution du ou des marchés de travaux,
- d'assister le maître de l'ouvrage pour la réception des ouvrages et le règlement des comptes avec les entrepreneurs.

Cet article précise en note que la fonction de maîtrise d'œuvre est notamment exercée, entre autres maîtres d'œuvre, par les architectes.

Pour les marchés publics de travaux, l'article 2-1 du CCAG Travaux, indique que le maître d'œuvre *est la personne chargée de la direction et du contrôle de l'exécution des travaux ainsi que des propositions de réception et règlement.*

1.3. L'équipe de maîtrise d'œuvre : son rôle

Il est exceptionnel de rencontrer une structure pouvant assumer seule l'ensemble des missions et responsabilités du maître d'œuvre.

En pratique, cette fonction est assumée par une équipe constituée pour l'opération :

- d'ingénieurs-conseils,
- de bureaux d'études techniques,
- de géomètres,
- d'urbanistes,
- de paysagistes...

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

Les deux fonctions, de conception au début du processus, de contrôle de l'exécution en fin de processus, peuvent être confiées à des personnes distinctes.

1.4. Nature des contrats de maîtrise d'œuvre

Un contrat de maîtrise d'œuvre s'analyse comme un contrat d'entreprise ou de louage d'ouvrage. Sauf disposition contractuelle contraire, ce n'est pas un mandat.

Ils sont cependant marqués d'un caractère *intuitu personae* plus intense que dans les marchés de travaux, ce qui a notamment des incidences sur les modalités de la passation.

Bien qu'il s'agisse de missions intellectuelles et que les contrats relèvent du CCAG-PI, les marchés de maîtrise d'œuvre (mais non les contrats avec les géomètres experts) sont des marchés de travaux publics en raison de l'effet attractif de cette notion lorsque les ouvrages conçus sont des ouvrages publics (cf. 2^e partie – le cadre juridique).

1.5. Le dispositif réglementaire

Les trois décrets d'application du 29 novembre 1993 de la loi du 12 juillet 1985 modifiée, dite loi MOP, détaillent les missions qu'un maître d'œuvre privé peut effectuer pour un maître d'ouvrage public (au sens large). Ils encadrent le con-

trat de maîtrise d'œuvre et sa rémunération, et fixent les règles des procédures de concours et de conception réalisation.

Il s'agit des décrets :

- n° 93-1268 relatif aux missions de maîtrise d'œuvre confiées par des maîtres d'ouvrage publics à des prestataires de droit privé. Ce décret encadre le contrat de maîtrise d'œuvre. L'arrêté du 21 décembre 1993 en précise les modalités techniques d'exécution ;
- n° 93-1269 réglementant la procédure des concours d'architecture et d'ingénierie organisés par les maîtres d'ouvrage publics ;
- n° 93-1270 réglementant la procédure de conception réalisation.

Ces trois décrets ont été publiés au Journal officiel du 1^{er} décembre 1993.

1.6. Les maîtres d'ouvrage assujettis à la loi MOP (rappel du 1.1.2.2.)

Il s'agit des maîtres d'ouvrage soumis au Code des marchés publics, de certaines personnes publiques non soumises au dit Code et de certaines personnes privées gérant des fonds publics.

Les personnes publiques soumises au CMP :

- l'État et ses établissements publics à caractère autre qu'industriel et commercial,
- les collectivités territoriales et leurs établissements publics.

Certaines personnes publiques non soumises au CMP :

Les EPIC...

Certaines personnes privées (réglementées) :

- les organismes privés de sécurité sociale,
- les organismes privés d'HLM*,
- les SEM de construction et de gestion de logements sociaux*.

* Lorsque ces deux derniers types de maître d'ouvrage réalisent des logements locatifs aidés par l'État.

1.7. Les ouvrages concernés par la loi MOP

Sont concernés par la loi MOP :

- le bâtiment,
- l'infrastructure,
- les équipements industriels liés à leur exploitation (ex. : chaufferie d'immeuble),
- les constructions neuves,

- les opérations de réhabilitation,
- les opérations de réutilisation.

Ne sont pas concernés :

- les ouvrages industriels,
- les ouvrages d'infrastructures réalisés dans une ZAC ou un lotissement,
- les opérations de restauration sur les édifices protégés par la législation monuments historiques.

1.8. Les contrats concernés par la loi MOP

Il s'agit uniquement des contrats passés avec la maîtrise d'œuvre privée ; la maîtrise d'œuvre publique n'est pas concernée.

Les décrets s'appliquent pour tout contrat de maîtrise d'œuvre relatif aux ouvrages soumis à la loi MOP... quel qu'en soit le montant : les marchés passés selon une procédure adaptée (< 135 000 € HT pour l'État et 210 000 € HT pour les collectivités territoriales) sont concernés.

2. Les éléments de mission de maîtrise d'œuvre

Le décret n° 93-1268 du 29 novembre 1993 définit chaque élément de mission et en précise l'objet.

La définition du contenu de chaque élément de mission est établie en termes d'obligation de résultat, et non par la description des prestations ou de documents à produire.

Le contrat précise les prestations dues par le maître d'œuvre.

Chaque élément de mission a un contenu qui est normalisé et qui forme un tout indissociable.

Ces éléments sont groupés dans une mission de base pour les ouvrages de bâtiment. La mission de base n'est pas imposée dans le domaine des infrastructures.

Sigles en abréviation des termes employés dans la MOP :

- ESQ pour études d'esquisse
- EP pour études préliminaires
- DIA pour études de diagnostic
- AVP pour études d'avant-projet
- APS pour études d'avant-projet sommaire
- APD pour études d'avant-projet définitif
- PRO pour études de projet
- EXE pour études d'exécution

SYN	pour plans de synthèse
VISA	pour visa des études d'exécution
ACT	pour assistance au maître d'ouvrage pour la passation des contrats de travaux
OPC	pour ordonnancement, pilotage, coordination
DET	pour direction de l'exécution des contrats de travaux
AOR	pour assistance lors des opérations de réception et pendant l'année de garantie de parfait achèvement

2.1. Phase de conception

2.1.1. Les études d'esquisse (ESQ)

L'esquisse permet 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.

Cet élément de mission est tout à fait adapté à la dévolution de marchés de maîtrise d'œuvre par concours : en effet, il permet le choix du maître d'œuvre en limitant les études au strict nécessaire.

Cet élément de mission concerne les ouvrages de bâtiment en construction neuve.

2.1.1bis. Les études de diagnostic (DIA)

Indispensables avant toute décision du maître d'ouvrage d'engager une opération de réhabilitation ou de réutilisation.

Le maître d'ouvrage remet au responsable de la mission diagnostic les renseignements en sa possession et, lorsqu'elles existent, les expertises techniques réalisées par des bureaux de contrôle technique.

Souvent réalisées par des équipes pluridisciplinaires, les études de diagnostic correspondent à un état des lieux architectural et technique.

Elles servent à l'élaboration du programme.

Elles remplacent l'élément de mission « esquisse » dans les opérations de réhabilitation.

2.1.1ter. Les études préliminaires (EP)

La finalité des études préliminaires est de permettre au maître d'ouvrage d'arrêter le parti d'ensemble d'un ouvrage de génie civil.

Elles ont pour objet :

- de préciser les contraintes physiques, économiques et d'environnement conditionnant le projet,

- de présenter une ou plusieurs solutions techniques, architecturales, d'implantation et d'insertion dans le paysage,
- de comparer les éléments des diverses solutions,
- d'indiquer des délais de réalisation,
- d'examiner leur compatibilité avec l'enveloppe financière prévisionnelle.

Elles sont remplacées par des études de diagnostic pour les opérations de réhabilitation d'ouvrages d'infrastructure.

2.1.2. Les études d'avant-projet (AVP)

Les études d'avant-projet pour le bâtiment comprennent les études d'avant-projet sommaire (APS), les études d'avant-projet définitif (APD) et l'établissement des dossiers d'autorisations administratives (permis de construire).

L'avant-projet sommaire (APS) a pour objet d'apprécier les volumes intérieurs et l'aspect extérieur de l'ouvrage, de préciser le calendrier de réalisation, d'établir une estimation provisoire du coût prévisionnel des travaux.

L'avant-projet définitif (APD) doit permettre au maître d'ouvrage d'arrêter définitivement le programme et de passer les marchés de travaux.

Ceci suppose que le coût prévisionnel soit définitivement estimé et décomposé en lots séparés.

L'arrêté du 21 décembre 1993 précise en détail la liste des tâches relevant de l'avant-projet définitif.

2.1.3. Les études de projet (PRO)

Les études de projet comprennent toutes les **études et plans de conception générale** qui sont nécessaires à une consultation en corps d'état séparés.

Elles prévoient le cadre des éventuelles variantes avec leurs conditions minimales d'acceptation.

Elles ne comprennent pas les **plans d'exécution** qui seront établis ultérieurement soit par la maîtrise d'œuvre, soit par l'entrepreneur, en tenant compte alors de la technologie qui lui est propre.

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

2.1.4. L'assistance au maître d'ouvrage pour la passation du ou des contrats de travaux (ACT)

Cette mission confère une réelle responsabilité pour la maîtrise d'œuvre dans la chaîne de consultation des entreprises. Ainsi, la maîtrise d'œuvre donne son avis

sur le choix des entreprises, non seulement en cas d'appel à la concurrence, mais aussi lorsqu'elles sont pressenties par le maître d'ouvrage.

La phase de l'assistance à la passation des contrats de travaux comporte quatre éléments :

- la préparation de la consultation des entreprises en fonction du mode de passation et de dévolution des marchés,
- la préparation, s'il y a lieu, de la sélection des candidats et l'examen des candidatures obtenues,
- l'analyse des offres des entreprises et, s'il y a lieu, des variantes,
- la préparation des mises au point permettant la passation (en réalité c'est la conclusion) du ou des contrats de travaux.

2.2. Phase de réalisation

2.2.1. Les études d'exécution (EXE)

Elles concernent les calculs et les plans complétant les études de projet.

Elles prennent en compte les modalités technologiques de réalisation et sont destinées au chantier.

Elles ont la consistance de l'ancienne mission M1.

Les plans de synthèse (SYN), indispensables à la coordination des plans établis par les différentes entités, font également partie de cet élément de mission.

Les études d'exécution sont confiées en totalité ou en partie à la maîtrise d'œuvre ou aux entreprises possédant les compétences et les capacités d'études requises.

Lorsqu'elles sont effectuées par la maîtrise d'œuvre, elles comportent tous les plans d'exécution et spécifications à l'usage du chantier, sans nécessiter pour l'entrepreneur d'études complémentaires autres que celles concernant les plans d'atelier et de chantier (PAC), relatifs aux méthodes de réalisation, aux ouvrages provisoires et aux moyens de chantier.

Lorsqu'elles sont réalisées par les entreprises, la maîtrise d'œuvre procède à un examen de conformité des études d'exécution au projet et délivre son visa sur les plans d'exécution et de synthèse réalisés par les entreprises.

L'examen de conformité détecte les anomalies décelables par l'homme de l'art, mais ne procède ni au contrôle ni à la vérification intégrale des documents établis par l'entreprise.

La délivrance du visa ne dégage pas l'entreprise de sa responsabilité.

2.2.2. La direction de l'exécution des contrats de travaux (DET)

La direction de l'exécution des contrats de travaux est le résultat de la fusion de l'élément de mission contrôle général des travaux (CGT), et d'une partie de

l'élément de mission réception et décompte des travaux (RDT) de la réglementation de 1973.

Cet élément de mission a quatre finalités essentielles.

Vérification du respect du contrat de travaux – Le maître d'œuvre doit s'assurer que les documents d'exécution et les ouvrages en cours de réalisation respectent les dispositions des études effectuées.

Il doit également s'assurer que l'exécution des travaux est conforme au marché de travaux.

Ordre de service et réunion de chantier – Le maître d'œuvre est chargé de délivrer tous ordres de service, d'établir tous les procès-verbaux nécessaires à l'exécution du contrat de travaux, de procéder aux constats contradictoires, d'organiser et de diriger les réunions de chantier.

Ceci implique une présence physique suffisante, mais non permanente, du maître d'œuvre ou de ses préposés sur le chantier sans que le maître d'ouvrage puisse exiger, sauf clause spéciale, la présence de l'architecte lui-même.

Contrôle des situations – Il s'agit :

- de vérifier les projets de décomptes mensuels ou les demandes d'avances présentées par l'entrepreneur,
- d'établir les états d'acomptes,
- de vérifier le projet de décompte final établi par l'entrepreneur,
- d'établir le décompte général.

L'architecte doit assurer le contrôle des situations de travaux produites par l'entreprise.

Il est responsable si les acomptes ne peuvent être récupérés par le maître d'ouvrage, sous réserve, le cas échéant, des négligences du maître d'ouvrage dans ses tentatives de recouvrement.

Assistance aux différends – Le maître d'œuvre doit assister le maître d'ouvrage en cas de différend sur le règlement ou l'exécution des travaux.

2.2.3. Ordonnancement, pilotage et coordination (OPC)

Cette mission est dorénavant une mission de maîtrise d'œuvre.

La mission OPC ne fait pas partie de la mission de base.

Le maître d'ouvrage dispose en effet de plusieurs solutions pour assurer cette tâche :

- assurer lui-même la coordination,
- recourir à l'entreprise générale ou à la cotraitance,
- charger le maître d'œuvre de cette mission,

– recourir à une entreprise spécialisée dans l'OPC, qui est alors un lot du marché de travaux.

Cette formule est usuelle pour les ouvrages d'une certaine importance réalisés en marchés séparés.

L'**ordonnancement** consiste à analyser les tâches élémentaires portant sur les études d'exécution et les travaux et à déterminer leur enchaînement ainsi que leur chemin critique, par des documents graphiques.

La **coordination** consiste à harmoniser dans le temps et dans l'espace les actions des différents intervenants au stade des travaux.

Le **pilotage** consiste à mettre en application les mesures d'organisation arrêtées au niveau de l'ordonnancement et de la coordination.

Cette mission dure jusqu'à la levée des réserves.

2.2.4. Assistance apportée au maître d'ouvrage lors des opérations de réception et pendant la période de garantie de parfait achèvement (AOR)

Cette mission précise que le maître d'œuvre conserve un rôle de maître d'ouvrage jusqu'à la levée des réserves et assure un rôle de conseil du maître d'ouvrage jusqu'à l'achèvement de la période de garantie.

2.2.5. En résumé

ESQ	Étude d'esquisse	Choix du parti général de l'ouvrage
APS	Étude d'APS	Contrôle de la compatibilité avec les contraintes du programme et du site Établissement de l'estimation prévisionnelle Proposition de performances techniques à atteindre
APD	Étude APD Choix du mode de dévolution	Choix des solutions techniques Établissement de l'estimation définitive du coût prévisionnel des travaux décomposés en lots séparés
PRO	Étude du projet	Conception générale et précisions Consistance d'un descriptif par lot • le délai global d'exécution • le coût prévisionnel des travaux (sur la base d'un avant-métré)
ACT	Assistance contrat de travaux	Passation des contrats Mise au point des dossiers de consultation Analyse comparative des offres (et des variantes)
VISA ou EXE	Contrôle PEX de l'entrepreneur Étude d'exécution	Cas le plus fréquent Cas particulier
DET	Direction exécution travaux	Suivi exécution marché Contrôle général des travaux et des demandes d'acomptes
AOR	Assistance opération réception	Réception + suivi levée réserves et dossier des ouvrages exécutés (DOE)
OPC	Ordonnancement, pilotage Coordination	Seul élément de mission ne faisant pas partie de la mission de base en bâtiment

2.2.6. Missions complémentaires

Le maître d'ouvrage peut confier des missions complémentaires à la maîtrise d'œuvre dont une liste non limitative figure dans les annexes de l'arrêté du 21 décembre 1993.

Elles doivent être prises en compte pour la fixation de la rémunération du maître d'œuvre dans le cadre de son contrat.

Il peut s'agir de :

- l'aide à la programmation,
- la mise au point du schéma directeur de la qualité (SDQ),
- l'assistance pour des dossiers administratifs particuliers ou pour mettre en œuvre la consultation ou l'information des usagers,
- l'établissement des plans d'exécution, de devis quantitatifs, ou de devis estimatifs détaillés,
- l'ordonnancement et la planification,
- la détermination des coûts d'exploitation et de maintenance,
- l'étude d'un système de gestion,
- l'assistance à l'insertion des arts plastiques,
- le choix des équipements, du mobilier, de la signalétique, etc.

3. La mission de base

Pour les ouvrages d'infrastructure, la mission de base n'est qu'une mission témoin non obligatoire.

Pour les ouvrages de bâtiment, la mission de base est obligatoire.

La mission de base obligatoire dans le bâtiment a été introduite dans un souci de qualité. Elle est continue même en cas de missions spécifiques. Son contenu doit permettre à la maîtrise d'ouvrage de s'assurer de la qualité de l'ouvrage et du respect du programme, de consulter les entrepreneurs, notamment par lots séparés, et de désigner le titulaire du contrat de travaux.

C'est pourquoi l'élément de mission « projet » fait partie de la mission de base. En effet, c'est à ce stade que, dans tous les cas, le maître d'ouvrage peut consulter valablement des entreprises par lots séparés.

Elle doit permettre à la maîtrise d'œuvre de réaliser la synthèse architecturale des objectifs et des contraintes du programme, et de s'assurer du respect, lors de l'exécution de l'ouvrage, des études qu'elle a effectuées.

C'est pourquoi les éléments de mission Direction de l'exécution des contrats de travaux et Assistance au maître d'ouvrage pour la passation des contrats de travaux font partie de la mission de base.

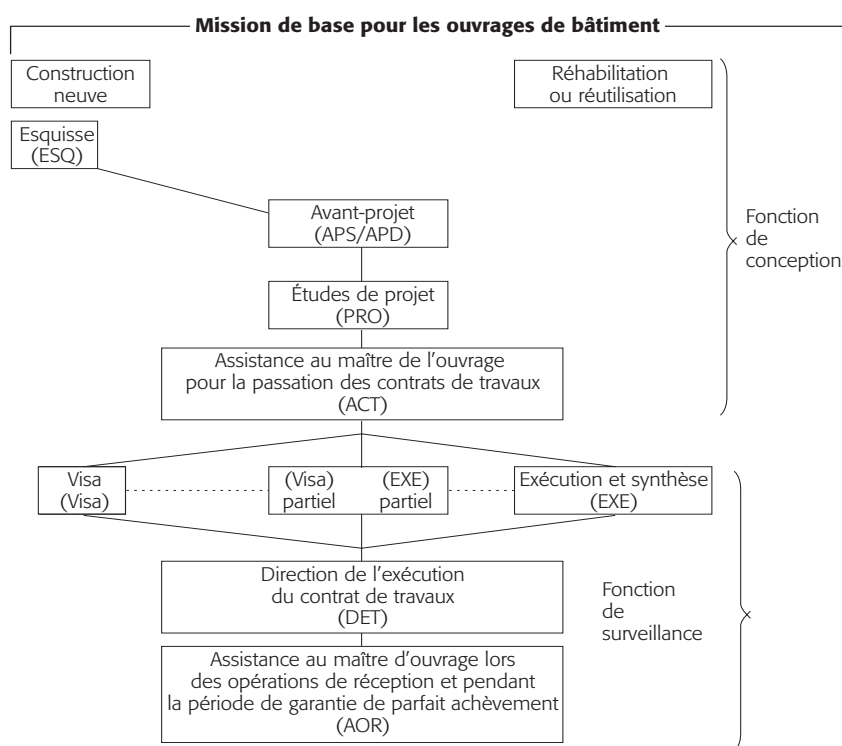
Le visa des études d'exécution faites par les entreprises et la participation à la cellule de synthèse font également partie de la mission de base.

Toutefois, lorsque le maître d'ouvrage confie à la maîtrise d'œuvre tout ou partie des études d'exécution, l'élément de mission Exécution se substitue à l'élément de mission visa.

La mission de base fait l'objet d'un contrat unique.

Il n'est donc plus possible pour le maître d'ouvrage de passer des contrats sur des parties de mission de base.

Pour les opérations de réhabilitation ou de réutilisation d'un ouvrage de bâtiment, les études de diagnostic ne sont pas comprises dans la mission de base. En effet, elles sont effectuées le plus souvent par le maître d'ouvrage avant toute décision de monter ou non l'opération.



4. Le stade de la consultation des entreprises

Trois cas seront successivement envisagés : celui de la procédure générale, celui de la consultation anticipée pour un ou plusieurs lots d'une technicité particulière et celui, juste évoqué, de la conception réalisation.

4.1. Procédure générale

Pour les ouvrages de bâtiment, la consultation des entreprises n'intervient que lorsque le maître d'ouvrage peut exercer pleinement son choix quant au mode de dévolution.

La consultation des entreprises peut alors avoir lieu à trois stades.

Dans la majorité des cas, la consultation se fait à partir des études de projet.

Mais, si le dossier d'avant-projet définitif (APD) permet une consultation par lots séparés pour des ouvrages simples de bâtiment, le maître d'ouvrage peut consulter les entreprises sous forme d'un dialogue compétitif. Dans ce cas, l'élément de mission Projet est réalisé par la maîtrise d'œuvre en tenant compte des documents fournis par l'entreprise. Dans ces deux cas (consultation sur la base des études d'APD ou de Projet), l'entrepreneur peut prétendre à un descriptif et à une estimation dans le dossier de consultation.

La consultation peut aussi se faire à partir des études d'exécution (EXE). Dans ce cas, dans le dossier de consultation, l'entrepreneur devra trouver, outre le descriptif, un quantitatif (et non plus un estimatif) ainsi que les et les études d'exécution.

4.2. La consultation anticipée pour un ou plusieurs lots d'une technicité particulière : missions spécifiques de maîtrise d'œuvre

Lorsque les méthodes ou techniques de réalisation impliquent l'intervention, dès l'établissement des avant-projets, des entrepreneurs, le maître d'ouvrage peut décider de les consulter de façon anticipée pour un ou plusieurs lots de technicité particulière.

Cette consultation « anticipée » pour le ou les lots concernés intervient à l'issue des études d'APS ou d'APD pour les ouvrages de bâtiment (neufs, réutilisation, réhabilitation) et pour les ouvrages d'infrastructure (réutilisation et réhabilitation), et à l'issue des EP, pour les ouvrages d'infrastructure (neufs).

Il peut y avoir consultation anticipée des entreprises pour un ou plusieurs lots d'une technicité particulière. Cette possibilité ne peut être étendue à l'ensemble de l'ouvrage. Cette procédure n'est possible que lorsque les méthodes ou techniques de réalisation, ou les produits industriels à mettre en œuvre, impliquent

l'intervention de l'entrepreneur (ou du fournisseur de produits industriels) dès l'établissement des avant-projets.

Les éléments de mission d'études, qui suivent celui à partir duquel a eu lieu la consultation, sont remplacés pour les seuls lots concernés par des éléments de mission spécifiques.

La mission confiée à la maîtrise d'œuvre lui permet de fixer, pour la consultation, tous les éléments architecturaux et fonctionnels intangibles complétés en termes de performances à atteindre.

Lorsqu'il y a consultation anticipée, la mission de maîtrise d'œuvre reste continue.

La mission de base demeure lorsqu'on intègre les éléments de mission spécifiques qui se substituent alors aux éléments de mission correspondants.

Le maître d'œuvre garde la responsabilité globale des études, la continuité de son intervention garantissant ainsi l'unité et la qualité de l'ouvrage. Le dossier de consultation des entreprises pour le ou les lots concernés est adapté en conséquence et comporte en particulier : des renseignements relatifs au terrain et au sous-sol, les délais prévisibles de réalisation, les détails architecturaux essentiels, des spécifications générales précisant les intentions qualitatives et les performances techniques à atteindre en relation avec les exigences du programme, une liste des documents graphiques et descriptifs, et des notes de calcul justificatives que les entreprises doivent remettre à l'appui de leur offre.

L'entrepreneur retenu après consultation établit les documents graphiques et écrits définissant les solutions techniques qu'il propose.

4.2.1. Les études spécifiques d'avant-projets

Les études spécifiques d'avant-projets ont pour objet d'apprécier les conséquences de la solution technique étudiée par l'entrepreneur, en s'assurant qu'elle est compatible avec les contraintes du programme et qu'elle est assortie de toutes les justifications et avis techniques nécessaires.

Sur la base des études spécifiques, le maître d'œuvre retiendra la solution technique proposée, la fera adapter ou en proposera le rejet, et permettra au maître d'ouvrage d'arrêter avec l'entrepreneur les conditions d'exécution de son contrat.

4.2.2. Les études spécifiques de projet

Elles sont fondées sur les études d'avant-projets et sont à inclure dans le dossier de conception générale. Elles ont pour objet de définir de façon détaillée les prescriptions architecturales et techniques à partir des études de l'entrepreneur, afin de permettre au maître d'ouvrage d'évaluer les coûts d'exploitation et de maintenance.

Elles précisent la période de réalisation du ou des lots concernés en vue de l'établissement de l'échéancier global de réalisation de l'ouvrage. Lorsqu'il y a consultation anticipée des entreprises sur un ou plusieurs lots, c'est l'entreprise qui fait tout ou partie des études correspondantes.

La mission du maître d'œuvre est à la fois allégée et de nature différente. Il doit assurer la synthèse et la coordination avec les études des autres lots et garde la responsabilité globale des études.

4.2. La consultation en conception-réalisation

La consultation porte à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux, lorsque des motifs d'ordre technique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage.

Cette procédure est décrite, pour les maîtres d'ouvrage soumis au Code des marchés publics, aux articles 37 et 69 du Code issu du décret 2006-974 du 1^{er} août 2006 et, pour les maîtres d'ouvrages soumis à la loi MOP mais non soumis au Code des marchés publics, à l'article 18-1 de la loi du 12 juillet 1985 et dans son décret d'application n° 93-1270 du 29 novembre 1993.

Ces textes réservent cette procédure à des ouvrages d'une très grande complexité.

Toutefois, la loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 dite loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure (LOPSI), et la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 dite loi d'orientation et de programmation pour la justice (LOPJ), pour ce qui concerne les immeubles affectés respectivement à la police nationale, à la gendarmerie nationale et à l'administration pénitentiaire, ont apporté quelques modifications à la loi MOP sur ce point.

Plus précisément, la **loi LOPSI** autorise désormais l'**État** à passer des marchés publics uniques portant **à la fois sur la conception, la construction**, l'aménagement, l'entretien et la maintenance des immeubles affectés à la **police ou à la gendarmerie nationale**. La **loi LOPJ** prévoit la même dérogation **pour la conception, la construction** et l'aménagement des **établissements pénitentiaires**.

Ces dérogations permettent donc à l'État de recourir plus facilement aux marchés de conception réalisation, qui sont en principe réservés aux seules opérations pour lesquelles les motifs d'ordre technique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage, ce qui n'est pas nécessairement le cas dans l'hypothèse des gendarmeries, des commissariats ou des prisons.

Il convient par ailleurs de noter que, suite à ces dérogations législatives, la passation des contrats de conception réalisation peut être confiée à des groupements de personnes de droit public.

Par ailleurs, l'article L 6148-7 du Code de la santé publique, modifié par l'ordonnance dite « Hôpitaux » n° 2003-850 du 4 septembre 2003, offre lui aussi la possibilité, cette fois pour les **établissements de santé** ou toute struc-

ture de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique, de confier à une personne ou à un groupement de personnes, de droit public ou privé, une mission portant **à la fois sur la conception, la construction**, l'aménagement, l'entretien et la maintenance de bâtiments ou d'équipements affectés à l'exercice de ses missions ou sur une combinaison de ces éléments.

De plus, cet article fournit **des précisions supplémentaires** quant aux contenus des offres des candidats, la possibilité de réserver des parts de marché aux PME et la nécessité de faire apparaître distinctement les montants d'investissement, de fonctionnement et les coûts financiers.

Enfin, l'article 22 de l'ordonnance « Hôpitaux » permet aux **SEM locales** de réaliser des opérations de **conception, réalisation**, entretien ou maintenance ainsi que le cas échéant de financement d'équipements hospitaliers ou médico-sociaux pour les besoins d'un établissement public de santé.

Quant aux **OPAC** et aux **SA d'HLM**, elles peuvent réaliser des opérations de **conception, réalisation**, entretien ou maintenance d'équipements hospitaliers ou médico-sociaux pour les besoins d'un établissement de santé (le financement n'est pas envisagé.).

4.3. En résumé

CONSTRUCTION NEUVE		
En règle générale		L'exception
<i>Règle générale</i> ▼ Mission de base avec VISA Consultation sur la base de l'APD ou du projet : descriptif + estimation par lots ou Mission de base avec études d'exécution (éventuellement pour certains lots) Consultation sur études d'exécution : descriptif + quantitatif + études d'exécution	<i>Consultation anticipée (éléments de mission spécifiques)</i> ▼ Consultation dès les avant-projets pour un ou plusieurs lots de technicité particulière	<i>Conception réalisation</i> ▼ Consultation sur la base du programme par un contrat unique de conception et de réalisation limité au cas de motifs d'ordre technique liés à la destination de l'ouvrage ou à sa mise en œuvre technique sauf pour les commissariats, gendarmeries, prisons ou hôpitaux.

5. Le contrat de maîtrise d'œuvre

5.1. Généralités

Le maître d'ouvrage s'attache à définir les compétences pluridisciplinaires qu'il souhaite réunir pour l'étude et le suivi de la réalisation de l'ouvrage.

Le contrat est passé avant tout commencement des études ou à l'issue du concours.

Le contrat précise la mission qui est confiée à la maîtrise d'œuvre :

- par l'énumération des éléments de mission,
- et les éventuelles missions complémentaires.

Il précise également, le cas échéant, la nature des documents concrétisant l'exécution de ces éléments de mission, notamment pour les dossiers d'autorisation administrative.

Le maître d'ouvrage indique au maître d'œuvre le mode de dévolution des travaux au plus tard avant le commencement des études de projet et, en tout cas, avant toute demande d'engagement de la maîtrise d'œuvre.

5.2. Le forfait de rémunération de la maîtrise d'œuvre

Les conditions financières du contrat, dont la rémunération forfaitaire de la maîtrise d'œuvre, sont négociées par le maître d'ouvrage à partir d'une proposition établie par le maître d'œuvre.

Cette négociation porte :

- sur l'étendue de la mission,
- son degré de complexité,
- le coût prévisionnel des travaux,
- et les conditions de l'engagement de la maîtrise d'œuvre au respect des coûts.

Le coût prévisionnel des travaux n'étant pas établi par le maître d'œuvre au stade de l'esquisse, le maître d'ouvrage peut dans ce cas arrêter provisoirement le forfait rémunération à partir de sa propre estimation des travaux.

Le contrat prévoit alors les conditions de réajustement du montant forfaitaire provisoire de la rémunération.

5.3. L'engagement de la maîtrise d'œuvre

Pour les ouvrages de bâtiment, l'engagement de la maîtrise d'œuvre au respect des coûts est obligatoire.

Il porte successivement :

- sur le coût prévisionnel des travaux,

- puis sur celui qui résulte des contrats de travaux.

Chacun de ces engagements est assorti d'un seuil de tolérance différent qui s'exprime le plus souvent par un taux. Ce taux négociable est fixé dans le contrat et tient compte :

- du stade de l'engagement,
- et de la complexité de l'opération.

Le premier engagement est obtenu soit :

- à l'APS sur le coût prévisionnel provisoire,
- à l'APD sur le coût prévisionnel définitif (procédure la plus courante),
- au plus tard après les études de projet sur le coût prévisionnel fixé à ce stade de l'étude.

Le respect de l'engagement est vérifié lors de la passation des contrats de travaux. Si le taux de tolérance est dépassé, le maître d'œuvre peut être amené à reprendre gracieusement les études.

Le second engagement est obtenu après la passation des marchés de travaux.

Le contrat prévoit les modalités de pénalisation financière de la maîtrise d'œuvre en cas de dépassement constaté du coût initial des contrats de travaux augmenté du seuil de tolérance. Le montant de cette pénalité est plafonné : (15 % des éléments de mission DET et AOR).

Le respect de l'engagement est vérifié au moment de l'établissement des décomptes généraux et définitifs (DGD).

5.4. Les obligations de la maîtrise d'œuvre en matière d'évaluation des travaux pour les ouvrages de bâtiment (rappel)

Au stade de l'esquisse :

- examiner la compatibilité de l'esquisse avec la partie de l'enveloppe financière prévisionnelle fixée par le maître d'ouvrage et consacrée aux travaux,
- et justifier les conclusions de cet examen.

Au stade de l'APS :

- établir une estimation provisoire du coût prévisionnel des travaux.

Au stade de l'APD :

- établir une estimation définitive du coût prévisionnel des travaux décomposé en lots séparés.

Au stade du projet :

- établir un coût prévisionnel des travaux par corps d'état sur la base d'un avant-métré.

Au stade des études d'exécution :

- établir un devis quantitatif détaillé par lots ou corps d'état.

6. La responsabilité du maître d'œuvre

Parmi l'ensemble des constructeurs, **les maîtres d'œuvre** (architectes, bureaux d'études techniques, ingénieurs-conseils, sociétés d'ingénierie, services techniques des collectivités publiques) **détiennent, en raison du caractère spécifique de leur mission** (conception, contrôles, suivi du chantier), **une responsabilité particulière** lors de la réalisation des constructions.

6.1. La conception : les fautes de conception

En pratique, la notion de conception est définie négativement par la jurisprudence par les fautes de conception.

Elles sont innombrables et extrêmement variées.

Les fautes de conception sont rarement isolées, s'y ajoutent d'autres fautes de l'architecte, du maître d'ouvrage ou des constructeurs.

Les plus fréquentes sont les suivantes :

- omissions d'ouvrages ;
- omissions d'études ;
- non-prise en compte de données physiques ou d'études existantes ;
- ouvrages ou parties d'ouvrages mal conçus ;
- insuffisance des études.

À ce titre, le maître d'œuvre engage sa responsabilité vis-à-vis du maître d'ouvrage.

Le choix des matériaux fait partie intégrante de la phase de conception, compétence quasi exclusive de l'architecte. Aussi, lorsque l'architecte préconise l'emploi d'un type de matériaux qui se révèle **inadapté**, soit à l'environnement, soit à la destination de l'immeuble, la **faute de conception est incontestablement constituée**.

Tel est par exemple le cas lorsque les matériaux choisis se sont révélés inadaptés à l'activité du site, alors que l'architecte ne peut ignorer la destination de l'ouvrage qu'il entend concevoir (jurisprudence constante depuis Cas. civ. III, 4 avril 1978). Il appartient en effet à l'architecte de s'entourer de toutes les informations utiles relatives à l'utilisation du bâtiment. Dans cette hypothèse, la responsabilité de l'architecte sera, le plus souvent, exclusive (Cas. civ. II, 5 juillet 2000 n° 98 22533).

6.2. Le conseil : le défaut de conseil

La mission de conseil du maître d'œuvre consiste essentiellement à appeler l'attention du maître d'ouvrage sur les inconvénients des choix opérés.

Comme pour la faute de conception, la jurisprudence définit plutôt **le manquement à l'obligation de conseil** que l'obligation de conseil elle-même.

Contrairement à d'autres marchés, comme les marchés de travaux, où la mission de conseil est plutôt accessoire, dans les marchés de maîtrise d'œuvre, elle est souvent principale.

Le maître d'œuvre pourra voir sa responsabilité engagée vis-à-vis du maître d'ouvrage lorsqu'il n'aura pas respecté son obligation de conseil dans les cas suivants :

- budget de l'opération ;
- caractéristiques de l'ouvrage ;
- choix des conditions de passation des marchés de travaux ;
- choix des entreprises ;
- opérations de réception.

En particulier, les maîtres d'œuvre sont ainsi débiteurs, à l'égard du maître d'ouvrage, d'une obligation de conseil au moment de la réception. S'agissant des constructions publiques, le Conseil d'État a jugé (CE, 8 juin 2005, ville de Caen c/ Dubois, n° 26 478) que **cette obligation de conseil a une portée générale, et ce, alors même que ces désordres ne rendraient pas l'immeuble impropre à sa destination et n'entreraient pas dans le champ de la garantie décennale.**

Le maître d'œuvre engage sa responsabilité, dès lors qu'il a omis d'attirer l'attention du maître d'ouvrage sur les désordres existant à la date de la réception, quelle que soit la gravité des désordres. En l'espèce, dans le cadre de la construction du musée des Beaux-Arts de Caen, des malfaçons rendant dangereuse la circulation du personnel dans les combles du musée ont donné lieu à la condamnation solidaire des maîtres d'œuvre et des autres constructeurs à réparer le préjudice subi par la ville.

6.3. Le contrôle et la surveillance : le défaut de surveillance

L'obligation de surveillance incombant au maître d'œuvre concerne d'une part **la réalisation matérielle des travaux** et, d'autre part, la **vérification des décomptes** et mémoires présentés par les entrepreneurs ainsi que l'établissement des propositions de règlement.

Sa responsabilité pourra être recherchée par le maître d'ouvrage en cas de négligences commises dans ces tâches.

Toutefois, assez fréquemment, la responsabilité du maître d'œuvre ne sera retenue solidairement avec celle des entreprises **que si le maître d'œuvre peut se**

voir reprocher, en plus d'un défaut de surveillance, une faute de conception ou des manquements à ses obligations vis-à-vis du maître d'ouvrage.

Le Conseil d'État a ainsi mis à la charge de l'architecte les malfaçons affectant une façade en invoquant un défaut de surveillance dans la fabrication et la mise en œuvre des panneaux de revêtement (CE, 26 juillet 1985, n° 30 979 et 31 237). Le fait que les matériaux aient fait l'objet, au moment de leur mise en œuvre, **d'un agrément (type CSTB) ou d'un avis technique**, ne constitue pas davantage une cause exonératoire de responsabilité.

Un procédé **conforme aux documents techniques unifiés (DTU)**, et considéré comme courant au moment de sa mise en œuvre, pourra néanmoins engager la responsabilité de l'architecte si ce procédé s'est révélé, par la suite, défectueux (Cass. civ. III, 17 mai 1983, Bull. civ. III, n° 115).

Il semble par ailleurs que la haute juridiction accorde **peu de crédit à l'argument tiré du respect des normes**, ainsi qu'en témoignent deux arrêts rendus en 2005 retenant la responsabilité des constructeurs (Cass. civ., 12 octobre 2005, n° 03 19 759 et Cass. civ., 26 octobre 2005, n° 04 16 405).

À noter toutefois, un arrêt (Cass. civ. III, 18 janvier 2006, n° 04- 16 521) où la responsabilité de l'architecte est recherchée pour des désordres affectant une maison en bois construite en Guadeloupe, dont il avait imaginé l'ensemble des caractéristiques techniques. Alors même qu'il est le concepteur du projet, et qu'en toute hypothèse il a été amené à se prononcer sur le matériau choisi, la haute juridiction l'exonère de toute responsabilité dans la mesure où, n'ayant pas été mandaté pour surveiller les travaux, il ne peut être rendu responsable de l'inadéquation du bois avec son milieu. Il s'agit là d'une position plus audacieuse qu'à l'accoutumée pour la Cour de cassation.

6.4. L'atténuation de la responsabilité du maître d'œuvre par celle du maître d'ouvrage ou de l'entrepreneur

La faute du maître d'ouvrage (imprudence ou négligence, compte tenu de la compétence des services techniques dont il dispose) est de nature à atténuer la responsabilité du maître d'œuvre, voire à exonérer celui-ci de toute responsabilité.

Le maître d'œuvre peut voir sa responsabilité exonérée ou atténuée lorsque le maître d'ouvrage commet une imprudence grave en prononçant la réception sans réserves de travaux dont il ne pouvait ignorer les défauts, ou lorsque la collectivité dispose de services techniques compétents présents lors de la réception des ouvrages (CE, 20 octobre 1976, ville du Havre, Rec. CE tables p. 1003).

La jurisprudence admet depuis longtemps, en ce qui concerne le choix des matériaux par exemple, que l'architecte ne soit pas le seul responsable. **D'autres intervenants sont en effet susceptibles d'intervenir.**

C'est le cas de l'économiste qui rédige le cahier des clauses techniques particulières (CCTP) ou du bureau de contrôle amené à se prononcer sur la conformité des matériaux avec la réglementation. **La responsabilité de l'entrepreneur est plus fréquemment engagée**, parfois même de manière exclusive. C'est le cas s'il choisit lui-même les matériaux ou le procédé à mettre en œuvre ou s'il s'est livré à une substitution de matériaux.

Cela étant, la mise en cause de l'entrepreneur ou du bureau d'études **n'exonère pas nécessairement totalement l'architecte** dont la responsabilité continue d'être recherchée. En effet, il lui appartient, au titre de son devoir de surveillance, de veiller à la correcte mise en œuvre des matériaux (Cass. civ. III, 7 octobre 1981, Bull. civ. III, n° 149) y compris de ceux qu'il n'aurait pas choisis. Il doit également s'assurer qu'il s'agit des matériaux prévus à l'origine. Ainsi, la responsabilité sera partagée entre l'entrepreneur, qui a mis en place un procédé défectueux contraire aux prescriptions du maître d'œuvre, et l'architecte qui n'a pas décelé ce procédé ou émis d'observations à ce sujet (CE, 14 décembre 1981, n° 12 987).

6.5. La responsabilité du maître d'œuvre vis-à-vis de l'entrepreneur

Lorsque sa responsabilité n'est pas directement recherchée par la maîtrise d'ouvrage, **le maître d'œuvre peut néanmoins voir sa responsabilité engagée par un autre constructeur dont la responsabilité est** recherchée dans le cadre d'un appel en garantie ou d'une action récursoire fondée sur sa responsabilité quasi-délictuelle – les intéressés n'ayant aucun lien contractuel entre eux – (CE, 22 novembre 1991, sté Asséco, Rec. CE p. 404).

Dans l'arrêt du CE, 8 juin 2005, ville de Caen c/ Dubois (n° 26 478), la maîtrise d'œuvre a ainsi été condamnée, en raison des fautes commises dans la conception de l'ouvrage et la surveillance du chantier, à garantir l'entrepreneur d'une partie de ses condamnations au titre de la garantie de parfait achèvement.

Dans l'exercice de sa mission, notamment de direction et de contrôle des travaux, le maître d'œuvre peut également engager sa responsabilité à l'égard de l'entrepreneur.

Le maître d'œuvre a la compétence pour signer certains ordres de service, auxquels l'entrepreneur doit se conformer, même s'il émet des réserves : **si cette obligation d'exécution a été préjudiciable à l'entrepreneur**, il pourra tenter de rechercher la responsabilité du maître d'œuvre.

Les mauvaises conditions dans lesquelles a été dirigée l'exécution des travaux publics, ou l'allongement de la durée des travaux d'une entreprise, imputable à l'architecte (comme, d'ailleurs, au maître d'ouvrage ou à d'autres entreprises), ouvrent aussi droit à réparation.

Le maître d'œuvre et l'économiste sont responsables des erreurs faites sur les quantitatifs peu importe la rédaction des CCAP ou CCTP et ce, même s'ils sont rédigés de la façon suivante : *l'entrepreneur est réputé, avant la remise de*

son offre : avoir apprécié toutes les conditions d'exécution des ouvrages et s'être parfaitement et totalement rendu compte de leur nature, de leur importance et de leur particularité, avoir contrôlé toutes les indications du dossier de consultation, notamment des plans, des dessins d'exécution et du devis descriptif. Une telle rédaction du CCAP ne décharge pas pour autant la responsabilité du rédacteur du quantitatif, même dans un marché au forfait...

Tant en marchés publics qu'en marchés privés, lorsque l'économiste ou l'architecte commettent des erreurs dans la rédaction des quantitatifs, occasionnant un préjudice pour l'entreprise, les tribunaux les condamnent à indemniser presque intégralement le chef d'entreprise.

L'économiste est condamné à payer les trois quarts de la somme réclamée par l'entreprise, augmentée des intérêts capitalisés ! Dans le cadre d'un marché privé, une entreprise exécute une plus grande quantité de travaux que celle prévue dans les pièces techniques. L'entrepreneur, pour réaliser ces travaux, s'est basé sur les quantités prévues par l'économiste et remises lors de la consultation. Il est exact que l'entreprise devait vérifier les quantités retenues par le marché, mais l'économiste avait pour mission d'établir le descriptif et de spécifier explicitement les quantités requises. Ce dernier doit donc répondre de ses erreurs. Toutefois, face à la négligence de l'entreprise, une part de responsabilité lui est imputée : la proportion est de un quart pour l'entreprise et de trois quarts pour l'économiste (**cour d'appel** de Rouen, 23 novembre 2005).

L'architecte est condamné à payer la totalité des travaux supplémentaires. L'architecte, homme de l'art, devait prendre en considération les données géologiques et avait commis une autre erreur technique. En conséquence, il est condamné à payer à l'entreprise le paiement du surcoût des travaux supplémentaires dus à ses fautes de conception, à hauteur de 63 382 €, somme réclamée par l'entreprise, augmentée des intérêts (**tribunal administratif** de Rouen, 30 juin 2005).

L'économiste est condamné à payer les 7/8 du préjudice. L'économiste de la construction a commis une erreur qui a occasionné un préjudice pour l'entreprise. Cependant, l'entreprise devait vérifier les quantités et voit sa responsabilité retenue pour 1/8. L'économiste indemnise l'entreprise du reste (**cour d'appel** de Rouen, 19 septembre 2002).

6.6. Garantie de bon fonctionnement et garantie décennale

Exclusion de la garantie de parfait achèvement. La responsabilité du maître d'œuvre ne peut pas être engagée sur le fondement de la garantie de parfait achèvement. En effet, l'obligation de parfait achèvement ne pèse que sur les entrepreneurs.

Garantie de bon fonctionnement. Les vices affectant les éléments d'équipement dissociables de l'ouvrage qui présentent un mauvais fonctionnement sont susceptibles de donner lieu à l'engagement de la responsabilité des constructeurs sur le fondement des « principes dont s'inspire l'article 1792-3 du Code civil » dans le délai de deux ans à compter de la réception (CE, 14 mai 1990, sté

CGEE Alstom, Rec. p. 124). Les maîtres d'œuvre sont tenus à la garantie de bon fonctionnement dès lors qu'ils ont concouru à la conception, voire à l'installation de l'élément d'équipement dissociable.

Garantie décennale. Pour les vices graves apparus postérieurement à la réception, le maître d'ouvrage peut rechercher la responsabilité des maîtres d'œuvre – à l'instar des autres constructeurs – sur le fondement des « principes dont s'inspirent les articles 1792 et 2270 du Code civil » relatifs à la garantie décennale (CE, Ass., 2 février 1973, Sieur Trannoy, Rec. p. 94). Leur responsabilité décennale ne sera engagée que si les dommages, apparus à l'intérieur du délai de 10 ans à compter de la réception des ouvrages, compromettent la solidité des ouvrages ou les rendent impropres à leur destination.

D'une manière générale, le maître d'œuvre est concerné non seulement par les désordres imputables à des vices du sol (absence de sondage, transmission d'information erronées ou insuffisantes à l'entrepreneur...) ou de conception (erreur dans l'établissement des plans, dans le choix des matériaux...) (CE, 10 juillet 1974, Descottes-Génon, Rec., Tables p. 1059) mais également par les désordres imputables à des vices de construction en raison de sa mission de contrôle et de surveillance des travaux (CE, Sect., 21 octobre 1966, Benne, Rec. p. 562).

7. La passation des marchés de maîtrise d'œuvre

7.1. Les contrats de maîtrise d'œuvre passés par un maître d'ouvrage privé non soumis à la loi MOP

Pas de réglementation particulière

La convention liant un maître d'ouvrage et un maître d'œuvre privés ne fait pas l'objet d'une réglementation particulière.

En effet, la loi MOP (du 12 juillet 1985), qui énonce un certain nombre de règles impératives, ne s'applique qu'en présence d'un maître d'ouvrage public et de certains maîtres d'ouvrage privés (organismes privés de Sécurité sociale, organismes privés d'HLM et sociétés d'économie mixte pour les logements locatifs aidés par l'État).

En marchés privés, cette convention est donc en principe soumise aux règles du droit commun des contrats. Elle peut être négociée librement ; un maître d'ouvrage peut également choisir d'organiser un concours, mode de passation courant en matière de commande publique.

Quant à la forme du contrat, elle sera de préférence écrite, même si la jurisprudence admet la validité d'accords verbaux dès lors que la preuve peut en être rapportée. Le non-respect de l'exigence d'un écrit imposée par les règles professionnelles (Code de déontologie des architectes ou Code des économistes de la construction) ne peut entraîner que des sanctions disciplinaires et ne saurait affecter la régularité de l'acte.

Le libre choix des clauses

Les parties définissent librement le contenu du contrat. Elles peuvent pour cela s'appuyer sur les modèles établis par leur fédération ou ordre professionnel.

Certaines clauses méritent d'être mentionnées : outre la stipulation du prix du marché (qui pourra être forfaitaire ou unitaire), il est souhaitable de prévoir :

- une clause d'indemnisation du maître d'œuvre en cas de résiliation ; une clause relative aux droits d'auteur de l'architecte et à leur éventuelle cession au maître d'ouvrage ;
- une clause relative aux garanties et assurances (le maître d'œuvre est un constructeur au sens des articles 1792 et suivants du Code civil) ;
- et la mention d'un éventuel mandat donné au maître d'œuvre.

7.2. Les contrats de maîtrise d'œuvre passés par un maître d'ouvrage non soumis au Code des marchés publics mais soumis à la loi MOP

Il s'agit des contrats passés notamment par les EPIC de l'État, les organismes privés d'HLM et les sociétés d'économie mixte de construction et de gestion de logements sociaux, pour les opérations de logements locatifs aidés.

Leurs marchés de maîtrise d'œuvre peuvent faire l'objet d'une procédure de concours (décret n° 93-1269 du 29 novembre 1993, titre I).

Ni la loi MOP ni son décret d'application n'imposent à ces maîtres d'ouvrage de recourir à la procédure du concours, mais s'ils choisissent cette procédure, ils doivent respecter les dispositions du décret ; le régime de ce concours est très largement inspiré de celui qui est prévu par le Code des marchés publics.

7.3. Les contrats de maîtrise d'œuvre passés par un maître d'ouvrage soumis au CMP

7.3.1. Définition des contrats de maîtrise d'œuvre dans le CMP

Les marchés de maîtrise d'œuvre, dans le Code des marchés publics issu du décret du 1^{er} août 2006, figurent à l'article 74 qui précise qu'ils *ont pour objet, en vue de la réalisation d'un ouvrage ou d'un projet urbain ou paysager, l'exécution d'un ou plusieurs éléments de mission définis par l'article 7 de la loi du 12 juillet 1985 susmentionnée et par le décret du 29 novembre 1993 susmentionné*.

Cette définition couvre les marchés de maîtrise d'œuvre de toutes les opérations soumises à la loi MOP mais aussi de celles qui n'y sont pas soumises, comme les opérations sur les monuments historiques ou les opérations de gros entretien ou de maintenance. Elle couvre aussi les projets urbains ou paysagers.

Ces marchés sont dits « de maîtrise d'œuvre » lorsqu'ils comportent un ou plusieurs éléments de mission, définis dans la loi MOP et son décret d'application, et notamment les éléments de mission de diagnostic, d'esquisse, d'avant-projet, d'ordonnancement pilotage et coordination, d'études préliminaires, etc.

7.3.2. Schéma général des procédures de passation

La procédure applicable est déterminée sur la base de seuils financiers :

- en dessous de 135 000 € HT (marchés de l'État) et 210 000 € HT (marchés des collectivités territoriales) : marchés passés selon une procédure adaptée ;
- au-dessus de ces seuils : concours, sous réserve d'exceptions permettant le recours à l'appel d'offres ou au marché négocié ;
- ces seuils s'apprécient selon les modalités de droit commun telles qu'elles sont définies par l'article 27 du CMP.

Pour une parfaite compréhension de la passation des marchés de maîtrise d'œuvre soumis au Code des marchés publics, il sera intéressant de se reporter aux articles suivants du CMP :

- articles 24 et 25 : le jury du concours ;
- article 38 : la définition de procédure du concours ;
- article 70 : le déroulement d'une procédure du concours ;
- articles 73 et 74 IV : les marchés de définition ;
- article 74 : les marchés de maîtrise d'œuvre ;
- articles 37 et 69 : conception réalisation.

7.3.3. La procédure adaptée

1. Définition

La procédure adaptée est une procédure dont les modalités sont librement fixées par le maître d'ouvrage en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances de l'achat.

Pour la détermination de ces modalités, le maître d'œuvre peut s'inspirer des procédures formalisées prévues par le Code des marchés publics, sans pour autant que les marchés en cause ne soient alors soumis aux règles formelles applicables à ces procédures. En revanche, s'il se réfère expressément à l'une des procédures prévues formalisées prévues par le Code, le pouvoir adjudicateur est tenu d'appliquer les modalités prévues par le Code.

Quel que soit son choix, le pouvoir adjudicateur ne peut exiger des opérateurs économiques plus de renseignements ou de documents que ceux prévus pour les procédures formalisées par les articles 45, 46 et 48 du Code des marchés publics.

L'article 74-I du CMP pose par ailleurs le principe suivant : *Dans le cas de marchés de maîtrise d'œuvre passés en procédure adaptée, toute remise de prestations donne lieu au versement d'une prime.*

2. Quand utiliser la procédure adaptée ?

Pour les marchés de maîtrise d'œuvre compris entre 4 000 € HT et 135 000 € HT pour les marchés de l'État, et entre 4 000 € HT et 210 000 € HT pour les marchés des collectivités territoriales (articles 28 et 74-II alinéa 1^{er} du CMP).

3. Contenu de la procédure adaptée.

Il appartient au maître d'ouvrage de fixer lui-même un contenu de procédure permettant de constater que l'achat a été réalisé dans des conditions assurant transparence et liberté d'accès. Ce choix dépend bien évidemment de l'ouvrage à réaliser (nature, complexité, importance, enjeux, etc.).

7.3.4. Le concours de maîtrise d'œuvre

1. Définition

Le concours est la procédure par laquelle le pouvoir adjudicateur choisit, après mise en concurrence et avis du jury mentionné à l'article 24, un plan ou un projet, notamment dans le domaine de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, de l'architecture et de l'ingénierie ou des traitements de données, avant d'attribuer, à l'un des lauréats du concours, un marché (article 38 du CMP).

2. Quand utiliser un concours de maîtrise d'œuvre ?

Obligatoire pour tous les marchés supérieurs à 135 000 € (marchés de l'État) et 210 000 € HT (marchés des collectivités territoriales). Sauf dans les cas dérogatoires suivants :

- réutilisation ou réhabilitation d'un ouvrage existant,
- ouvrage réalisé à titre de recherche, essai ou expérimentation,
- marché sans mission de conception,
- ouvrage d'infrastructure.

N.B. : Dans ces quatre cas, le maître d'ouvrage peut recourir soit à la procédure négociée spécifique, soit à la procédure d'appel d'offres.

Toujours possible en dessous de ces seuils, lorsque le maître d'ouvrage le juge opportun (et dispose du financement nécessaire) et lorsque l'enjeu architectural, technique, urbain ou paysager nécessite un débat autour de plusieurs solutions.

7.3.5. La procédure négociée spécifique

1. Définition

La procédure négociée « spécifique » est une procédure par laquelle le pouvoir adjudicateur, après avis d'un jury, dresse la liste des candidats admis à négocier, dont le nombre ne peut être inférieur à 3, et engage les négociations avec ces derniers afin de choisir le titulaire du marché (article 74-III du CMP).

Le maître d'ouvrage peut limiter la mise en compétition à l'examen des compétences, références et moyens humains et matériels des candidats.

La procédure se déroule en deux phases : une phase de sélection de candidature sur dossier et une phase de négociation.

2. Quand utiliser une procédure négociée spécifique

Pour les marchés supérieurs à 135 000 € HT (État) et 210 000 € HT (collectivités territoriales) :

a) Lorsque le concours n'est pas obligatoire, donc dans les cas suivants :

- réutilisation ou réhabilitation d'un ouvrage existant,
- ouvrage réalisé à titre de recherche, essai ou expérimentation,
- marché sans mission de conception,
- ouvrage d'infrastructure.

b) Et lorsque la prestation à réaliser est d'une nature telle que les spécifications du marché ne peuvent être établies préalablement avec une précision suffisante pour permettre le recours à l'appel d'offres (article 35-I-2 du CMP).

En dessous de ces seuils, lorsque le maître d'ouvrage le juge opportun.

7.3.6. L'appel d'offres

1. Définition

L'appel d'offres est la procédure par laquelle le maître d'ouvrage choisit l'attributaire, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats (art. 33 du CMP).

L'article 59 du Code des marchés publics rappelle qu'il ne peut y avoir de négociation avec les candidats. Il est seulement possible de leur demander de préciser ou compléter la teneur de leur offre. Le pouvoir adjudicateur peut procéder à une mise au point des composantes du marché avec le candidat retenu sans que ces modifications ne puissent remettre en cause les caractéristiques substantielles de l'offre ni le classement des offres.

2. L'appel d'offres n'est pas approprié pour les marchés de maîtrise d'œuvre avec conception

Même si le maître d'ouvrage a préalablement établi un programme et déterminé les éléments de mission qu'il confiera au maître d'œuvre, **le programme, au moment de la consultation, ne constitue pas un cahier des charges immuable**. L'article 2 de la loi MOP prévoit en effet que le programme peut se préciser, voire son élaboration se poursuivre pendant les études d'avant-projet (opérations de réutilisation et de réhabilitation d'un ouvrage existant, réalisation d'ouvrages neufs complexes si le maître d'ouvrage l'annonce dans l'avis d'appel public à la concurrence).

L'offre ne peut être finalisée et définitive qu'en phase d'avant-projet, c'est-à-dire **après la signature du marché** de maîtrise d'œuvre, **et donc après le commencement de la mission et la remise des premiers éléments** de cette mission (art. 29 et 30 du décret « Missions »). L'article 19-III du CMP rappelle que les marchés de maîtrise d'œuvre sont passés à prix provisoire. Au moment de la signature du marché, ses spécifications ne sont donc pas suffisamment précises pour permettre le recours à l'appel d'offres.

D'ailleurs, l'article 35-I-2 du Code des marchés publics le confirme en précisant que les marchés qui comportent une phase de conception peuvent être passés sous la forme négociée, leurs spécifications ne pouvant être établies avec une précision suffisante.

À noter : Toutefois, l'appel d'offres peut être utilisé pour certains types de marchés, sans conception, et pour lesquels les offres peuvent être objectivement comparées comme l'ordonnancement, le pilotage et la coordination de chantier (OPC). Dans ce cas, il est recommandé de faire un appel d'offres restreint. La commission d'appel d'offres (CAO) est composée comme un jury avec un tiers de maîtres d'œuvre (art. 24 du CMP).

7.3.7. Les marchés de définition

1. Définition

Ces marchés ont pour objet d'explorer les possibilités et les conditions d'établissement d'un marché ultérieur. Ils doivent également permettre d'estimer le niveau du prix des prestations (art. 73 du CMP).

2. Quand utiliser un marché de définition ?

Lorsque la personne publique n'est pas en mesure de préciser les buts et performances à atteindre par le marché, les techniques de base à utiliser, les moyens en personnel et en matériel à mettre en œuvre. En maîtrise d'œuvre, le recours aux marchés de définition est pertinent notamment pour les opérations de renouvellement urbain, de réhabilitation importante impliquant un changement de destination, les infrastructures complexes, l'aménagement de grands espaces publics, etc.

3. Comment utiliser un marché de définition

Les procédures applicables sont celles des marchés de services (appel d'offres).

Le marché de définition est attribué par le pouvoir adjudicateur pour l'État ou par la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales.

4. Marché de maîtrise d'œuvre ultérieur

L'article 74-IV du CMP offre la possibilité d'attribuer un marché de maîtrise d'œuvre faisant suite à plusieurs marchés de définition ayant un même objet et exécutés simultanément, après remise en concurrence des seuls titulaires des marchés de définition.

5. Conditions pour pouvoir passer un marché de maîtrise d'œuvre ultérieur (art. 73 du CMP)

Pour déterminer le seuil de procédure, il faut tenir compte du **montant cumulé des études de définition et du montant estimé du marché de maîtrise d'œuvre ultérieur**.

Le nombre de marchés de définition passés simultanément dans le cadre de cette procédure ne peut être inférieur à trois, sous réserve d'un nombre suffisant de candidats.

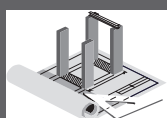
L'avis d'appel public à la concurrence doit obligatoirement contenir les informations suivantes :

- l'objet des marchés de définition passés simultanément et celui du marché de maîtrise d'œuvre ultérieur,
- les critères de sélection des candidatures (qui tiennent compte des capacités et compétences exigées des candidats),
- et les critères de sélection des offres qui doivent être identiques tant pour les marchés de définition que pour le marché de maîtrise d'œuvre.

Le marché est attribué par la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales ou après avis de la commission d'appel d'offres pour l'État.

La mise en concurrence en vue de l'attribution du marché de maîtrise d'œuvre **porte sur l'élaboration d'une étude de définition** du projet envisagé. Elle permet de mettre en place un processus continu de maturation du programme et d'élaboration du projet avec plusieurs maîtres d'œuvre.

Pour ce faire, le maître d'ouvrage conclut des marchés de définition avec plusieurs équipes (au moins trois). Les études sont ensuite menées simultanément par toutes les équipes selon un cadre commun. À l'issue des études, le maître d'ouvrage pourra attribuer le marché de maîtrise d'œuvre après remise en concurrence à celle des équipes qui aura le mieux répondu à ses attentes et proposé la solution la meilleure.



3

LE COORDONNATEUR SÉCURITÉ ET PROTECTION DE LA SANTÉ

Partie
I

1. Généralités

Depuis le 1^{er} janvier 1996, sur tout **chantier clos et indépendant** de bâtiment ou de génie civil sur lequel sont appelées à intervenir au **moins deux entreprises** (ou travailleurs indépendants) et pour lequel existent des **risques liés à la coactivité**, le maître d'ouvrage doit désigner, dès la phase de conception de l'ouvrage, un coordonnateur sécurité et protection de la santé.

La coexistence de deux entreprises sur un programme de travaux est une condition nécessaire pour déclencher l'obligation de coordination ; elle n'est pas suffisante lorsqu'il n'y a pas de risques liés à la coactivité.

1.1. Espace clos et indépendant

Il s'agit de **lieux clos où l'ensemble des travaux réalisés dans le cadre de l'opération de BTP peuvent être matériellement isolés**.

Exemples :

- construction d'un bâtiment sur un site qui peut être clôturé ;
- réhabilitation d'un bâtiment vide d'occupants et dont l'accès est limité aux seuls ouvriers du chantier ;
- travaux de démolition d'un site parfaitement isolé.

Lorsque **les lieux où se déroulent les travaux ne peuvent pas être clos**, la réglementation applicable est celle du **décret du 20 février 1992** visant les travaux réalisés par des entreprises de bâtiment (appelées « entreprises extérieures ») au sein d'entreprises en activité (appelées « entreprises utilisatrices »).

Exemples :

- réaménagement de sites industriels ou commerciaux alors que les sites restent en exploitation ;
- extension de locaux dans un site sanitaire et social occupé.

Dans ces cas, le risque d'exploitation est principal alors que le risque de coactivité est accessoire.

1.2. Plusieurs entreprises

La loi du 31 décembre 1993 a repris *in extenso* le terme « plusieurs » de la directive européenne n° 92/57 CEE du 24 juin 1992 – **donc au moins deux entreprises** sur un même chantier – et n'a fixé aucun seuil pour la mise en œuvre de la coordination SPS.

Le terme « entreprises » recouvre **toute entité qui participe à l'acte de construire**, à la différence des simples fournisseurs, loueurs ou visiteurs qui sont amenés à circuler sur le chantier. Cette acception comprend, au sens de la loi, les **travailleurs indépendants** et les **sous-traitants**.

1.3. Risques de coactivité

La coactivité résulte de l'activité d'au moins deux entreprises effectuant des travaux dans le cadre d'un même chantier pour concourir à un même objectif ou à un objectif commun. Cette notion est différente de celle de simple **coexistence**.

Il convient en effet d'éviter toute confusion entre « coexistence d'entreprises » et « risque de coactivité » résultant de la présence simultanée ou successive d'entreprises.

La coexistence d'entreprises est une condition nécessaire à la mise en œuvre de la coordination SPS, mais pas suffisante car elle ne crée pas *ipso facto* de risque de coactivité, notamment dans les opérations simples d'un faible montant.

Exemples :

- au moins deux entreprises peuvent coexister sur un site de logements pour réaliser des travaux d'entretien et de rénovation sans générer de risques de coactivité ;
- deux entreprises peuvent intervenir successivement sur un site sans que l'on puisse identifier de risques de coactivité.

À retenir

L'addition des trois critères d'application :

- au moins deux entreprises
- espace clos et indépendant
- existence de risque de coactivité

est nécessaire pour déclencher la mise en œuvre de la coordination et justifier la désignation d'un coordonnateur.

Lexique

PGC	: plan général de coordination
PPSPS	: plan particulier de sécurité et de protection de la santé
RJ	: registre journal
DIUO	: dossier d'intervention ultérieure sur l'ouvrage

CISSCT : Collège interentreprises de sécurité, de santé, et des conditions de travail
VRD : voies et réseaux divers
DDTE : direction départementale du travail et de l'emploi
CRAM : caisse régionale d'assurance maladie
OPPBTP : Office professionnel de prévention du bâtiment et des travaux publics.

1.4. Le dispositif légal et réglementaire

La loi

- loi du 31 décembre 1993 n° 93-1418 dite « chantiers temporaires et mobiles » (entrée en vigueur le 1^{er} mars 1995).

Les décrets

- décret du 26 décembre 1994 n° 94-1159 relatif à l'intégration de la sécurité et à l'organisation de la coordination en matière de sécurité et de protection de la santé lors des opérations de bâtiment ou de génie civil,
- décret du 4 mai 1995 n° 95-543 relatif au Collège interentreprises de santé de sécurité et des conditions de travail,
- décret du 6 mai 1995 n° 95-607 relatif aux prescriptions réglementaires applicables aux travailleurs indépendants,
- décret du 6 mai 1995 n° 95-608 modifiant les dispositions réglementaires applicables aux travailleurs indépendants,
- décret n° 2003-68 du 24 janvier 2003 apportant des modifications et précisions destinées à améliorer les conditions de mise en œuvre de la coordination.

Les arrêtés

- arrêté du 7 mars 1995 relatif au contenu de la déclaration préalable,
- arrêté du 7 mars 1995 fixant le contenu des formations de coordonnateurs et de formateurs de coordonnateurs,
- arrêté du 25 février 2003 fixant la liste des travaux présentant des risques particuliers.

Pour en savoir plus : circulaire du ministère du Travail du 10 avril 1996 (Le Moniteur du 19 avril 1996).

1.5. Les trois catégories d'opération SPS

1. Les opérations de catégorie III

Il s'agit de chantiers :

- ne relevant ni de la catégorie I, ni de la catégorie II

et

- des chantiers soumis à l'obligation d'établir des PGC et PPSPS « simplifiés » en raison de la présence de travaux présentant des risques particuliers.

Aucun seuil minimum n'est fixé par la réglementation. Toutefois, un coordonnateur ne sera désigné que s'il apparaît que la coactivité génère des risques.

Ce sont quantitativement les opérations les plus nombreuses. Pour ces chantiers, les contraintes en matière de coordination sont allégées.

Il s'agira uniquement :

- d'appliquer des principes généraux de prévention (cf. infra) ;
- de rédiger le registre journal ;
- de rédiger le dossier d'intervention ultérieure sur l'ouvrage (DIUO).

2. Les opérations de catégorie II

Il s'agit de chantiers :

- dont les **opérations sont soumises à déclaration préalable** (art. L 235-2 et R 238-1 du Code du travail), c'est-à-dire les chantiers d'un volume supérieur à 500 hommes/jour (3 500 heures de travail), ou les opérations dont l'effectif prévisible doit dépasser à un moment donné 20 travailleurs et dont la durée doit excéder 30 jours ouvrés.

Exemple :

25 jours à 20 personnes	=	500 hommes/jour
4 jours à 10 personnes	=	40 hommes/jour
Total		540 hommes/jour

C'est à ce stade que commence la coordination lourde.

Il s'agira de **respecter les contraintes imposées aux opérations de niveau III** (principes généraux de prévention, RJ et DIUO) et de remplir celles spécifiques aux opérations de **niveau II** :

- **déclaration préalable du maître d'ouvrage ;**
- **élaboration d'un plan général de coordination** (PGC) par le coordonnateur ;
- **élaboration de plans particuliers par les entreprises** (PPSPS).

Les opérations de **niveau II** se scindent en deux sous-catégories :

Les opérations d'un montant < 760 000 € et les opérations d'un montant > 760 000 € pour lesquelles les VRD doivent être mis en œuvre avant l'intervention des entreprises sur le chantier.

Un coordonnateur de niveau II est apte à coordonner des opérations de niveau II ou de niveau III.

3. Les opérations de catégorie I

Il s'agit de chantiers dont le volume est > 10 000 hommes/jour (soit l'équivalent de 75 000 heures de travail) et où sont présentes au moins 10 entreprises, s'il s'agit d'une opération de bâtiment, ou au moins 5 entreprises, s'il s'agit d'une opération de génie civil.

Par « entreprise », il faut comprendre aussi les travailleurs indépendants et les sous-traitants.

La seule obligation supplémentaire, par rapport aux obligations des opérations de niveau II, est la constitution du Collège interentreprises de sécurité, de santé et des conditions de travail (CISSCT).

Un coordonnateur de niveau I est apte à coordonner toutes les opérations.

1.6. La notion de travaux de bâtiment et de génie civil

Si la notion de bâtiment est généralement connue, celle de travaux de génie civil est plus complexe.

Ainsi, et très concrètement, sont visés :

– s'agissant des travaux de bâtiment :

- les travaux de terrassement,
- les travaux de construction,
- les travaux d'installation,
- les travaux de démolition,
- les travaux d'entretien et de rénovation qualifiés de « structurants ».

– s'agissant des travaux de génie civil :

- les travaux de génie civil industriel,
- les travaux sur les ouvrages d'art,
- les travaux sur les routes et les autoroutes,
- les travaux sur les voies ferrées,
- les travaux sur les réseaux d'eau,
- les travaux de voirie et de réseaux divers,
- les travaux dans les stades et les piscines,
- les travaux d'entretien et de rénovation qualifiés de « lourds ».

1.7. Les sanctions pénales pour le maître d'ouvrage et pour l'entrepreneur

Amende	Maître d'ouvrage	Entrepreneur
4 500 €	N'a pas adressé de déclaration préalable	
9 000 €	– Si récidive – N'a pas désigné de coordonnateur – N'a pas assuré au coordonnateur l'autorité et les moyens nécessaires à sa mission – A désigné un coordonnateur ne répondant pas aux conditions requises (expériences et formation) – N'a pas fait constituer le DIU sur l'ouvrage	– N'a pas remis au maître d'ouvrage ou au coordonnateur son plan particulier de sécurité
15 000 € et/ou un an de prison	– Si récidive	– Si récidive

2. Les obligations des intervenants à l'acte de construire en matière de sécurité et de protection de la santé

2.1. Le coordonnateur SPS

C'est la pièce maîtresse du nouveau dispositif.

Qui désigne le coordonnateur ?

C'est le maître d'ouvrage.

Deux exceptions cependant :

- Pour les communes ou groupements de communes de moins de 5 000 habitants : le maître d'ouvrage peut déléguer la désignation du coordonnateur au maître d'œuvre.
- Pour les particuliers construisant pour leur usage personnel : désignation automatique du coordonnateur par les textes.

Pour les opérations menées par des particuliers pour leur usage personnel ou celui de leurs ayants droit, se reporter à la section 3.5. de ce chapitre.

Qui peut être désigné par le maître d'ouvrage ?

Une personne physique ou une personne morale remplissant les conditions requises et désignant une personne physique compétente.

Qui peut exercer la mission ?

Seule peut exercer la mission de coordonnateur SPS une personne physique (travailleur indépendant, salarié d'une entreprise ou salarié du maître d'ouvrage) justifiant d'une expérience professionnelle de 3 à 5 ans.

Selon la catégorie du chantier à coordonner, cette expérience sera :

- en architecture, ingénierie ou maîtrise d'œuvre, pour le coordonnateur de la phase conception étude ;
- en matière de contrôle des travaux, d'ordonnancement, de pilotage et de conduite des travaux, de maîtrise de chantier ou de fonction d'agent en matière de sécurité, pour le coordonnateur de la phase réalisation de l'ouvrage.
- une formation spécifique correspondant au niveau de compétence fixé selon la catégorie de chantier à coordonner et renouvelée tous les 5 ans.

Le cadre d'intervention du coordonnateur SPS

La mission de coordination est contractuelle et doit être rémunérée distinctement.

Le coordonnateur agit sous :

- l'autorité du maître d'ouvrage,
- la responsabilité du maître d'ouvrage.

Les missions du coordonnateur ont été définies par la réglementation (R 238-16 à R 238-25 du Code du travail) et explicitées par circulaire ministérielle du 10 avril 1996.

Le coordonnateur ne peut ni ne doit en sortir.

Le coordonnateur ne peut intervenir que dans le cadre :

- de la coactivité, c'est-à-dire lorsque les problèmes sont communs à plusieurs intervenants et qu'il y a des risques importés ou exportés par les entreprises intervenantes ;
- de l'existence d'un ou plusieurs travaux présentant des risques particuliers sur les chantiers de catégorie 3 ;
- de l'entretien ultérieur du bâtiment, c'est-à-dire qu'il doit prévoir les aménagements nécessaires pour faciliter les opérations d'entretien et de maintenance et conserver les renseignements relatifs à ces aménagements dans le dossier d'intervention ultérieure sur l'ouvrage.

Contenu de la mission du coordonnateur

Dans tous les cas, le coordonnateur doit veiller à ce que les principes généraux de prévention soient pris en compte tout au long de l'opération (cf. infra 3.2.2.1.).

Le coordonnateur conception étude doit :

- élaborer le plan général de coordination (PGC) ;
- constituer le dossier d'intervention ultérieure sur l'ouvrage ;
- ouvrir le registre journal de la coordination ;

- définir les sujétions afférentes à la mise en place et à l'utilisation des protections collectives, des appareils de levage, des accès provisoires, des installations générales, des installations électriques ;
- mentionner, dans les pièces écrites, la répartition des sujétions entre les différents corps d'état ou de métier qui auront à intervenir sur le chantier ;
- assurer le passage des consignes et la transmission du PGC, ainsi que du dossier d'intervention ultérieure de l'ouvrage et du registre journal, au coordonnateur réalisation lorsque celui-ci est différent.

Le coordonnateur réalisation de l'ouvrage doit :

- organiser entre les différentes entreprises (y compris sous-traitantes) :
 - la coordination de leurs activités simultanées ou successives ;
 - les modalités de leur utilisation en commun des installations, des matériels ;
 - leur information mutuelle et l'échange entre elles des consignes en matière de sécurité ;
- accueillir chaque entreprise et procéder préalablement à son intervention (et avant remise du PPSPS lorsqu'il y a lieu d'en établir un) à une inspection commune, au cours de laquelle sont précisées toutes les consignes à observer ou à transmettre ;
- veiller à l'application correcte des mesures de coordination définies ;
- tenir à jour le PGC ;
- compléter le dossier d'intervention ultérieure sur l'ouvrage ;
- présider le CISSCT ;
- prendre les dispositions nécessaires pour que seules les personnes habilitées puissent accéder au chantier.

Et, bien sûr, on attend du coordonnateur compétent qu'il organise :

- les accès provisoires de chantier afin d'éviter que les salariés pataugent dans 20 cm de boue avant d'accéder à leur poste de travail et s'exposent au risque de chute de plain-pied ;
- les voies de circulation afin de permettre, par exemple, l'accès des plates-formes élévatrices en toute sécurité ;
- les hébergements de chantier ;
- les circulations verticales (et notamment, quand c'est possible, l'utilisation en phase de second œuvre des ascenseurs définitifs pour réduire les manutentions) et horizontales ;
- les échanges d'informations utiles entre les entreprises intervenantes, lors de la visite d'inspection commune ;
- les implantations des appareils de levage afin d'éviter les litiges de survol et d'interférences de flèches.

Les pouvoirs du coordonnateur

Le coordonnateur ne détient aucun pouvoir spécifique attaché à sa fonction. Il n'a pas de lien contractuel avec les entreprises et il est sous l'autorité et sous la responsabilité du maître d'ouvrage.

Le maître d'ouvrage ne peut se libérer de ses obligations en matière de mise en œuvre de la politique de sécurité et de protection de la santé en déléguant ses pouvoirs au coordonnateur.

Seul le maître d'ouvrage a autorité sur les entreprises dans la limite de leur engagement contractuel réciproque.

En conséquence

Le coordonnateur ne peut pas arrêter des travaux et encore moins arrêter le chantier...

... sauf en cas de danger grave et imminent (tel que danger d'explosion, de chute, d'incendie, d'asphyxie, d'électrocution) constaté lors d'un de ses passages, et à condition que le maître d'ouvrage ait fait mention expresse de cette possibilité dans son contrat.

Le coordonnateur ne peut pas décider de l'application de pénalités. En effet, les pénalités ne peuvent être appliquées que si elles sont prévues contractuellement.

Seul le maître d'ouvrage peut mettre en application les sanctions contractuelles.

Le coordonnateur ne peut pas intervenir auprès du maître d'œuvre pour bloquer la situation de travaux d'une entreprise avec laquelle il est en conflit. C'est au maître d'ouvrage d'intervenir (par exemple après observations au registre journal non suivies de réponse motivée ou de réalisation).

2.2. Les obligations du maître d'ouvrage

2.2.1. Les obligations de faire

Les obligations du maître d'ouvrage en matière de sécurité et de protection de la santé peuvent être regroupées en six grands points.

1. Respecter les principes généraux de prévention (L 235-1 du Code du travail)

Mettre en œuvre, au cours des phases conception étude élaboration du projet et réalisation de l'ouvrage, les principes généraux de prévention suivants :

- éviter les risques,
- évaluer les risques qui ne peuvent pas être évités,
- combattre les risques à la source,
- tenir compte de l'état d'évolution de la technique,
- remplacer ce qui est dangereux par ce qui n'est pas dangereux ou par ce qui est moins dangereux,
- planifier la prévention en y intégrant, dans un ensemble cohérent, la technique, l'organisation du travail, les conditions de travail, les relations sociales et l'influence des facteurs ambiants,

- prendre des mesures de protection collective en leur donnant la priorité sur les mesures de protection individuelle.

Prendre en compte ces principes de prévention lors de choix architecturaux et techniques ainsi que dans l'organisation du chantier.

En cas de non-respect de ces obligations, l'inspecteur du travail peut saisir le juge des référés pour voir ordonner toutes mesures propres à faire cesser le risque d'atteinte à l'intégrité physique d'un intervenant sur le chantier.

2. Déclarer l'opération à réaliser (L 235-2 du Code du travail)

Il s'agit de la déclaration préalable.

Pour les chantiers de catégories 1 et 2, le maître d'ouvrage doit adresser une déclaration préalable à :

- l'inspecteur du travail,
- la CRAM,
- l'OPPBT,
- soit 30 jours avant le début des travaux s'il n'y a pas de permis de construire,
- soit au moment du dépôt de la demande de permis de construire.

Le contenu de la déclaration préalable a été fixé par l'arrêté du 7 mars 1995.

3. Organiser la coordination

Le maître d'ouvrage doit désigner un coordonnateur compétent.

Cette désignation doit intervenir :

- **dès le début de la phase d'élaboration de l'avant-projet sommaire** pour les chantiers soumis au Code des marchés publics ou de la phase équivalente pour les marchés privés,
- **avant le lancement de la consultation des entreprises**, lorsque le coordonnateur de la phase de réalisation est différent du coordonnateur de la phase de conception.

La désignation tardive du coordonnateur de conception et du coordonnateur de réalisation, qui intervenait dans le texte d'origine « avant le début de la phase de préparation du chantier » mais souvent après le lancement de la consultation des entreprises, avait été dénoncée par les entreprises et par les organismes de prévention.

Le maître d'ouvrage doit donner au coordonnateur désigné l'autorité et les moyens indispensables à l'exercice de sa mission.

Afin de permettre à l'administration de vérifier les moyens octroyés par le maître d'ouvrage au coordonnateur, notamment en matière de temps passé à l'exercice de la mission, les textes exigent un contrat écrit entre le maître d'ouvrage et le coordonnateur et fixent le contenu de ce contrat écrit.

Le contrat du coordonnateur doit définir clairement :

- le contenu de la mission du coordonnateur,
- les moyens, notamment financiers, que le maître d'ouvrage met à la disposition du coordonnateur,
- l'autorité conférée au coordonnateur vis-à-vis de l'ensemble des intervenants sur chantier,
- les obligations du coordonnateur, notamment les modalités de sa présence aux réunions lors de la phase de conception, d'étude et d'élaboration du projet ainsi qu'aux réunions de chantier pendant la phase de réalisation de l'ouvrage.

Note : Ces exigences introduites par le décret du 24 janvier 2003 devraient mettre fin au coordonnateur « fantôme » pendant la phase conception et/ou réalisation, et permettre de responsabiliser coordonnateurs et maîtres d'ouvrage dans le déroulement de la mission.

4. Intégrer la sécurité dans les ouvrages

Le maître d'ouvrage doit faire établir et compléter par le coordonnateur le dossier d'intervention ultérieure sur l'ouvrage.

Constituer le CISSCT (Collège interentreprises de sécurité, travaux de santé et des conditions de travail)

Le CISSCT doit être mis en place sur les chantiers de catégorie 1. La constitution devra être effective 21 jours avant le début effectif des travaux.

Réaliser les voies d'accès et prévoir le raccordement aux réseaux eau-électricité

Cette obligation ne concerne que les chantiers d'un montant supérieur à 760 000 € (5 millions de francs) sauf dérogation.

À ce titre, le maître d'ouvrage doit à l'entrepreneur :

- voies d'accès au chantier pour véhicules et piétons ;
- raccordement à un réseau eau potable ;
- raccordement à un réseau d'évacuation des matières usées ;
- raccordement à un réseau de distribution électrique.

La responsabilisation des maîtres d'ouvrage est un acquis important de la loi du 31 décembre 1993. Elle situe les responsabilités essentielles en matière de prévention et de sécurité à leur véritable niveau : celui du client qui fixe les contraintes de prix et de délais, qui sont à l'origine de bien des infractions aux règles d'hygiène et de sécurité.

Note : Le financement et le maintien en état de ces « VRD » **est à la charge du maître d'ouvrage qui ne peut imputer leur financement aux entreprises**, sauf en ce qui concerne les charges inhérentes aux produits consommables (eau, énergie).

Sanction : amende de 22 500 € portée à 45 000 € en cas de récidive + arrêt des travaux jusqu'à réalisation des VRD.

2.2.2. Les obligations de « faire faire »

1. Faire établir le PGC par le coordonnateur

Le PGC doit être établi dès la phase de conception, d'étude et d'élaboration du projet pour les chantiers :

- des catégories I et II ;
- de la catégorie III sur lesquels doivent être exécutés des travaux présentant des risques particuliers.

Note : le PGC est **obligatoirement joint** aux documents remis par le maître d'ouvrage aux entreprises qui envisagent de contracter (art. R 238-22 du Code du travail).

Le PGC n'est pas un document contractuel qui peut à lui seul imposer des sujétions aux entreprises. L'article R 238-18 (alinéa d) est tout à fait clair sur ce point. Les sujétions relatives à la mise en place et à l'utilisation des protections collectives, des appareils de levage, des accès provisoires et des installations générales (notamment les installations électriques) doivent être définies en phase de conception étude par le coordonnateur **qui doit mentionner dans les pièces écrites leur répartition entre les différents corps d'état qui auront à intervenir**.

L'article R 238-25-2 aménageant le PGC aux chantiers de catégorie III sur lesquels se déroulent des travaux présentant des risques particuliers est encore plus explicite.

2. Faire ouvrir le registre journal de la coordination

Les sujétions découlant de l'observation d'un PGC rédigé après le début des travaux sont réglées, le cas échéant, par voie d'avenants aux différents contrats passés avec les entreprises chargées de l'exécution des travaux.

Les sujétions du PGC doivent donc être contractualisées pour être opposables aux entreprises.

Le registre journal doit être ouvert dès la signature du contrat du coordonnateur. C'est un outil de communication pour toutes les mesures relatives à la coordination.

Note : C'est un document **contradictoire**, et toutes les observations ou notifications du coordonnateur à un intervenant doivent être **datées** et **contresignées** par l'intervenant concerné (ce qui prouve que l'intervenant a eu connaissance de l'information), et suivies d'une réponse écrite de cet intervenant.

Les remarques du coordonnateur mentionnées au registre journal peuvent engager, si elles sont justifiées, la responsabilité de l'entreprise. Il est donc nécessaire que la personne de l'entreprise habilitée à signer le registre journal soit

nommément définie et apte à régler le problème ou à en référer à qui de droit. Toute observation écrite par le coordonnateur sur le registre journal doit faire l'objet d'une réponse écrite de l'entreprise.

3. Faire constituer le dossier d'intervention ultérieure sur l'ouvrage (DIUO)

Le DIUO est un dossier comportant des plans, notes techniques et notices de nature à faciliter la prévention des risques professionnels lors d'interventions ultérieures (au sens de travaux normalement prévisibles pour maintenir l'ouvrage en bon état).

C'est en quelque sorte un guide d'entretien du bâtiment.

Le DIUO est constitué dès la phase de conception.

La liste des documents que l'entrepreneur devra éventuellement fournir pour le DIUO doit figurer indiquée dans les pièces contractuelles du marché car la constitution du DIUO incombe entièrement au coordonnateur qui doit demander au maître d'œuvre les pièces du dossier de récolement nécessaires.

2.3. Les droits et obligations des entreprises et des sous-traitants

Les entreprises ont quelques obligations spécifiques liées à la coordination SPS, mais l'essentiel de leurs obligations en matière de santé et de sécurité reste directement lié à leur évaluation des risques et à leur obligation générale de sécurité. On compte six grandes obligations pour les entreprises.

2.3.1. Élaborer le PPSPS lorsqu'il est requis (L 235-7 et R 238-26 à 36 du Code du travail)

Le PPSPS doit être rédigé :

- lorsque les entreprises interviennent sur un chantier soumis à plan général de coordination de sécurité et de santé (PGC), c'est-à-dire sur les chantiers de catégories I et II ainsi que sur les chantiers de catégorie III où sont exécutés des travaux présentant des risques particuliers ;
- ou lorsqu'une entreprise intervient seule sur un chantier pour exécuter des travaux d'une durée supérieure à un an et nécessitant à un moment quelconque plus de 50 salariés. Il doit être remis avant le début des travaux au coordonnateur ou au maître d'ouvrage (pour l'entreprise exécutant seule des travaux importants).

Note : l'entreprise principale ne peut et ne doit établir un PPSPS que si elle a eu connaissance du PGC établi par le coordonnateur.

L'entreprise sous-traitante ne peut et ne doit établir un PPSPS que si elle a eu connaissance du PGC et du PPSPS de l'entrepreneur principal.

Attention : l'entreprise doit disposer de **30 jours**, à compter de la réception du contrat signé par le maître d'ouvrage, pour établir son PPSPS.

S'il s'agit d'un sous-traitant, celui-ci doit également disposer de **30 jours**, décomptés à partir de la réception du contrat de sous-traitance. Ce délai est ramené à **8 jours** si le sous-traitant réalise des travaux de second œuvre ou des travaux accessoires à condition que ces travaux ne figurent pas sur la liste des travaux présentant des risques particuliers.

Le PPSPS doit être tenu à jour en permanence sur le chantier et conservé pendant cinq ans à compter de la réception de l'ouvrage.

2.3.2. Respecter les mesures générales de prévention applicables à la profession du bâtiment

Cela concerne notamment :

- le décret du 8 janvier 1965,
- la législation sur les produits et substances dangereuses,
- les prescriptions relatives aux équipements de travail et moyens de protection,
- la prévention des chutes de hauteur.

2.3.3. Participer aux réunions et travaux du CISSCT lorsqu'il existe

Cette obligation consiste à communiquer au coordonnateur, avant la première réunion du Collège, le nom des deux représentants de l'entreprise :

- le chef d'entreprise ou son représentant,
- un salarié employé sur le chantier (soit désigné par le CHSCT ou les délégués du personnel lorsqu'ils existent, soit choisi parmi les membres de l'équipe),
- et à assister aux réunions du CISSCT.

2.3.4. Informer les sous-traitants sur les obligations liées à la coordination SPS

Ces obligations portent notamment sur : l'existence et le contenu du PGC, l'obligation de rédiger un PPSPS, l'obligation de participer au CISSCT lorsqu'il existe, les mesures d'organisation générale retenues pour la partie du chantier à réaliser. Le sous-traitant doit disposer de toutes les informations nécessaires pour rédiger le PPSPS et d'un délai, à compter de la réception du contrat signé par l'entrepreneur, de :

- 30 jours pour les travaux de gros œuvre ou présentant des risques particuliers,
- 8 jours pour les travaux de second œuvre.

3. Les documents

3.1. Le plan général de coordination santé et sécurité (PGC)

Le PGC est apparenté à l'ancienne notice d'hygiène et de sécurité fournie par le maître d'ouvrage ; il est le véritable outil de la coordination.

C'est le maître d'ouvrage qui le fait établir et le coordonnateur qui le rédige, dès la phase conception étude.

Quand établir un PGC ?

Lorsque deux entreprises ou plus doivent intervenir sur un chantier soit :

- soumis à déclaration préalable,
- nécessitant des travaux présentant des risques particuliers.

La forme du PGC

Le PGC est un document écrit qui définit l'ensemble des mesures que devront prendre les entreprises pour prévenir les risques découlant de l'interférence ou de la succession de leurs activités, et améliorer les conditions de travail.

La diffusion du PGC

Le PGC doit être remis :

- aux entreprises : il est joint aux autres documents remis par le maître d'ouvrage aux entrepreneurs qui envisagent de contracter ;
- à la DDTE, à la CRAM, à l'OPPBTP : le maître d'ouvrage le leur adresse, à leur demande, dès la phase de consultation des entreprises.

Peuvent le consulter sur le chantier :

- le médecin du travail,
- les membres des CHSCT (ou, à défaut, les délégués du personnel appelés à intervenir sur le chantier),
- les membres du CISSCT.

Le contenu du PGC

Un PGC doit mentionner : les renseignements administratifs concernant le chantier, les mesures d'organisation générale du chantier arrêtées par le maître d'œuvre en concertation avec le coordonnateur, les sujétions découlant des interférences avec des activités d'exploitation sur le site à l'intérieur ou à proximité du chantier (EDF, GDF, SNCF, C^{ie} des Eaux), les mesures générales pour assurer le maintien du chantier en bon ordre et en état de salubrité satisfaisant (VRD préalables et installations sanitaires), les renseignements pratiques sur l'organisation des secours et l'évacuation des personnels, les modalités de coopération entre les entrepreneurs, employeurs ou travailleurs indépendants, la mission du CISSCT lorsqu'il existe.

De plus, le PGC, tenu sur le chantier, est complété et adapté en fonction de l'évolution du chantier ; il intègre notamment, en les harmonisant, les PPSPS des entreprises. Le PGC permettra aux entrepreneurs d'avoir connaissance de l'ensemble des mesures prévues par le coordonnateur pour résoudre les problèmes liés aux interférences des activités sur le chantier. Il devrait éviter ainsi bon nombre de moments perdus en raison des difficultés d'approvisionnement, de l'absence de protections collectives, de l'indisponibilité des appareils de levage, etc.

Le délai de conservation du PGC

Le PGC est conservé par le maître d'ouvrage pendant 5 ans à compter de la réception de l'ouvrage.

3.2. Le plan particulier de sécurité et de protection de la santé (PPSPS)

Dans quel cas élaborer un PPSPS ?

Les entreprises sont amenées à rédiger un PPSPS dans trois cas de figure :

- une entreprise exécute seule des travaux d'une durée de plus d'un an et emploie à un moment quelconque plus de 50 salariés ;
- les entreprises et les sous-traitants sont appelés à intervenir sur un chantier de catégorie I et II ;
- ou sur un chantier de catégorie III où sont exécutés des travaux comportant des risques particuliers.

Attention : pour rédiger un PPSPS, l'entreprise doit avoir eu, avec les documents contractuels du marché, un PGC ;

Un maître d'ouvrage et/ou un coordonnateur ne sont pas en droit de réclamer un PPSPS aux entreprises s'ils n'ont pas respecté leurs propres obligations, à savoir : évaluer les risques de coactivité, arrêter les mesures d'organisation adéquates pour les éviter et transmettre ces éléments aux entreprises exécutantes par le biais des contrats d'entreprise et d'un PGC joint aux documents contractuels.

Il ne peut y avoir de modèle type de PPSPS, car si les risques liés aux modes opératoires standards de l'entreprise sont quasiment invariables, ce n'est pas le cas des risques liés à la coactivité (risques exportés et risques importés).

De plus, il convient de faire très attention aux PPSPS « copiés-collés » qui ne répondent pas à la réalité des chantiers ; ils mettent gravement en cause la responsabilité juridique (civile et pénale) des employeurs en cas d'accident du travail.

S'il ne peut y avoir de modèle type, il est possible de donner un aperçu des rubriques qui doivent se retrouver dans les PPSPS. On distinguera successivement les chantiers de catégorie I et II et les chantiers de catégorie III.

3.2.1. Chantiers de catégorie I et II : différentes rubriques du PPSPS

- les renseignements administratifs,
- la prévention des risques liés aux modes opératoires de l'entreprise,
- les risques susceptibles d'être exportés vers d'autres entreprises,
- la prévention des risques importés par l'environnement et/ou les autres entreprises,
- l'organisation des premiers secours en cas d'accident.

3.2.2. Chantiers de catégorie III : cas particulier du PPSPS « simplifié » pour les travaux présentant des risques particuliers

Les chantiers de catégorie III sont des petits chantiers, dispensés de la rédaction des plans de prévention (PGC et PPSPS) sauf lorsque doivent s'y dérouler des travaux présentant des risques particuliers.

La réglementation a prévu pour cette catégorie de chantier des procédures et documents « allégés » (art. R 238-36-1 du Code du travail).

Tout d'abord, seules les entreprises amenées à exécuter l'un des travaux de la liste devront rédiger un PPSPS.

Par ailleurs, les rubriques du PPSPS « simplifié » se limitent aux conditions d'exécution des travaux présentant des risques particuliers.

Le PPSPS « simplifié » doit :

- analyser les risques particuliers présentés par les travaux à réaliser,
- décrire les modes opératoires,
- énoncer les consignes à respecter par les salariés appelés à exécuter les travaux.

Le PPSPS « simplifié » est soumis aux mêmes règles que le PPSPS, notamment :

- délai de 30 jours à compter de la signature du contrat pour le rédiger et le transmettre au coordonnateur,
- mise à jour,
- transmission, avec le PGC « simplifié », aux sous-traitants,
- tenue en permanence sur le chantier à la disposition des partenaires prévention,
- conservation pendant 5 ans.

La diffusion du PPSPS

Le PPSPS doit être remis :

- au maître d'ouvrage pour l'entreprise qui exécute seule des travaux importants,

- au coordonnateur pour l'entrepreneur appelé à intervenir sur un chantier soumis à déclaration préalable et coordination.

Le plan ne sera adressé à la DDTE, à l'OPPBTP et la CRAM que pour ce qui concerne le gros œuvre ou le lot principal, et les travaux présentant des risques particuliers. Dans les autres cas, il sera tenu sur le chantier.

L'entrepreneur tient disponible en permanence sur le chantier un exemplaire à jour du PPSPS. Cet exemplaire (ainsi que les avis du médecin du travail, du CHSCT ou des DP) peut être consulté par :

- les membres du CISSCT,
- les membres du CHSCT,
- le médecin du travail,
- les agents de l'OPPBTP,
- les agents de la CRAM,
- l'inspecteur du travail.

Le délai de conservation du PPSPS

Le PPSPS est conservé par l'entrepreneur pendant 5 ans à compter de la réception de l'ouvrage.

3.3. Registre journal (RJ)

Créé par le décret du 26 décembre 1994 relatif à l'intégration de la sécurité et à l'organisation de la coordination, le registre journal doit permettre au coordonnateur de garder trace des événements liés à la coordination (observations, consignes, incidents...).

C'est le coordonnateur de la phase conception étude qui le rédige, dès sa désignation par le maître d'ouvrage.

Le contenu du registre journal

Le registre journal doit mentionner :

- les observations ou notifications faites au maître d'ouvrage, au maître d'œuvre ou à tout autre intervenant sur le chantier. Ces observations ou notifications sont visées par les intéressés et suivies de leur réponse éventuelle.
- le procès-verbal de passation des consignes avec le coordonnateur « réalisation de l'ouvrage » lorsqu'il est différent du coordonnateur « conception étude ».

Les comptes rendus des inspections communes faites avec les entreprises intervenantes, avec indication des consignes à transmettre et des observations particulières de sécurité et de santé prises pour l'ensemble de l'opération. Ces comptes rendus sont visés par les entreprises concernées.

Les noms et adresses des entrepreneurs contractants, cocontractants et sous-traitants, ainsi que la date approximative d'intervention de chacun d'eux sur le

chantier et, pour chaque entreprise, l'effectif prévisible des travailleurs affectés au chantier et la durée prévue des travaux. Cette liste est, si nécessaire, précisée lors de l'intervention sur le chantier et tenue à jour.

La diffusion du registre journal

Le coordonnateur présente le registre journal, sur leur demande :

- au maître d'œuvre,
- à l'inspecteur du travail,
- à l'agent de la CRAM,
- à l'agent de l'OPPBTP,
- aux membres du CISSCT.

Le délai de conservation du registre journal

Le registre journal est conservé par le coordonnateur pendant 5 ans à compter de la réception de l'ouvrage.

3.4. Dossier d'intervention ultérieure sur l'ouvrage (DIUO)

Le dossier de l'ouvrage doit permettre et faciliter la prévention des risques professionnels lors des interventions ultérieures sur l'ouvrage.

C'est le maître d'ouvrage qui le fait établir, et le coordonnateur qui le rédige, dès la phase conception étude.

Le contenu du DIUO

Le DIUO doit mentionner :

- les documents, plans et notes techniques de nature à faciliter les interventions ultérieures sur l'ouvrage,
- le dossier de maintenance lorsqu'il s'agit de lieux de travail,
- les dispositions prises pour :
 - le nettoyage des surfaces vitrées en élévation et en toiture ;
 - l'accès en couverture (moyens d'arrimage, mise en place rapide de garde-corps ou de filets de protection) ;
 - l'entretien des façades (moyens d'arrimage et stabilité des échafaudages et des nacelles) ;
 - les travaux d'entretien intérieur (ravalement de halls de grande hauteur, accès aux gaines techniques, accès aux cabines d'ascenseurs...),
- les indications relatives aux locaux techniques et sanitaires mis à la disposition du personnel chargé des travaux d'entretien, lorsque ces locaux existent,
- les procès-verbaux de transmission :
 - entre le coordonnateur conception étude et le coordonnateur réalisation de travaux lorsque ce dernier est différent du premier ;
 - entre le coordonnateur réalisation de travaux et le maître d'ouvrage lors de la réception de l'ouvrage.

La diffusion du DIUO

Le dossier d'intervention ultérieure sur l'ouvrage doit être remis :

- au syndic de l'immeuble lorsqu'il s'agit d'une copropriété,
- aux notaires chargés de la mutation de l'ouvrage, pour être joint aux actes notariés.

La mise à jour du DIUO

Lors de toute nouvelle opération pour laquelle un coordonnateur est requis, un exemplaire du dossier de l'ouvrage est remis au coordonnateur désigné par le maître d'ouvrage.

Le coordonnateur de chaque intervention ultérieure complète ou modifie éventuellement le dossier de l'ouvrage.

4. Le Comité interentreprises de sécurité, de santé et des conditions de travail (CISSCT)

Cette structure unique de décision et de consultation des travailleurs se substitue à l'ancien Collège interentreprises d'hygiène et de sécurité (CIHS) ainsi qu'aux comités particuliers d'hygiène et de sécurité (CPHS).

C'est le maître d'ouvrage qui le constitue lorsque le chantier est supérieur à 10 000 hommes/jours et que le nombre d'entreprises (travailleurs indépendants et entreprises sous-traitantes inclus), est supérieur à 10, s'il s'agit d'une opération bâtiment ou à 5, s'il s'agit d'une opération génie civil.

La constitution doit être effective au plus tard 21 jours avant le début des travaux.

Le CISSCT se réunit pour la première fois dès que deux entreprises, au moins, sont effectivement présentes sur le chantier.

4.1. Composition du CISSCT

Certaines mesures du CISSCT ont voix délibérative, d'autres ont seulement voix consultative.

Ont voix délibérative :

- le ou les coordonnateurs en matière de sécurité et de santé,
- le maître d'œuvre désigné par le maître d'ouvrage,
- les entrepreneurs (chaque entreprise est représentée par le chef d'entreprise ou son représentant habilité).

Ont voix consultative :

- les salariés employés sur le chantier (chaque entreprise est représentée par un salarié désigné par le CHSCT ou, à défaut, les délégués du personnel ou, à défaut, les membres de l'équipe appelée à intervenir sur le chantier),
- le représentant de la direction départementale du travail,
- le représentant de l'OPPBTP,
- le représentant de la CRAM,
- les médecins du travail.

La liste nominative des participants au CISSCT est tenue à jour et affichée sur le chantier par le coordonnateur.

4.2. La mission du CISSCT

La mission du CISSCT consiste essentiellement à :

- adopter le règlement du Collège ;
- définir certaines règles communes destinées à assurer le respect des mesures de sécurité et de protection de la santé applicables au chantier ;
- vérifier que l'ensemble des règles prescrites est effectivement mis en œuvre.

L'intervention du CISSCT ne modifie pas la nature et l'étendue des responsabilités qui incombent aux participants à l'acte de construire, ni les attributions des CHSCT des entreprises intervenantes.

4.3. Les différentes règles de fonctionnement du CISSCT

La périodicité des réunions

Les réunions du CISSCT se tiennent :

- tous les trois mois sur convocation du président (= le coordonnateur) adressée 15 jours avant la réunion (sauf urgence) ;
- à la demande de la majorité des représentants avec voix délibérative ;
- à la demande motivée du tiers des représentants des salariés ;
- à la suite de tout accident ayant eu ou ayant pu avoir des conséquences graves.

Le déroulement des réunions

Le comité se réunit dans les conditions suivantes :

- dans un local approprié et pendant les heures de travail (sauf urgence) ;
- selon un ordre du jour établi par le président et complété éventuellement à la demande écrite d'un membre (adressée dans les huit jours qui suivent la réception de la convocation). L'ordre du jour peut évoquer notamment la formation et l'information des salariés ;

- en respectant le règlement du comité (attributions du président, règlement des difficultés qui pourraient s'élever entre les membres).

Les réunions du comité sont précédées d'une inspection du chantier.

Le règlement du CISSCT

Le projet de règlement est élaboré par le coordonnateur conception étude, annexé aux pièces écrites et adopté lors de la première réunion du CISSCT.

Le règlement complète les règles de fonctionnement du comité et précise les attributions du président. Il est transmis à la DDTE, à la CRAM, à l'OPPBTP et aux entreprises appelées à intervenir après la constitution du comité.

Les procès-verbaux des réunions

Ils sont :

- consignés sur un registre tenu à la disposition des membres du Collège et conservés pendant 5 ans ;
- adressés aux CHSCT des entreprises appelées à intervenir sur le chantier ;
- et font ressortir notamment :
 - l'ensemble des décisions prises par le comité,
 - le compte rendu des inspections de chantier,
 - les formations dispensées par les entreprises en application de leur obligation légale, ainsi que les formations complémentaires à la sécurité décidées par le comité.

5. Les obligations des particuliers en matière de coordination de travaux

Attention

La coordination des opérations conduites par le maître d'ouvrage particulier pour son usage personnel (ou celui de ses ayants droit) fait l'objet de dérogations spéciales.

Mais la coordination des opérations conduites par le maître d'ouvrage particulier pour son usage professionnel (hangar, atelier, garage) relève du droit commun de la coordination.

La coordination des travaux réalisés par le maître d'ouvrage particulier pour son usage personnel, celui de son conjoint ou de ses ascendants et descendants est régie par des règles spécifiques :

- aucune obligation pour le maître d'ouvrage,
- aucune responsabilité pénale spéciale,
- aucun formalisme de mise en place.

5.1. Obligations du maître d'ouvrage particulier

Le maître d'ouvrage particulier est déchargé de toute obligation relative à la mise en place et au fonctionnement de la coordination. La mise en place de la coordination sera automatique, sans exigence de contrat écrit.

Le fonctionnement de la coordination se fera sans exigence de rémunération distincte, ni d'octroi d'autorité et de moyens au coordonnateur désigné par la loi.

En revanche, le maître d'ouvrage particulier doit mettre en œuvre les principes généraux de prévention afin d'assurer la sécurité et de protéger la santé des personnes qui interviennent sur son chantier.

Conséquences pour le maître d'ouvrage particulier en termes de responsabilité pénale

N'ayant aucune obligation relative à des formalités à remplir, le maître d'ouvrage particulier n'encourt pas les sanctions pénales spécifiques prévues par le Code du travail pour non-respect des obligations liées à la coordination.

En revanche, ayant une obligation générale de respecter les principes de prévention, le maître d'ouvrage particulier encourt, comme tout un chacun, les sanctions prévues par le Code pénal en cas de risque causé à autrui ou d'atteinte à l'intégrité physique ou à la vie de la personne.

5.2. Obligations du coordonnateur désigné par la loi

On distingue les opérations soumises à permis de construire de celles qui ne le sont pas.

Pour les opérations avec permis de construire, le coordonnateur désigné par la loi sera pour le coordonnateur conception, le maître d'œuvre et pour le coordonnateur réalisation, le pilote du chantier.

Pour les opérations sans permis de construire, le coordonnateur réalisation sera l'entrepreneur qui aura la part de main d'œuvre la plus élevée.

Le coordonnateur d'opérations conduites par un maître d'ouvrage particulier n'a aucune obligation spécifique :

- pas de compétence exigée ou de formation particulière requise, pas de missions précises telles que l'élaboration et la gestion des documents de la coordination (PGC, registre journal, DIUO).

En revanche, le coordonnateur d'opérations conduites par un maître d'ouvrage particulier doit, comme tous les autres partenaires à l'acte de construire, mettre en œuvre les principes généraux de prévention afin d'assurer la sécurité et de protéger la santé des personnes qui interviennent sur le chantier.

Cette mise en œuvre doit être faite le plus simplement possible sur la base de l'analyse préalable des risques de coactivité.

Conséquences pour le coordonnateur en termes de responsabilité pénale

Aucun des coordonnateurs prévus par le dispositif légal issu de la loi du 31 décembre 1993 n'encourt les sanctions pénales spécifiques prévues par le Code du travail pour non-respect des obligations liées à la coordination.

Le coordonnateur des opérations conduites par les particuliers n'encourt donc aucune sanction pénale spécifique.

En revanche, partageant avec le maître d'ouvrage particulier l'obligation de respecter les principes de prévention, le coordonnateur des opérations conduites par les particuliers encourt, comme tout un chacun, les sanctions prévues par le Code pénal en cas de risque causé à autrui ou d'atteinte à l'intégrité physique ou à la vie de la personne.

6. Recommandations destinées à favoriser la prise en compte de la prévention des risques professionnels

6.1. La coordination en amont du chantier

Le maître d'ouvrage veillera à :

- l'évaluation des risques en :
 - identifiant, en coopération avec le coordonnateur et la maîtrise d'œuvre, les risques associés au chantier en raison notamment des délais, de l'exiguïté des lieux, de la technicité ;
 - faisant procéder aux analyses, sondages et diagnostics préalables (notamment amiante, plomb...) afin d'informer les entreprises dans le dossier de consultation ;
- la coordination santé-sécurité en :
 - désignant le coordonnateur SPS le plus tôt possible et, en tout état de cause, dès le choix de l'architecte ;
 - vérifiant l'adéquation entre l'expérience professionnelle du coordonnateur et la nature de l'opération ;
 - privilégiant la désignation d'un coordonnateur identique pour les phases conception et réalisation.
 - prévoyant un nombre suffisant de vacations pour le coordonnateur (sur un chantier de taille significative, la durée – hors réunions de chantier – des visites du coordonnateur doit être d'au moins une demi-journée par semaine) ;
 - s'assurant que le PGC ne soit pas un document type mais que soient bien identifiées les risques, ou au minimum les phases à risques, du chantier ainsi que les points qui demanderont l'organisation d'une coordination ultérieure renforcée entre les entreprises. Il sera veillé à la mise à jour du PGC.
- articuler les missions de coordination SPS et OPC en :

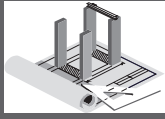
- prévoyant un planning tel que la phase de préparation du chantier laissée à l'entreprise soit suffisante en temps et que les délais de construction soient suffisants.
 - s'assurant – notamment par voie contractuelle – de la coopération entre le coordonnateur SPS, l'agent chargé de la mission OPC, et le maître d'œuvre, dans les phases de préparation et de réalisation du chantier ;
 - ayant, à défaut d'OPC, un planning suffisamment détaillé pour mettre en évidence les coactivités qui appelleront une vigilance particulière.
- la capacité des entreprises à réaliser le chantier en :
- lissant les commandes et en les étalant dans le temps ;
 - veillant à ce que les offres des entreprises répondent aux exigences du PGC SPS ;
 - s'assurant de la compétence des entreprises (par exemple à l'aide de Qualibat) ;
 - s'assurant que l'effectif des entreprises et la compétence de leur personnel correspondent aux besoins en main d'œuvre du chantier ;
 - n'admettant pas la prestation de main d'œuvre illicite ;
 - rappelant l'exigence de l'agrément des sous-traitants, quel que soit leur rang, et en demandant la communication du contrat de sous-traitance conclu ;
 - choisissant le mode de passation des marchés qui sera le plus efficace pour la sécurité et la qualité de l'exécution du projet compte tenu de ses spécificités ;
 - prévoyant dans l'appel d'offres la mise en œuvre des modalités de contrôle d'accès au chantier.
- la consultation des entreprises en :
- donnant aux entreprises un délai de réponse aux appels d'offres d'une durée suffisante ;
 - exprimant dans les appels d'offres les exigences de sécurité qui devront figurer dans les réponses des entreprises ;
 - affectant clairement dans le marché, à des lots précis, les dépenses liées aux mesures de prévention définies dans le PGC ;
 - retenant le mieux-disant et en affectant une pondération des critères adaptée aux caractéristiques du projet.

6.2. La coordination pendant l'exécution du chantier

Le maître d'ouvrage veillera à :

- un suivi fort et adapté en :
- assurant le contrôle de la mission de coordination SPS ;
 - prenant en compte les observations formulées par le coordonnateur SPS et les entreprises ;
 - prenant l'initiative avec le maître d'œuvre, à la fin de la période de préparation du chantier, de réunir les entreprises pour les informer, au regard du PGC et de son éventuelle actualisation, de l'organisation du chantier et de la prévention des risques ;

- adaptant la mission de coordination SPS par voie d'avenants en cas de besoin ;
- faciliter les échanges entre les entreprises et les équipes d'ouvriers en :
 - s'assurant de la tenue de réunions de coordination des entreprises entre elles pour faire face aux problèmes concrets de coordination de la prévention, aux conséquences des changements inopinés de procédés, et au décalage entre le travail prescrit et le travail réel.



4

LES ENTREPRENEURS (LA DÉVOLUTION DES MARCHÉS)

Partie
I

Dans le cadre d'une opération de construction, le maître d'ouvrage public ou le maître d'ouvrage privé peuvent passer un ou plusieurs marchés. Ils contractent soit avec une seule entreprise, soit avec plusieurs entreprises, soit avec un groupement d'entreprises.

On parlera dans le premier cas de marché passé à l'entreprise générale, dans le second cas de marchés séparés ou de lots séparés, et dans le dernier cas de marché attribué à un groupement où les entreprises seront groupées conjointes ou groupées solidaires.

Idées fondamentales

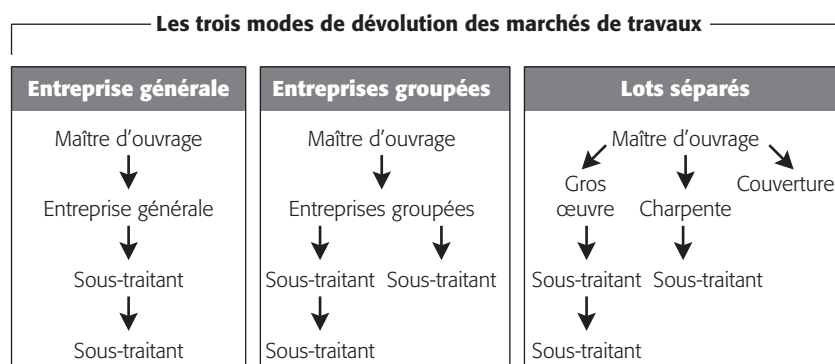
C'est le maître d'ouvrage (le pouvoir adjudicateur), c'est-à-dire le client qui choisit unilatéralement et souverainement le mode de dévolution, par exemple la dévolution en marchés séparés en lots, ou au contraire la dévolution en marché unique (à l'entreprise générale).

Les entreprises, selon leur taille ou leur spécialité, ont une préférence pour tel ou tel mode de dévolution.

Le Code des marchés publics 2006 instaure un principe de lots séparés (art. 10) auquel il est possible de déroger largement (art.10 alinéa 2) et un principe de liberté de groupement (art. 51).

La sous-traitance peut se retrouver dans tous les marchés, quel qu'ait été le mode de dévolution initial. Très souvent, et à juste titre, la sous-traitance est associée à la dévolution en entreprise générale, mais la sous-traitance peut également se retrouver dans un marché passé en groupement ou en lots séparés.

Lorsque l'intégralité du marché est confiée à une entreprise (l'entreprise générale), celle-ci sous-traite une partie des travaux, sous sa responsabilité, à d'autres entreprises, appelées entreprises sous-traitantes. Mais lorsque le marché est passé en lots séparés, chaque entrepreneur titulaire d'un lot pourra lui aussi, sous sa responsabilité, sous-traiter une partie du marché à un ou plusieurs sous-traitants. Il en sera de même pour les cotraitants membres d'un groupement momentané conjoint ou solidaire : chaque cotraitant titulaire d'un lot à l'intérieur du marché unique pourra lui aussi, sous sa responsabilité, sous-traiter tout ou partie de son lot.



1. Les marchés séparés en lots : l'allotissement

Dans un marché alloti, ou passé en lots séparés, les prestations sont divisées en lots qui peuvent être attribués à des entreprises différentes. Les lots peuvent être géographiques ; ils sont généralement techniques : le lot gros œuvre, le lot couverture plomberie, le lot électricité, le lot menuiseries intérieures et/ou extérieures, le lot peinture... Chaque lot sera donc confié à une entreprise de corps d'état différent.

Il est passé autant de contrats que d'entreprises, celles-ci n'ayant aucun lien entre elles.

Aussi faut-il régler le problème de la coordination des travaux afin que soient harmonisées dans le temps et dans l'espace les actions des différentes entreprises. Dans ce cas, un lot coordination et/ou pilotage du chantier devra être attribué à une entreprise spécialisée, ou à celle titulaire du lot gros œuvre. Cette fonction peut éventuellement être conservée par le maître d'ouvrage ; elle peut aussi être confiée au maître d'œuvre.

La formule des marchés séparés en lots est très pratiquée, au moins pour les petits travaux. Elle présente l'avantage de donner du travail aux entreprises artisanales et aux petites et moyennes entreprises. Elle permet de maintenir un tissu économique local et, à ce titre, est encouragée par les pouvoirs publics.

Les entreprises trouvent un intérêt à cette formule puisqu'elles ont un lien contractuel direct avec le maître d'ouvrage. Cela leur évite les abus de certains donneurs d'ordre et peut limiter les risques d'impayés qu'entraîne la sous-traitance irrégulière.

L'article 10 du CMP issu du décret du 1^{er} août 2006 précise que : *Afin de susciter la plus large concurrence, et sauf si l'objet du marché ne permet pas l'identification de prestations distinctes, le pouvoir adjudicateur passe le marché en lots séparés. À cette fin, il choisit librement le nombre de lots, en tenant notamment compte des caractéristiques techniques des prestations demandées, de la structure du secteur économique en cause et, le cas échéant, des règles applica-*

bles à certaines professions. Les candidatures et les offres sont examinées lot par lot. Les candidats ne peuvent présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus. Si plusieurs lots sont attribués à un même titulaire, il est toutefois possible de ne signer avec ce titulaire qu'un seul marché regroupant tous ces lots.

L'article 51 du CMP instituant un principe de liberté de groupement des entreprises, il sera toujours possible de répondre groupés conjoints au moyen d'un acte d'engagement unique, indiquant le montant et la répartition détaillée des prestations que chacun des membres du groupement s'engage à exécuter ou groupés solidaires au moyen d'un acte d'engagement unique indiquant le montant total du marché et l'ensemble des prestations que les membres du groupement s'engagent solidairement à réaliser (cf. infra).

L'article 10 du Code poursuit : *Si le pouvoir adjudicateur recourt à des lots séparés pour une opération ayant à la fois pour objet la construction et l'exploitation ou la maintenance d'un ouvrage, les prestations de construction et d'exploitation ou de maintenance ne peuvent être regroupées dans un même lot.*

S'il recourt à un marché global, celui-ci fait obligatoirement apparaître, de manière séparée, les prix respectifs de la construction et de l'exploitation ou de la maintenance. La rémunération des prestations d'exploitation ou de maintenance ne peut en aucun cas contribuer au paiement de la construction.

À noter un arrêt du Conseil d'État où la réduction du nombre de lots à 6 dans un marché négocié suivant un appel d'offres infructueux, alors que l'ancien marché en comportait 30, n'est pas considéré comme un manquement aux obligations de mise en concurrence, et ce, même si ces modalités d'allotissement rendent plus difficile pour les PME l'accès au marché (CE, 10 mai 2006, société Sciocchet).

2. Le marché unique (ou à l'entreprise générale)

Le marché est conclu avec un unique attributaire qui peut néanmoins sous-traiter certaines parties de son marché.

L'entrepreneur principal est personnellement responsable du respect de toutes les obligations résultant du marché et assume à ce titre les tâches de coordination en cas de décomposition de la prestation en lots.

La notion d'entreprise générale ne fait l'objet d'aucune définition spécifique en droit français. Il y a toutefois lieu d'insister sur la nécessaire fonction de coordination de l'entreprise générale et surtout sur la nécessité de faire entrer cette fonction de coordination dans l'objet social de l'entreprise qui souhaite prendre un marché à l'entreprise générale. À défaut, le marché ne serait pas valide.

L'attribution d'un marché à l'entreprise générale suppose également que l'attributaire présente les garanties professionnelles et financières adéquates même si le Code des marchés publics lui permet de servir des garanties professionnelles, techniques et financières d'autres opérateurs économiques (art. 45 du Code) :

Pour justifier de ses capacités professionnelles, techniques et financières, le candidat peut demander que soient également prises en compte les capacités professionnelles, techniques et financières d'autres opérateurs économiques. Dans ce cas, il doit justifier des capacités de ce ou ces opérateurs économiques et du fait qu'il en dispose pour l'exécution du marché.

L'article 10 du Code des marchés publics, après avoir instauré dans son alinéa premier un principe d'allotissement des marchés, prévoit quatre dérogations :

Le pouvoir adjudicateur peut toutefois passer un marché global, avec ou sans identification de prestations distinctes, s'il estime :

- que la dévolution en lots séparés est de nature, dans le cas particulier, à restreindre la concurrence,
- ou qu'elle risque de rendre techniquement difficile,
- ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations,
- ou encore qu'il n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination.

3. Les groupements momentanés d'entreprises (GME) : la cotraitance

Couramment pratiqués tant dans les marchés publics que privés, les groupements momentanés d'entreprises présentent de nombreux avantages.

Ils peuvent être conjoints ou solidaires.

Le Code des marchés publics instaure un principe de liberté de groupement (art. 51).

Nous verrons successivement pourquoi et comment se grouper, ainsi que le fonctionnement du groupement momentané d'entreprises (Généralités). Ceci nous permettra d'étudier ensuite plus particulièrement le rôle du mandataire commun et celui des cotraitants. Puis, nous nous attacherons aux questions relatives à la solidarité, aux assurances et à la défaillance d'un cotraitant ou du mandataire commun, aux qualifications des cotraitants, avant de voir comment soumissionner un marché public en entreprises groupées et les précautions à prendre pour créer et faire fonctionner un GME.

3.1. Généralités

S'il apparaît comme un moyen de répondre aux défis majeurs que sont les mutations du marché et la mobilisation optimale des ressources humaines, le groupement est encore, pour beaucoup d'entreprises et de maîtres d'ouvrage, une idée neuve. Il permet pourtant d'offrir à un client, public ou privé, un interlocuteur unique et un service complet.

Après avoir donné une brève définition du groupement momentané d'entreprises et rappelé ses avantages, nous verrons en quoi il se différencie de la sous-traitance et des groupements permanents d'entreprises.

Puis nous verrons à qui appartient l'initiative de répondre en groupement.

3.1.1. Définition d'un GME

C'est une **juxtaposition d'entreprises**,

- qui mettent en commun leurs moyens (hommes, matériel, capacité financière, savoir-faire),
- pour faire ensemble ce que chacun n'a pas les moyens de faire séparément,
- pour un chantier donné.

Un groupement est composé de personnes morales, mais il n'a pas lui-même la personnalité morale.

Aucune définition plus précise ne peut être donnée, pas plus légale que réglementaire, puisque les groupements momentanés d'entreprise sont issus de la pratique.

Le Code des marchés publics, qui lui consacre au travers de l'article 51 toute une section (les groupements d'opérateurs économiques), ne fournit aucune définition.

3.1.2. Avantages des GME

Avantages pour le maître d'ouvrage

- Le maître d'ouvrage a un interlocuteur unique : le mandataire commun.
- Le maître d'ouvrage a un responsable unique : le mandataire commun.
- Le maître d'ouvrage traite avec des entreprises spécialisées par corps d'état.

Avantages pour les entreprises

- Le groupement permet aux entrepreneurs d'accéder à de plus gros marchés que ceux qu'ils pourraient obtenir seuls.
- Il valorise l'entrepreneur par des contacts plus directs avec les clients.
- Il permet à l'entrepreneur d'obtenir des références plus prestigieuses que celles reçues en qualité de sous-traitant.

3.1.3. En quoi la cotraitance est-elle différente de la sous-traitance ?

Chaque cotraitant a signé l'acte d'engagement (ou donné pouvoir au mandataire commun de le signer en son nom). Chaque cotraitant a donc un lien contractuel direct avec le maître d'ouvrage. Alors que le sous-traitant, même payé directement par le maître d'ouvrage, n'a aucun lien contractuel direct avec lui.

Le mandataire commun n'est pas une entreprise générale : il ne donne pas d'ordre à ses partenaires. Il n'est qu'un intermédiaire entre le maître d'ouvrage et le cotraitant, d'une part, et le cotraitant et le maître d'ouvrage, d'autre part.

Chaque entreprise reste responsable de l'exécution de son lot envers le maître d'ouvrage.

3.1.4. En quoi les GME diffèrent-ils des groupements permanents ?

Le groupement momentané d'entreprises est une juxtaposition temporaire de moyens, chaque cotraitant conservant le bénéfice de son activité.

Le groupement permanent est une mise en commun pérenne de moyens ; les bénéfices ou les pertes sont supportés par le groupement.

Le groupement permanent a la personnalité morale (sauf exception : société en participation ou société de fait), distincte de celle des entreprises qui le composent.

3.1.5. Est-ce au maître d'ouvrage qu'appartient l'initiative d'une dévolution en groupement ?

En marchés publics

- La personne publique ne peut pas interdire l'accès des groupements d'entreprises aux marchés qu'elle envisage. Elle ne peut que, le cas échéant, préciser la forme du groupement qu'elle exigera après l'attribution du marché (art. 51 VII).
- Cette liberté de groupement des entreprises est donc totale, qu'il s'agisse de répondre pour l'ensemble de l'opération ou pour un seul lot.

En marchés privés

- Il n'existe aucune règle en matière de dévolution de marchés privés.
- Le maître d'ouvrage peut exiger ou interdire une dévolution en groupement d'entreprises.
- Si rien n'est prévu par le maître d'ouvrage dans le dossier de consultation, rien n'interdit à des entreprises groupées de soumissionner « tous corps d'état » et *a fortiori* pour un lot donné.

3.2. Les deux formes de groupement

Les entreprises peuvent se grouper en GME conjoint ou en GME solidaire.

3.2.1. Caractéristiques communes aux GME

Dans un groupement, chaque entreprise est liée au pouvoir adjudicateur par un marché de travaux, mais il n'existe qu'un seul acte d'engagement.

Le mandataire commun est l'interlocuteur unique du maître d'ouvrage.

La coordination interentreprises est assurée par le mandataire commun.

Les GME n'ont pas la personnalité morale. Il n'y a pas d'apport d'argent, ni partage des bénéfices ou des pertes résultant du marché.

On distingue les groupements conjoints des groupements solidaires.

3.2.2. Le groupement conjoint

Le groupement est conjoint lorsque, l'opération étant divisée en lots, chacun des prestataires membres du groupement s'engage à exécuter le ou les lots qui sont susceptibles de lui être attribués dans le marché.

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

Chaque entreprise n'est responsable que du lot qui lui a été imparti.

Les différents cotraitants ne sont pas tenus de réparer les fautes commises par l'un d'entre eux, ni de supporter les conséquences de leur éventuelle défaillance.

Il n'y a pas de solidarité entre les entreprises.

Seul le mandataire commun peut, **si le marché le prévoit**, répondre devant le maître d'ouvrage du bon achèvement des travaux et pallier les défaillances de ses partenaires.

Dans ce cas, la responsabilité solidaire du mandataire cesse à l'expiration du délai de garantie de parfait achèvement (soit un an après la réception). En revanche, l'entreprise qui a exécuté le lot est responsable pendant toute la durée de la garantie décennale ou pendant toute la durée de la garantie de bon fonctionnement d'une durée minimale de deux ans.

La solidarité du mandataire commun **ne bénéficie qu'au maître d'ouvrage**. Elle n'existe ni à l'égard des autres membres du groupement, ni à l'égard des tiers (fournisseurs, sous-traitants des cotraitants, fisc...).

Ce type de groupement se rencontre très souvent dans le secteur du bâtiment où les entreprises, par hypothèse, seront de corps d'état différents et de tailles différentes.

3.2.3. Le groupement solidaire

Le groupement est solidaire lorsque chacun des prestataires membres du groupement est engagé pour la totalité du marché, que l'opération soit ou non divisée en lots.

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

Toutes les entreprises sont liées solidairement vis-à-vis du maître d'ouvrage, et chacune est donc responsable pour le tout de l'inexécution des travaux incombant à l'une d'entre elles.

Le maître d'ouvrage peut demander à n'importe laquelle des entreprises solidaires d'exécuter les travaux non accomplis par l'une d'elles. Cette solidarité dure jusqu'à l'expiration du délai de garantie décennale ou de bon fonctionnement. Les risques sont donc partagés entre les différents membres du groupement.

Cette solidarité profite au seul maître d'ouvrage.

Elle n'existe ni à l'égard des tiers, ni à l'égard des autres membres du groupement.

Ce type de groupement est envisageable pour des entreprises de même spécialité et de même taille. Il se rencontre fréquemment dans le secteur des travaux publics ou, pour l'exécution d'un lot technique, dans le secteur du bâtiment.

3.2.4. Un groupement d'entreprises ne peut pas être conjoint et solidaire

En marchés publics soumis au CCAG Travaux 1976

Dans le cas où l'acte d'engagement n'indique pas si les entrepreneurs groupés sont solidaires ou conjoints, le CCAG Travaux 1976 précise dans son article 2.3, pour les marchés qui s'y réfèrent expressément, que :

- si les travaux sont divisés en lots dont chacun est assigné à l'un des entrepreneurs et, si l'un de ces derniers est désigné dans l'acte d'engagement comme mandataire, les entrepreneurs sont conjoints ;
- si les travaux ne sont pas divisés en lots dont chacun est assigné à l'un des entrepreneurs ou si l'acte d'engagement ne désigne pas l'un de ces derniers comme mandataire, les entrepreneurs sont solidaires (art. 2.3 du CCAG). Dans le cas d'entrepreneurs groupés solidaires, si le marché ne désigne pas l'entrepreneur mandataire, celui qui est énuméré le premier dans l'acte d'engagement est le mandataire des autres entrepreneurs.

En marchés privés

La solidarité ne se présume jamais sauf en matière commerciale.

Lorsque la convention de groupement momentané ne précise pas le caractère conjoint ou solidaire du groupement, et lorsque les documents contractuels sont également muets sur ce point, il appartiendra, le cas échéant, au maître d'ouvrage de démontrer en justice la solidarité des entreprises à son égard.

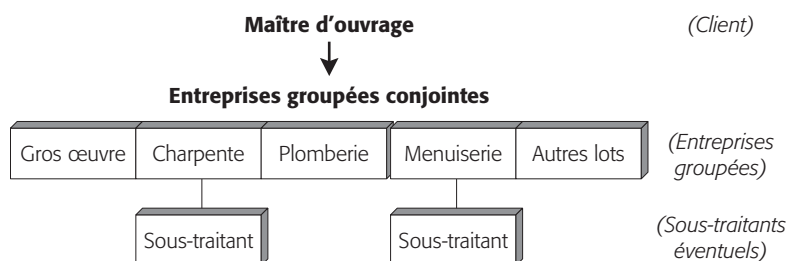
L'étendue de la solidarité du mandataire commun et des cotraitants solidaires doit également être indiquée dans le marché.

3.2.5. Un cotraitant peut sous-traiter

Dans ce cas, il doit respecter la loi du 31 décembre 1975 et préalablement faire accepter son ou ses sous-traitants, et faire agréer leurs conditions de paiement par le maître d'ouvrage.

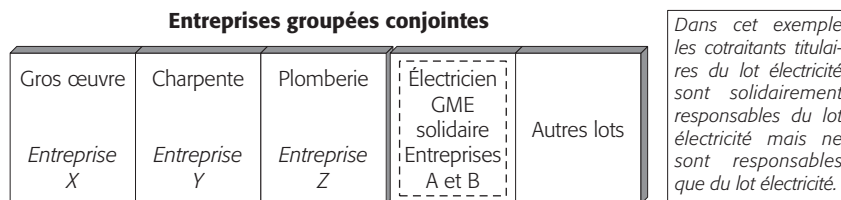
Le groupement, quant à lui, ne peut jamais sous-traiter : il n'a pas la personnalité morale et ce n'est pas lui qui détient le marché, mais chaque cotraitant pour sa part respective.

Le mandataire commun ne pourra lui aussi que sous-traiter sa seule part de marché.



3.2.6. Les deux types de groupements peuvent être combinés

Le marché pourrait être globalement attribué à des entreprises groupées conjointes et, parallèlement à l'intérieur de ce groupement, un ou plusieurs lots déterminés pourraient être exécutés par des entreprises groupées solidaires, et un ou plusieurs autres exécutés par des entreprises groupées conjointes.



3.3. Le fonctionnement des GME

En marchés publics, selon l'article 51 du Code : *Dans les deux formes de groupements, l'un des opérateurs économiques membres du groupement, désigné dans l'acte d'engagement comme mandataire, représente l'ensemble des membres vis-à-vis de la personne responsable du marché, et coordonne les prestations des membres du groupement.*

Si le marché le prévoit, le mandataire du groupement conjoint est solidaire, pour l'exécution du marché, de chacun des membres du groupement pour ses obligations contractuelles à l'égard du pouvoir adjudicateur.

En marchés publics, quelle que soit la forme du groupement, un mandataire est désigné dans l'acte d'engagement comme mandataire. Les candidatures et les offres sont présentées **soit par l'ensemble des opérateurs économiques groupés, soit par le mandataire** s'il justifie des habilitations nécessaires pour représenter ces opérateurs économiques au stade de la passation du marché. Mais, un même prestataire ne peut pas être mandataire de plus d'un groupement pour un même marché (art. 51 IV).

Si le marché le prévoit, le mandataire d'un groupement conjoint est solidaire de chacun des membres du groupement pour ses obligations contractuelles à l'égard de la personne publique, en ce qui concerne l'exécution du marché.

Attention : Dans le cas où le CCAG Travaux s'applique et si on n'a pas dérogé à son article 2.31, le mandataire du groupement conjoint sera solidaire puisque cet article prévoit la solidarité du mandataire. En conséquence, la personne publique pourra rechercher, au titre de la solidarité, la responsabilité du mandataire d'un groupement conjoint à raison d'un manquement à ses obligations contractuelles par une des entreprises du groupement. En revanche, elle ne peut rechercher la responsabilité solidaire du mandataire sur le fondement d'une faute commise par un des entrepreneurs et détachable de ses obligations contractuelles.

3.3.1. Le mandataire commun

1. Le statut de mandataire commun

Le statut du mandataire commun et l'étendue de ses responsabilités sont variables et dépendent à la fois des stipulations de la convention de groupement et de celles du contrat d'entreprise.

Pour présenter une offre en groupement, puis pour exécuter le marché, les entreprises groupées doivent choisir parmi elles un mandataire commun. Il s'agit en général de l'entreprise qui détient la plus grosse part du marché.

Le mandataire ne peut exercer les fonctions particulières qui lui incombent qu'en vertu d'un mandat donné par les cotraitants. Cet acte, régi par les articles 1984 et suivants du Code civil, délimite précisément l'étendue des pouvoirs confiés au mandataire.

Si le mandataire agit en dehors du cadre de son mandat, il n'engage pas les entreprises du groupement.

Le maître d'ouvrage doit être vigilant et vérifier, lors de la conclusion du contrat, que son interlocuteur a effectivement la qualité de mandataire ; à défaut, les membres du groupement ne sauraient être considérés comme valablement engagés au titre du marché.

La société mandataire d'un groupement ne doit pas omettre de l'indiquer dès le stade de la candidature à un marché public. Dans une décision du 28 avril 2006 le Conseil d'État a annulé un jugement qui estimait que l'absence d'indication du mandat dont disposait une des sociétés du groupement ne revêtait pas un caractère substantiel. La Haute Juridiction rappelle que la personne publique a la faculté de demander, sur un plan de stricte égalité, aux candidats de fournir certains documents liés à leur capacité technique ou financière d'exécuter le marché. Toutefois, ces dispositions *ne peuvent lui conférer la possibilité, dès lors qu'un candidat n'a pas justifié de sa capacité juridique lui permettant de déposer sa candidature, de compléter le dossier de celle-ci pour assurer la recevabilité de sa demande* ». Les juges du Palais Royal ont précisé que la faculté offerte par l'article 52 ne saurait être exercée « qu'antérieurement à l'admission des candidatures » (CE, 28 avril 2006, syndicat mixte du département de l'Hérault).

En pratique, les entreprises signent un imprimé intitulé « Lettre de candidature » (DC4) disponible sur le site du ministère de l'Économie : www.minefi.gouv.fr

2. Les missions du mandataire commun sont multiples

Le mandataire reçoit mandat de ses partenaires lui permettant d'être l'interlocuteur unique du maître d'ouvrage lors de la préparation comme de l'exécution du chantier.

- Il remet les offres (initiales ou complémentaires).
- Il transmet au maître d'ouvrage les demandes d'acceptation et d'agrément des sous-traitants éventuels de ses partenaires.
- Il est également habilité à signer le marché ou les avenants concernant les lots des cotraitants.
- Il vise et transmet leurs mémoires ou situations de travaux.
- Il sert d'intermédiaire pour les réclamations ou demandes de travaux supplémentaires présentées par le maître d'ouvrage, mais en aucun cas ne peut répondre à la place de ses partenaires.

À ces missions peuvent s'ajouter celles :

- de coordonner le chantier (tenue du planning, organisation générale du chantier, etc.),
- de contrôler le travail des différents intervenants,
- de gérer le compte prorata, etc.

3. La rémunération de la fonction de mandataire commun

La rémunération du mandataire doit être prévue dans la convention de groupement.

Elle se fera :

- soit par les membres du groupement eux-mêmes : cette dépense est alors incluse dans leur devis de travaux,

- soit par le maître d'ouvrage au titre du lot du mandataire ou d'un lot distinct (« coordination » généralement).

4. Comment se protéger en tant que mandataire commun ?

Pour équilibrer la responsabilité qu'il assume, le mandataire commun peut obtenir :

- de la part de ses cotraitants, une caution de bonne fin des travaux,
- de la part du maître d'ouvrage, la signature d'un accord de stipulation pour autrui par lequel le maître d'ouvrage s'engage à retenir toute somme dont chaque cotraitant serait redevable du fait de sa défaillance. (Cette clause figure dans les conventions types de groupements momentanés d'entreprises rédigées par la FFB et la FNTP en vente à la SEBTP 6-14, rue La Pérouse, 75784 Paris Cedex 16.)

3.3.2. Les cotraitants

1. Les obligations des cotraitants à l'égard du mandataire commun

Chaque entreprise demeure responsable de ses actes ou défaillances et de leurs conséquences.

Il est fortement souhaitable qu'elle s'engage, dans la convention de groupement, à en faire son affaire personnelle ou à garantir le mandataire qui aurait été amené à se substituer à elle sur la demande du maître d'ouvrage.

2. Le paiement des cotraitants

Le mode de paiement n'est pas forcément identique dans les deux types de groupements.

Les entreprises groupées conjointes seront payées individuellement et directement par le maître d'ouvrage.

Leurs décomptes sont décomposés en autant de parties qu'il y a d'entrepreneurs à payer séparément, à concurrence du montant dû à chacun.

Les entreprises groupées solidaires seront payées soit individuellement, soit sur un compte commun, ce qui n'est pas sans présenter quelques difficultés en cas de dépôt de bilan de l'un des membres.

Si une individualisation des créances est possible, le règlement pourra être effectué soit à des comptes distincts, soit à un compte unique ouvert au nom des entreprises groupées ; les mandats porteront alors au verso la somme revenant à chaque entreprise dans le montant total.

En tout état de cause, ce compte commun doit être uniquement un compte de passage. Les sommes doivent être vite transférées sur les comptes de chaque cotraitant.

En marchés publics

Dans le cas d'un marché public passé avec des entrepreneurs groupés solidaires où les paiements sont effectués à un compte unique, le comptable assignataire du marché, auprès duquel est pratiquée une saisie-arrêt contre un des entrepreneurs groupés, retient, sur les plus prochains mandats de paiement émis au titre du marché, l'intégralité de la somme sur laquelle cette saisie-arrêt a été faite.

Si cette éventualité survient ou si l'un des entrepreneurs groupés est défaillant, l'entrepreneur en cause ne peut s'opposer à ce que les autres entrepreneurs demandent à la personne responsable du marché que les paiements relatifs aux travaux qu'ils exécuteront postérieurement à ces demandes soient faits à un nouveau compte unique ouvert à leurs seuls noms.

En marchés publics, le sous-traitant étant payé directement, l'entrepreneur devra joindre à son projet de décompte une demande de paiement du sous-traitant indiquant la somme à prélever, sur celles qui lui sont dues, pour la partie de la prestation exécutée par le sous-traitant et que la personne responsable devra faire régler à ce sous-traitant.

3.3.3. Les deux aspects des groupements

Tout groupement d'entreprises est caractérisé par au moins deux contrats, le marché de travaux et la convention de groupement (auxquels peuvent s'ajouter des contrats de sous-traitance).

1. Le marché de travaux

Le **marché de travaux** lie le maître d'ouvrage à chacune des entreprises représentées par le mandataire commun. Il définit les travaux à réaliser, le délai d'exécution, les conditions financières...

Le marché sera public ou privé en fonction de la qualité du maître d'ouvrage.

Les tribunaux compétents seront : les tribunaux de l'ordre administratif si le maître d'ouvrage est public, les tribunaux de l'ordre judiciaire si le maître d'ouvrage est privé.

La convention de groupement d'entreprises fixe l'ensemble des règles qui régissent les relations interentreprises. Elle définit le rôle du mandataire et sa rémunération, le rôle des cotraitants, les responsabilités, la défaillance...

Les tribunaux de l'ordre judiciaire sont toujours compétents.

2. La convention de groupement

La convention de groupement momentané d'entreprises est un contrat à part entière. Elle doit être distinguée du marché, lequel ne régit pas les relations des cotraitants entre eux.

Cette convention est cependant subordonnée au marché : son existence est liée à l'obtention de celui-ci par le groupement. De plus, un contrat de cotraitance ne saurait survivre au marché qui lui sert de support.

La convention de groupement n'a pas de statut légal. Aucune disposition n'en impose la conclusion mais, en pratique, les entreprises ont besoin d'un instrument pour organiser le fonctionnement du groupement et ses relations avec le maître d'ouvrage.

Par ailleurs, le formalisme nécessaire à l'existence d'un mandat (art. 1984 et suiv. du Code civil) doit être respecté puisque la convention a notamment pour objet la désignation d'un mandataire commun.

Le contenu de la convention est déterminé par les parties en toute liberté. Les organisations professionnelles ont élaboré des modèles pour faciliter la tâche de leurs adhérents. Il est conseillé d'utiliser ces conventions types :

- Convention de groupement momentané d'entreprises conjointes (SEBTP 6-14, rue La Pérouse, 75784 Paris Cedex 16),
- Convention de groupement momentané d'entreprises solidaires (SEBTP 6-14, rue La Pérouse, 75784 Paris Cedex 16).

La liste des clauses figurant généralement dans les conventions de groupement est la suivante :

- identité des parties,
- objet et durée du groupement,
- désignation, attributions et, éventuellement, rémunération d'un mandataire commun,
- répartition des travaux du marché,
- obligations envers le maître d'ouvrage (notamment stipulation du caractère solidaire ou conjoint du groupement),
- modalités de paiement,
- garanties et assurances,
- modalités du recours à la sous-traitance,
- défaillance de l'un des membres,
- règlement des litiges.

3.3.4. Les principales difficultés

1. La solidarité

Elle ne joue que vis-à-vis du maître d'ouvrage.

En groupement d'entreprises conjointes : les cotraitants ne sont pas solidaires les uns des autres. Seul le mandataire commun peut être solidaire des cotraitants vis-à-vis du maître d'ouvrage, pendant l'exécution du marché et pendant l'année de parfait achèvement (généralement 1 an après la réception) **si le marché le prévoit**.

En groupements d'entreprises solidaires : le mandataire commun et tous les cotraitants sont solidaires vis-à-vis du maître d'ouvrage (généralement 10 ans après la réception).

Le marché peut, cependant, toujours prévoir une durée plus courte.

En marchés publics il a été jugé que les obligations du mandataire commun d'un groupement conjoint perdurent sans besoin de prolongation après le délai de parfait achèvement pour les réserves notifiées à la réception et non levées (CE, 26 janvier 2007, Société Mas, entreprise générale, n° 264306).

2. Les assurances

Chaque membre doit être titulaire d'assurances couvrant les risques qu'il peut encourir au titre de son lot (et éventuellement au titre des travaux sous-traités).

En cas de groupement solidaire, chaque cotraitant doit également avoir déclaré à son assureur qu'il est membre de ce GME et être ainsi assuré pour l'ensemble des prestations confiées au groupement :

- responsabilité civile pour les dommages causés à autrui (accident...),
- dégâts des eaux, incendie, explosion, foudre,
- effondrement en cours de travaux,
- responsabilité décennale et garantie de bon fonctionnement.

Le mandataire d'un GME, même conjoint, doit lui aussi avoir souscrit une assurance spécifique.

3. La défaillance

Les conséquences de la défaillance d'un cotraitant

Le mandataire a l'obligation de prendre les mesures appropriées pour pallier cette défaillance, soit :

- en effectuant lui-même les prestations,
- en les sous-traitant,
- si le maître d'ouvrage l'accepte par avenant, en prenant une nouvelle entreprise, sans modification des clauses du marché et surtout du prix.

Les conséquences de la défaillance du mandataire commun

Deux cas de figure peuvent se présenter.

Si l'entreprise mandataire reste capable d'effectuer les travaux de son lot, il faut désigner un nouveau mandataire parmi les membres du groupement.

À défaut d'accord des cotraitants sur un nouveau mandataire, le maître d'ouvrage fait réaliser la coordination par une tierce personne aux frais du mandataire défaillant.

Si, en revanche, le mandataire commun est défaillant non seulement dans son rôle de mandataire, mais aussi en tant qu'entrepreneur, et si le mandataire défaillant et ses cotraitants l'acceptent expressément :

- une nouvelle entreprise peut être substituée au défaillant pour les travaux (en marchés publics : appel d'offres ou marché négocié en cas d'urgence),

- et le maître d'ouvrage désigne un nouveau mandataire parmi les membres du groupement ou un tiers chargé de la coordination.

Si l'accord de toutes les parties prenantes ne peut être obtenu, le maître d'ouvrage ne peut que repasser un marché séparé pour les travaux non exécutés par le mandataire, et pour les autres lots :

- **si les autres cotraitants poursuivent leurs travaux dans le cadre du groupement réduit**, un avenant doit alors être passé avec le nouveau groupement excluant la part de travaux à fournir par le nouveau mandataire.
- **si les autres cotraitants ne veulent pas maintenir le groupement**, le maître d'ouvrage a alors la possibilité de résilier la totalité du marché et de relancer une consultation.

Les règles à appliquer en cas de défaillance due à un redressement judiciaire (RJ) ou à une liquidation judiciaire (LJ)

Il appartient au maître d'ouvrage informé, le cas échéant, par les autres cotraitants, de mettre en demeure l'administrateur ou le débiteur autorisé (RJ) ou le liquidateur (LJ), et de se prononcer sur le sort du marché du cotraitant défaillant, puisque eux seuls peuvent décider de sa poursuite ou de sa résiliation (cette procédure est décrite dans les conventions types de groupements momentanés rédigées par les organisations professionnelles – cf. loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 dite loi de sauvegarde des entreprises et son décret d'application n° 2005-1677 du 28 décembre 2005).

4. Les qualifications d'entreprises dans un groupement

L'article 52 du Code des marchés publics (I dernier alinéa) précise : *En cas de groupement l'appréciation des capacités professionnelles, techniques et financières d'un groupement est globale. Il n'est pas exigé que chaque membre du groupement ait la totalité des compétences techniques requises pour l'exécution du marché.*

5. Respect des règles de concurrence en marchés publics soumis au CMP

Il convient de rappeler que le groupement d'entreprises ne doit pas porter atteinte aux règles de transparence et de libre concurrence. L'article 51-I rappelle d'ailleurs que *les opérateurs économiques sont autorisés à se porter candidat sous forme de groupement solidaire ou de groupement conjoint sous réserve du respect des règles relatives à la concurrence.*

La réponse en groupement ne doit notamment pas aboutir à une entente illicite prohibée par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence.

Interdiction de modifier la composition du groupement entre la remise des candidatures et la remise des offres (art. 51 du CMP)

Les candidatures et les offres sont présentées **soit par l'ensemble des opérateurs économiques groupés, soit par le mandataire** s'il justifie des habilitations nécessaires pour représenter ces opérateurs économiques au stade de la

passation du marché. Un même opérateur économique ne peut pas être mandataire de plus d'un groupement pour un même marché.

Sous l'empire du Code des marchés publics 2004, il était interdit de modifier la composition du groupement entre la remise des candidatures et la remise des offres.

Le Code des marchés publics 2006 (art. 51 V) modifie complètement cette règle puisqu'il prévoit désormais une dérogation : *La composition du groupement ne peut être modifiée entre la date de remise des candidatures et la date de signature du marché. Toutefois, si le groupement apporte la preuve qu'un de ses membres est mis en liquidation judiciaire ou qu'il se trouve dans l'impossibilité d'accomplir sa tâche pour des raisons qui ne sont pas de son fait, il peut demander au pouvoir adjudicateur l'autorisation de continuer à participer à la procédure de passation sans cet opérateur défaillant, en proposant le cas échéant à l'acceptation du pouvoir adjudicateur un ou plusieurs sous-traitants. Le pouvoir adjudicateur se prononce sur cette demande après examen de la capacité professionnelle, technique et financière de l'ensemble des membres du groupement ainsi transformé et, le cas échéant, des sous-traitants présentés à son acceptation.*

La personne publique peut imposer au groupement, après attribution du marché, une nouvelle forme, à condition que cette obligation ait été mentionnée dans le règlement de la consultation. Le passage d'un groupement d'une forme à une autre ne peut être exigé pour la présentation de l'offre, mais le groupement peut être contraint d'assurer cette transformation lorsque le marché lui a été attribué, si cette transformation est nécessaire pour la bonne exécution du marché. Dans ce cas, la forme imposée après attribution est mentionnée dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation (art. 51 VII).

Possibilité d'interdire de présenter des offres à plusieurs titres. Le règlement de la consultation peut interdire aux candidats de présenter pour le marché, ou un de ses lots, plusieurs offres en agissant à la fois en qualité de candidats individuels ou de membres d'un ou plusieurs groupements. *L'avis d'appel public à la concurrence ou le règlement de la consultation peut interdire aux candidats de présenter pour le marché ou certains de ses lots plusieurs offres en agissant à la fois : 1° En qualité de candidats individuels et de membres d'un ou plusieurs groupements ; 2° En qualité de membres de plusieurs groupements* (art. 51 VI).

Il ne s'agit pas, comme pour le point précédent, d'une interdiction générale mais d'une possibilité laissée à l'appréciation de la personne publique de refuser au cas par cas les candidatures multiples ; elle ne trouvera pas à s'appliquer lorsque la participation d'une même entreprise à plusieurs groupements est objectivement incontournable, par exemple parce que cette entreprise sera seule capable de réaliser une partie des prestations demandées.

Cette disposition n'interdit pas, dans le cas des opérations comportant plusieurs lots, à une même entreprise de présenter une offre pour plusieurs lots, éventuel-

lement dans des groupements différents selon les lots ou encore de façon individuelle pour certains lots et en groupements pour d'autres.

6. Cession des créances résultant d'un marché public passé en groupement

Lorsqu'une entreprise, de par sa situation de trésorerie négative, ne peut couvrir la totalité de ses besoins en fond de roulement, elle doit solliciter un concours bancaire. Lorsque les besoins de l'entreprise sont à la fois de courte durée et de faible ampleur, ils seront en général couverts par une facilité de caisse ou une autorisation de découvert. En revanche, lorsque les besoins de l'entreprise deviennent permanents ou sont de forte ampleur, le banquier cherche généralement à couvrir son risque par une garantie.

La technique la plus fréquemment utilisée dans ce cas est la cession de créances qui permet à l'entreprise d'obtenir le crédit qui lui est nécessaire en cédant à son banquier des créances qu'il détient. Cette technique, lorsqu'elle porte sur des créances publiques, obéit à des modalités spécifiques, même si elle est mise en œuvre dans le cadre de la loi Dailly du 2 janvier 1981 modifiée.

Le système de l'exemplaire unique (ou celui du certificat de cessibilité – Article 106 du Code des marchés publics 2006 et arrêté du 28 août 2006) vise à éviter, d'une part, que la même créance soit cédée ou nantie deux ou plusieurs fois, partiellement ou en totalité, et d'autre part, qu'une entreprise ait la possibilité de céder (ou nantir) la créance d'une autre.

Mais il convient d'être particulièrement vigilant dans la délivrance et le suivi de l'exemplaire unique en cas de marché exécuté en groupement d'entreprises, surtout s'il s'agit d'un groupement solidaire sans individualisation des prestations (cf. infra 12. Cession et nantissement des créances résultant d'un marché public).

3.3.5. Les précautions à prendre pour constituer et faire fonctionner un GME

1. Lors de la constitution du groupement

Un certain nombre de précautions doivent être prises pour éviter une éventuelle requalification du groupement par le juge en société de fait :

- démontrer la volonté de ne pas s'associer ;
- s'assurer que le mandataire a bien vérifié que tous les cotraitants ont bien remis l'ensemble des documents requis par le maître d'ouvrage pour soumissionner ;
- chaque entreprise doit acheter les matériaux et matériels pour ses besoins propres et non pour ceux du groupement. En cas de commandes groupées, les individualiser et demander une facture au nom de chaque entreprise ;
- ne jamais utiliser de papier à en-tête du groupement ou aux logos des entreprises groupées ni de cachet gravé au nom du groupement et, d'une façon générale, ne pas faire de publicité au nom du groupement ;
- en cas de prêt de matériel, un prix de location devra être réclamé aux utilisateurs ;

- paiement à un compte unique : effectuer le remboursement immédiat aux cotraitants.

2. Lors du fonctionnement du groupement

Chaque cotraitant doit se sentir, dès le départ, concerné par la vie du groupement et ne pas se reposer complètement sur le mandataire commun.

S'entourer du maximum de garanties quant à la solvabilité de ses partenaires.

Éviter le risque de requalification du groupement en société commerciale de fait, car chaque cotraitant pourrait se voir réclamer la totalité des dettes du groupement. La société de fait se verrait assujettie à toutes impositions, taxes et charges propres à une société.

Dans ce but, il est important de signer une convention de groupement indiquant clairement qu'il n'y a pas de volonté de créer une société.

4. La sous-traitance

4.1. Règles communes à tous les marchés de sous-traitance

4.1.1. Définition

L'article premier de la loi du 31 décembre 1975 (modifiée par la loi du n° 2001-1148 du 11 décembre 2001 et celle n° 2005-845 du 26 juillet 2005) définit la sous-traitance comme *l'opération par laquelle un entrepreneur confie **par un sous-traité, et sous sa responsabilité**, à une autre personne appelée **sous-traitant l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public** conclu avec le maître d'ouvrage.*

La sous-traitance est donc l'opération par laquelle un entrepreneur (appelé entrepreneur principal) confie sous sa responsabilité à un autre entrepreneur (appelé sous-traitant) l'exécution :

- de tout ou partie du marché privé,
- ou d'une partie du marché public conclu avec le maître d'ouvrage.

La sous-traitance définie par la loi implique donc l'intervention de **trois personnes** et la conclusion consécutive **d'au moins deux contrats d'entreprise** : **le marché principal** conclu entre le maître d'ouvrage et l'entrepreneur principal, **et le contrat de sous-traitance** conclu entre l'entrepreneur principal et le sous-traitant chargé d'exécuter tout ou partie du marché principal.

Le sous-traitant chargé de l'exécution d'une partie des travaux ne contracte qu'avec l'entrepreneur principal et pas avec le maître d'ouvrage, ce qui distingue d'ailleurs la sous-traitance de la cotraitance.

Il est à noter que dès son article 2 la loi a prévu la sous-traitance en chaîne : le sous-traitant qui sous-traite a alors qualité d'entrepreneur principal et assume toutes les obligations qui en découlent.

4.1.2. Acceptation des sous-traitants

Pour bénéficier de la protection instaurée par la loi du 31 décembre 1975, le sous-traitant **doit être accepté par le maître d'ouvrage et les conditions de paiement du contrat de sous-traitance conclu avec l'entrepreneur principal doivent être agréées par le maître d'ouvrage** (art. 3 de la loi de 1975).

À noter : Dans les marchés publics, l'article 114 4°) du Code des marchés publics précise que le silence du pouvoir adjudicateur gardé pendant 21 jours vaut acceptation du sous-traitant et agrément des conditions de paiement.

Dans les marchés se référant à la norme AFNOR NF P-03 001, l'acceptation et l'agrément tacites d'un sous-traitant sont réputés acquis après un silence de 15 jours du maître d'ouvrage.

4.1.3. Il n'est pas nécessaire d'intervenir sur le chantier pour être sous-traitant

En effet, la définition légale implique seulement que le sous-traitant participe à l'exécution du contrat d'entreprise passé par le maître d'ouvrage à l'entrepreneur principal.

Des calculs confiés par l'entrepreneur à un bureau d'études ou à un ingénieur-conseil peuvent donc faire l'objet d'un contrat de sous-traitance. Ce bureau d'études ou cet ingénieur-conseil pourraient donc prétendre à bénéficier de la loi de 1975, et ce, même s'ils n'interviennent pas physiquement sur le chantier.

Le fabricant de matériaux peut aussi avoir la qualité de sous-traitant dès lors qu'il a réalisé un travail spécifique destiné à un chantier déterminé : armatures métalliques, panneaux de façades en béton, tubes de gaz adaptés au site...

En revanche, le loueur de matériels et d'engins n'est pas un sous-traitant car l'entrepreneur jouit de la chose louée avec indépendance et l'affecte à l'exécution des travaux dont il ne se décharge pas (exemple : location de grues).

Enfin, l'échafaudage ne pourra faire l'objet d'un contrat de sous-traitance que s'il existe un lot échafaudage.

4.1.4. La sous-traitance de pose est possible.

La loi n'interdit pas à l'entrepreneur de sous-traiter la pose de matériaux mis à la disposition du sous-traitant. Mais les juges peuvent requalifier le contrat en contrat de travail si le sous-traitant exécute les travaux en situation de subordination juridique permanente. Quand le sous-traitant emploie des salariés et les met à la disposition de l'entrepreneur principal, les juges peuvent constater un prêt illicite de main d'œuvre et un délit de marchandage. Afin d'éviter la requalification du contrat et les sanctions pénales et civiles qui en découlent, il convient de respecter le critère fondamental du contrat d'entreprise, à savoir l'indépendance du sous-traitant dans l'exécution des travaux. Cela implique notamment que le contrat comporte une tâche précise, une rémunération forfaitaire et que le sous-traitant dirige lui-même ses salariés.

4.1.5. La sous-traitance en chaîne

La sous-traitance en chaîne peut contenir deux ou plusieurs maillons ; on parle alors de sous-traitant de deuxième, troisième rang, etc. Elle pose différents problèmes pratiques, notamment celui de savoir si et comment la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance s'applique aux relations entre maître d'ouvrage, entrepreneur principal, sous-traitant et sous-traitants subséquents.

Le droit de recourir à la sous-traitance en cascade s'apprécie dans **les mêmes conditions qu'en matière de sous-traitance simple**. L'article 2 de la loi de 1975 l'admet implicitement, puisqu'il énonce que le sous-traitant est considéré comme entrepreneur principal à l'égard de ses propres sous-traitants. Mais les cocontractants peuvent convenir par une stipulation expresse d'interdire la sous-traitance en chaîne.

Toutefois, le maître d'ouvrage est toujours le même (c'est-à-dire celui pour le compte duquel la construction est réalisée) **vis-à-vis de tous les sous-traitants**.

C'est donc au maître d'ouvrage que l'entrepreneur principal doit demander d'accepter et d'agréer les conditions de paiement des sous-traitants en cascade et, le cas échéant, fournir les contrats de sous-traitance.

De même, l'article 14-1 de la loi de 75 ne crée d'obligation qu'à l'égard du maître d'ouvrage qui reste le même quel que soit la succession de sous-traitants (C. Cass. 3^e civ., 15 janvier 2003, Bull. 2003 III n° 2).

4.1.6. Sanctions en cas de sous-traitance irrégulière

L'entrepreneur principal est tenu de déclarer son sous-traitant au maître d'ouvrage car la loi de 1975 est d'ordre public. Elle impose à l'entrepreneur principal de faire accepter et agréer les conditions de paiement de son sous-traitant par le maître d'ouvrage.

La loi prive l'entrepreneur principal qui n'a pas respecté ces obligations du droit d'invoquer le contrat de sous-traitance, tout en restant tenu envers le sous-traitant (article 3 de la loi). C'est ce que certains appellent « l'hémiplégie du contrat », lorsque le contrat ne fonctionne plus que d'un seul côté, celui du sous-traitant. La cour de cassation considère toutefois que le sous-traitant même non accepté par le maître d'ouvrage reste tenu de livrer exempts de vices et de malfaçons les ouvrages dont il a obtenu ou dont il réclame le paiement à l'entrepreneur principal.

4.1.7. La retenue de garantie dans un contrat de sous-traitance

Cf. infra chapitre 9 « Les garanties », point 9.3.

4.2. Sous-traitance et marchés publics

La loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance impose le paiement direct des sous-traitants de premier rang par le maître d'ouvrage public.

Les sous-traitants de rang supérieur à un doivent se faire remettre une caution ou une délégation de paiement.

4.2.1. Généralités

Les maîtres d'ouvrage concernés

Le titre II de la loi de 1975 instituant le paiement direct des sous-traitants par le maître d'ouvrage s'applique principalement aux marchés passés par l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics et les entreprises publiques. Ce sont donc essentiellement les maîtres d'ouvrage publics qui doivent payer directement les sous-traitants.

Mais relèvent aussi du titre II de la loi, des maîtres d'ouvrage qui, bien que personnes morales de droit privé, sont considérés comme des entreprises publiques par la jurisprudence qui se base sur la proportion de leur capital social détenu majoritairement par une ou plusieurs personnes publiques.

Interdiction de sous-traitance totale

L'article 1^{er} de la loi du 31 décembre 1975, depuis décembre 2001, interdit la sous-traitance totale dans les marchés publics. Cette interdiction de sous-traitance totale a toujours néanmoins figuré dans les Codes des marchés publics. Elle figure également dans celui de 2006.

Obligation d'indiquer dans l'offre la sous-traitance envisagée

Pour les marchés publics, l'article 5 de la loi de 1975 est ainsi rédigé : *Sans préjudice de l'acceptation prévue à l'article 3, l'entrepreneur principal doit, lors de la soumission, indiquer au maître de l'ouvrage la nature et le montant de chacune des prestations qu'il envisage de sous-traiter ainsi que les sous-traitants auxquels il envisage de faire appel. En cours d'exécution du marché, l'entrepreneur peut faire appel à de nouveaux sous-traitants, à la condition de les avoir déclarés préalablement au maître d'ouvrage.*

La déclaration dans la soumission de l'intention de sous-traiter doit donc être complétée par l'indication du nom des sous-traitants auxquels l'entrepreneur principal envisage de faire appel.

Toutefois, après la conclusion du marché, il demeure possible de déclarer de nouveaux sous-traitants.

4.2.2. Le paiement direct des sous-traitants de rang un

1. La mise en place du paiement direct par le maître d'ouvrage public

Quels sont les sous-traitants concernés ?

Le paiement direct ne s'impose que pour les sous-traitants de premier rang, c'est-à-dire ceux qui contractent avec l'entreprise qui a un contrat avec le maître d'ouvrage public.

Comment obtenir le paiement direct de façon certaine ?

Le sous-traitant doit être accepté et les conditions de paiement du contrat de sous-traitance conclu avec l'entrepreneur principal doivent être agréées par le maître d'ouvrage (art. 3, loi 1975).

Ces formalités remplies, le sous-traitant sera payé directement par le maître d'ouvrage pour la part du marché dont il assure l'exécution, si le montant de son contrat de sous-traitance est d'au moins 600 € TTC (art. 6, loi 1975 et art. 115 CMP).

L'acceptation de chaque sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement doivent être demandés dans les conditions fixées par l'article 114 du CMP.

1. Dans le cas où la demande de sous-traitance intervient au moment du dépôt de l'offre ou de la proposition, le candidat fournit au pouvoir adjudicateur une déclaration mentionnant :

- a) la nature des prestations sous-traitées ;
- b) le nom, la raison ou la dénomination sociale et l'adresse du sous-traitant proposé ;
- c) le montant maximum des sommes à verser par paiement direct au sous-traitant ;
- d) les conditions de paiement prévues par le projet de contrat de sous-traitance et les modalités de variation des prix ;
- e) les capacités professionnelles et financières du sous-traitant.

Il lui remet également une déclaration du sous-traitant indiquant qu'il ne tombe pas sous le coup d'une interdiction d'accéder aux marchés publics.

La notification du marché emporte acceptation du sous-traitant et agrément des conditions de paiement.

2. Dans le cas où la demande est présentée après le dépôt de l'offre, le titulaire remet contre récépissé au pouvoir adjudicateur ou lui adresse par lettre recommandée, avec demande d'avis de réception, une déclaration contenant les renseignements mentionnés au 1. ci-dessus.

Le titulaire établit en outre qu'aucune cession ni aucun nantissement de créances résultant du marché ne fait obstacle au paiement direct du sous-traitant, dans les conditions prévues à l'article 116, en produisant soit l'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité du marché qui lui a été délivré, soit une attestation ou une mainlevée du bénéficiaire de la cession ou du nantissement des créances.

L'acceptation du sous-traitant et l'agrément des conditions de paiement sont alors **constatés par un acte spécial signé des deux parties** dans lequel figurent les renseignements mentionnés au 1. ci-dessus.

3. Si, postérieurement à la notification du marché, le titulaire envisage de confier à des sous-traitants bénéficiant du paiement direct l'exécution de prestations pour un montant supérieur à celui qui a été indiqué dans le marché ou l'acte spécial, il demande la modification de l'exemplaire unique ou du certificat de cessibilité prévus à l'article 106 du Code.

L'entrepreneur principal peut-il nantir son marché et sous-traiter ?

Oui, mais le montant maximum de la créance que l'entrepreneur principal est autorisé à céder ou à donner en nantissement à sa banque est limité aux travaux qu'il effectue personnellement.

En cas de nantissement ou de cession de la totalité des créances, l'entrepreneur principal désirant sous-traiter doit donc réduire le nantissement ou la cession (et en justifier auprès du maître d'ouvrage par une attestation de sa banque) afin de ne pas faire obstacle au paiement direct du sous-traitant (art. 9, loi 1975 et art. 114-3 ° du Code des marchés publics).

L'article 114-3° du Code des marchés publics dispose en effet :

Si l'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité a été remis en vue d'une cession ou d'un nantissement de créances et ne peut être restitué, le titulaire justifie soit que la cession ou le nantissement de créances concernant le marché est d'un montant tel qu'il ne fait pas obstacle au paiement direct de la partie sous-traitée, soit que son montant a été réduit afin que ce paiement soit possible.

Cette justification est donnée par une attestation du bénéficiaire de la cession ou du nantissement de créances résultant du marché.

Le pouvoir adjudicateur ne peut pas accepter un sous-traitant ni agréer ses conditions de paiement si l'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité n'a pas été modifié ou si la justification mentionnée ci-dessus ne lui a pas été remise.

Toute modification dans la répartition des prestations entre le titulaire et les sous-traitants payés directement, ou entre les sous-traitants eux-mêmes, exige également la modification de l'exemplaire unique ou du certificat de cessibilité ou, le cas échéant, la production d'une attestation ou d'une mainlevée du ou des cessionnaires.

En cas de travaux supplémentaires, le sous-traitant bénéficie-t-il du paiement direct ?

Oui, à condition que l'entrepreneur principal ait fait signer au maître d'ouvrage un acte spécial fixant le nouveau montant des sommes à payer directement au sous-traitant.

2. Les modalités du paiement direct par le maître d'ouvrage public (art. 116 du Code des marchés publics)

Le sous-traitant doit adresser sa demande de paiement libellée au nom du pouvoir adjudicateur à l'entreprise principale

Le sous-traitant adresse sa demande de paiement (une lettre d'accompagnement des factures) **libellée au nom du pouvoir adjudicateur** au titulaire du marché, sous pli recommandé avec accusé de réception, ou la dépose auprès du titulaire contre récépissé.

L'entrepreneur principal est présumé avoir accepté la demande de paiement qu'il n'a pas expressément acceptée ou refusée dans ce délai de 15 jours (art. 8, loi 1975 et 116 du CMP).

Le titulaire dispose d'un délai de quinze jours à compter de la signature de l'accusé de réception ou du récépissé pour donner son accord ou notifier un refus, d'une part, **au sous-traitant** et, d'autre part, **au pouvoir adjudicateur** ou à la personne désignée par lui dans le marché.

Le sous-traitant adresse sa demande de paiement au pouvoir adjudicateur accompagnée des factures (double des pièces adressées au titulaire : les factures du sous-traitant sont libellées au nom du titulaire qui lui a passé la commande et l'original des factures est transmis au titulaire)

Le sous-traitant adresse également sa demande de paiement au pouvoir adjudicateur ou à la personne désignée dans le marché par le pouvoir adjudicateur, **accompagnée des factures et de l'accusé de réception** ou du récépissé attestant que le titulaire a bien reçu la demande ou de l'avis postal attestant que le pli a été refusé ou n'a pas été réclamé.

Le pouvoir adjudicateur adresse une copie des factures à l'entrepreneur principal

Le pouvoir adjudicateur ou la personne désignée par lui dans le marché adresse sans délai au titulaire une copie des factures produites par le sous-traitant.

Le délai paiement du sous-traitant (45 jours) court à compter :

- de la réception par le pouvoir adjudicateur de l'accord, total ou partiel, du titulaire sur le paiement demandé,
- ou de l'expiration du délai mentionné au deuxième alinéa si, pendant ce délai, le titulaire n'a notifié aucun accord ni aucun refus,
- ou encore de la réception par le pouvoir adjudicateur de l'avis postal mentionné au troisième alinéa.

Le pouvoir adjudicateur informe le titulaire des paiements qu'il effectue au sous-traitant.

Le sous-traitant bénéficiant du paiement direct peut-il néanmoins réclamer le règlement à l'entrepreneur principal ?

Juridiquement, le paiement direct s'analyse comme une délégation de paiement qui ne décharge pas l'entrepreneur principal de l'obligation de payer son sous-traitant, à moins que le contrat de sous-traitance n'ait prévu une telle décharge établissant ainsi une délégation parfaite.

Quelle est l'assiette du paiement direct ?

La jurisprudence administrative affirme régulièrement que le paiement direct constitue une garantie certaine au profit du sous-traitant.

Ainsi le maître d'ouvrage ne peut refuser de payer le sous-traitant au prétexte que les sommes réclamées ont déjà été réglées à l'entreprise principale. En vertu

du droit au paiement direct, le maître d'ouvrage public ne peut pas s'estimer libéré de sa dette à l'égard du sous-traitant par le paiement effectué auprès de l'entrepreneur principal (CE, 17 octobre 2003, commune de Chalabre).

L'inopposabilité au sous-traitant des stipulations relatives aux pénalités ou aux délais d'exécution des travaux prévues au marché principal a été confirmée de la manière la plus nette par un arrêt de la cour administrative d'appel de Lyon (CAA Lyon 28 juin 2001, commune de Genay).

Enfin, en vertu de l'article 98 du Code des marchés publics, le sous-traitant a droit au paiement des intérêts moratoires sur les sommes retenues par le maître d'ouvrage dès lors qu'une demande de paiement pour les prestations réalisées par le sous-traitant a été transmise dans les formes et délais requis à l'article 116 du Code des marchés publics, les intérêts courant à compter du jour suivant l'expiration du délai de paiement et ce, jusqu'à la date de mise en paiement du principal (CAA Marseille, 27 avril 2004, sté Sima entreprise).

Le sous-traitant de second rang peut-il bénéficier du paiement direct ?

Non. L'article 6 de la loi de 1975 limite le droit au paiement direct au sous-traitant « direct du titulaire du marché » (sous réserve qu'il ait été accepté et que ses conditions de paiement aient été agréées par le maître d'ouvrage). Mais le sous-traitant de second rang doit néanmoins être déclaré au maître d'ouvrage par le sous-traitant de premier rang, lequel doit en outre fournir une caution ou une délégation de paiement pour garantir le paiement de son sous-traitant.

4.2.3. La garantie de paiement due aux sous-traitants de rang supérieur à un : une caution ou une délégation de paiement

L'article 6 de la loi du 31 décembre 1975 modifiée prévoit que :

Le sous-traitant direct du titulaire du marché qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par le maître d'ouvrage, est payé directement par lui pour la part du marché dont il assure l'exécution... Le sous-traitant qui confie à un autre sous-traitant l'exécution d'une partie du marché dont il est chargé est tenu de lui délivrer une caution ou une délégation de paiement dans les conditions définies à l'article 14.

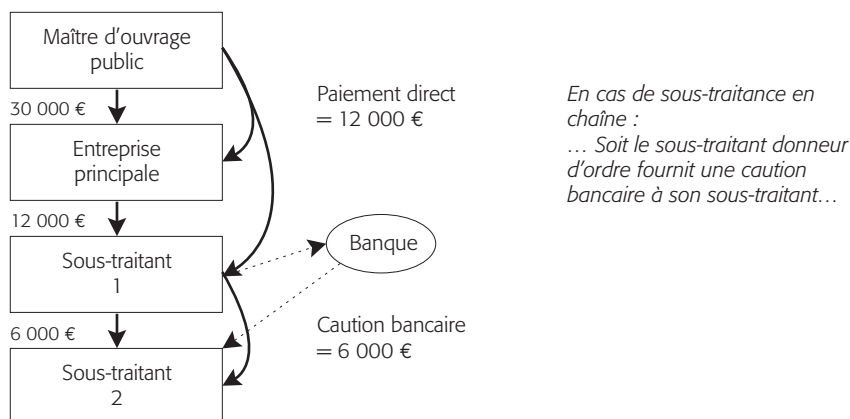
- Cet ajout par la loi Murcef du 11 décembre 2001 limite le droit au paiement direct aux seuls sous-traitants du titulaire du marché, c'est-à-dire les sous-traitants de premier rang.
- Les sous-traitants de rang plus élevé doivent recevoir une caution bancaire ou une délégation de paiement (comme dans les marchés privés).
- Cette mesure a été présentée par les pouvoirs publics comme une simplification et une amélioration du régime de la sous-traitance des marchés publics. En réalité, la suppression du droit au paiement direct a fait reculer la protection du sous-traitant de second rang, en renvoyant au sous-traitant de premier rang la charge de lui délivrer une caution bancaire bien difficile à obtenir.

1. La caution de sous-traitance

La caution prévue par la loi doit consister en un **engagement personnel et solidaire d'un établissement financier** permettant au sous-traitant d'être réglé par ce dernier en cas de défaillance de l'entrepreneur principal.

Un modèle de caution de sous-traitance a été rédigé en ce sens par la Fédération des banques françaises (FBF), la Fédération française du bâtiment (FFB) et la Fédération nationale des travaux publics (FNTP).

La caution est fournie par la banque du sous-traitant qui sous-traite à son tour une partie de son marché, c'est-à-dire par le **sous-traitant de rang un au sous-traitant de rang deux**, ou par le sous-traitant de rang deux au sous-traitant de rang trois.



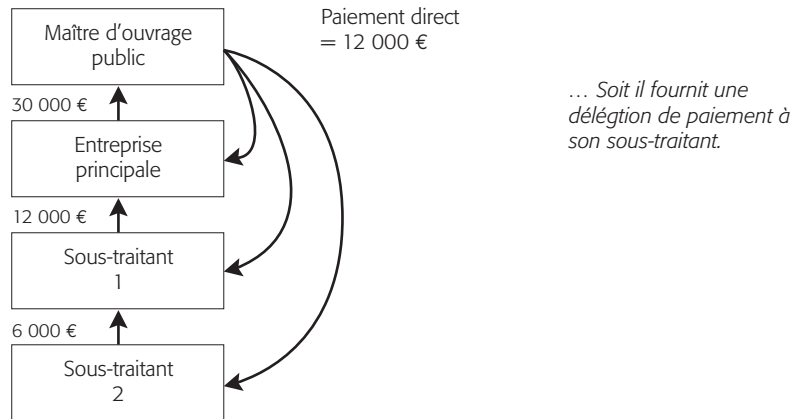
2. La délégation de paiement

La délégation consiste en un **engagement du maître d'ouvrage à payer directement le sous-traitant** en exécution d'un accord passé avec l'entrepreneur principal. Aucune formalité particulière n'est requise ; seul le consentement des trois parties intéressées doit être établi de façon certaine.

La délégation de paiement se distingue du paiement direct par l'obligation d'un accord des trois parties : le maître d'ouvrage, l'entrepreneur principal et le sous-traitant, alors que le paiement direct ne requiert, quant à lui, aucun accord puisque c'est la loi qui l'instaure obligatoirement.

Il n'existe aucun ordre de priorité entre la caution ou la délégation : l'entrepreneur principal doit fournir l'une ou l'autre des garanties prévues par la loi, avant le début des travaux du sous-traitant.

La délégation de paiement est toujours faite avec le maître d'ouvrage. Interviendront également le sous-traitant qui sous-traite une partie de son contrat et son cocontractant, c'est-à-dire le sous-traitant de rang un et le sous-traitant de rang deux, ou le sous-traitant de rang deux et le sous-traitant de rang trois.



4.2.4. L'action indemnitaire : la responsabilité du maître d'ouvrage public vis-à-vis du sous-traitant impayé

L'article 14-1 de la loi du 31 décembre 1975 modifiée est ainsi rédigé :

Pour les contrats de travaux de bâtiment et de travaux publics :

- le maître de l'ouvrage doit, **s'il a connaissance de la présence sur le chantier d'un sous-traitant** n'ayant pas fait l'objet des obligations définies à l'article 3, ou à l'article 6, ainsi que celles définies à l'article 5, **mettre l'entrepreneur principal ou le sous-traitant en demeure de s'acquitter de ces obligations**. Ces dispositions s'appliquent aux marchés publics et privés ;
- si le sous-traitant accepté, et dont les conditions de paiement ont été agréées par le maître de l'ouvrage dans les conditions définies par décret en Conseil d'État, ne bénéficie pas de la délégation de paiement, le maître de l'ouvrage **doit exiger de l'entrepreneur principal qu'il justifie avoir fourni une caution**.

Les dispositions ci-dessus concernant le maître de l'ouvrage ne s'appliquent pas à la personne physique construisant un logement pour l'occuper elle-même ou le faire occuper par son conjoint, ses ascendants ou ceux de son conjoint.

Les dispositions du deuxième alinéa s'appliquent également au contrat de sous-traitance industrielle lorsque le maître d'ouvrage connaît son existence, nonobstant l'absence du sous-traitant sur le chantier. Les dispositions du troisième alinéa s'appliquent également au contrat de sous-traitance industrielle.

Ainsi, depuis décembre 2001, l'article 14-1 de la loi de 1975 impose au maître de l'ouvrage, **s'il a connaissance de la présence d'un sous-traitant non déclaré** et ne bénéficiant pas d'une garantie de paiement, de mettre l'entrepreneur en demeure de s'acquitter de ses obligations. Mais il doit également **vérifier que l'entrepreneur principal a fourni la caution ou la délégation de paiement**.

Si, ayant connaissance de l'intervention d'un sous-traitant non déclaré sur son chantier, le maître d'ouvrage ne met pas en demeure l'entrepreneur principal de faire accepter son sous-traitant, et ne s'assure pas de la bonne délivrance de la garantie de paiement, il commet une faute qui relève de la responsabilité civile quasi délictuelle et pourrait l'obliger à payer le sous-traitant alors qu'il aurait déjà réglé l'entrepreneur principal.

Trois conditions doivent être remplies pour que le maître d'ouvrage public puisse être condamné à payer les travaux une seconde fois :

- avoir eu connaissance de l'intervention d'un sous-traitant non accepté par ses soins sur son chantier : ce sera simple grâce au registre journal en matière de coordination SPS,
- ne pas avoir mis en demeure l'entrepreneur principal de lui présenter ledit sous-traitant,
- ne pas avoir demandé à l'entreprise principale la preuve de la délivrance d'une garantie de paiement au sous-traitant : caution ou délégation de paiement.

Le préjudice à réparer

Le Conseil d'État, suivi en cela par de nombreux tribunaux administratifs, a retenu **une responsabilité pour faute à l'encontre d'un maître de l'ouvrage public** ayant toléré l'intervention d'un sous-traitant irrégulier.

Mais la sanction appliquée par le Conseil d'État conduit à une répartition des responsabilités entre le maître d'ouvrage, l'entrepreneur principal et le sous-traitant. **L'indemnité allouée au sous-traitant est, dans la plupart des cas, limitée au tiers de sa créance impayée.** De surcroît, il est souvent difficile d'établir la faute du maître d'ouvrage car le juge administratif impose au sous-traitant de prouver qu'il a entretenu des relations directes et caractérisées avec le maître d'ouvrage, ce qui est parfois difficile.

La responsabilité du maître d'ouvrage peut être plus importante notamment lorsqu'il accepte le sous-traitant dans des conditions ne permettant pas au sous-traitant de bénéficier du paiement direct.

Qu'en sera-t-il lorsque le litige sera régi par les dispositions de l'article 14-1 de la loi de 1975 (modifié en décembre 2001) qui impose au seul maître d'ouvrage de faire régulariser la situation dès qu'il a connaissance de la présence du sous-traitant sur le chantier ? Au juge administratif de répondre à cette interrogation lorsque l'occasion se présentera...

Sous-traitance industrielle. Depuis le 1^{er} janvier, 2006 les dispositions de l'article 14-1 s'appliquent également à la sous-traitance industrielle. Il s'agit notamment de la construction d'automobiles, de navires ou d'avions ou de la transformation des plastiques et des métaux...

4.3. Sous-traitance et marchés privés

Lorsque le maître d'ouvrage est privé (ou privé réglementé), la loi du 31 décembre 1975 impose à l'entrepreneur principal de **fournir** à son ou ses sous-traitants **une caution bancaire**, ou de **déléguer le maître d'ouvrage pour payer les sous-traitants**. En cas d'impayé, les sous-traitants peuvent exercer une action directe contre le maître d'ouvrage privé.

4.3.1. Les formalités d'acceptation et d'agrément d'un sous-traitant

La loi oblige l'entrepreneur principal à faire une demande de sous-traitance, mais sans préciser selon quelles modalités. La norme AFNOR NF P 03-001 pallie cela, puisqu'elle énonce à la fois la forme (il faut un écrit daté et signé), et les mentions minimales devant y figurer. La demande vise nécessairement l'acceptation de la personne du sous-traitant et celle des conditions de paiement, la jurisprudence ayant insisté sur le caractère cumulatif de ces deux points. Les mentions prescrites par la norme garantissent le respect de cette règle :

- le nom, la raison ou la dénomination sociale et l'adresse du sous-traitant proposé,
- la nature des prestations sous-traitées et leur montant,
- les conditions de paiement prévues dans le contrat de sous-traitance.

La forme recommandée avec avis de réception (ou remise contre reçu) est requise par la norme, sauf clause différente du CCAP ; mais il est préférable de s'en tenir à ce mode de communication, la demande de sous-traitance faisant courir un délai.

Toutefois, la loi n'imposant aucun formalisme pour l'acceptation et l'agrément, ces opérations peuvent être écrites ou tacites.

Cependant, la jurisprudence admet très restrictivement l'acceptation tacite, en exigeant des actes positifs et non équivoques. Ainsi, la simple connaissance de l'intervention d'un sous-traitant sur le chantier ne suffit pas.

En pratique, le principal élément permettant d'établir un accord tacite est le fait qu'un maître d'ouvrage faisant l'objet d'une action directe n'ait pas opposé d'emblée au sous-traitant son défaut d'acceptation et d'agrément.

À noter cependant que la norme NF P 03-001, dans sa version de décembre 2000, indique, pour les marchés obéissant à cette norme, que l'acceptation et l'agrément tacites d'un sous-traitant et de ses conditions de paiement sont réputés acquis (sauf stipulation contraire) lorsque le maître d'ouvrage garde le silence pendant quinze jours après réception de la demande de l'entrepreneur principal (art. 4.4.1 de la norme AFNOR – édition 2000).

L'entrepreneur principal est tenu de demander l'acceptation de son sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement dès la passation du marché, mais également tout au long de son exécution.

4.3.2. La garantie de paiement due au sous-traitant : caution ou délégation de paiement

L'article 14 de la loi de 1975 impose à l'entrepreneur principal de fournir à son sous-traitant soit une caution bancaire, soit une délégation du maître d'ouvrage, afin de garantir le paiement de toutes les sommes dues au sous-traitant.

La caution de sous-traitance

La caution prévue par la loi doit consister en un engagement personnel et solidaire d'un établissement financier permettant au sous-traitant d'être réglé par ce dernier en cas de défaillance de l'entrepreneur principal. Un modèle de caution de sous-traitance a été rédigé en ce sens par la Fédération bancaire française, la Fédération française du bâtiment et la Fédération nationale des travaux publics.

La délégation de paiement

La délégation consiste en un engagement du maître d'ouvrage à payer directement le sous-traitant en exécution d'un accord passé avec l'entrepreneur principal. Aucune formalité particulière n'est requise ; seul le consentement des trois parties intéressées doit être établi de façon certaine.

Le mécanisme est explicité dans la norme AFNOR sous l'article 20.7.

Il n'existe aucun ordre de priorité entre la caution ou la délégation : l'entrepreneur principal doit fournir l'une ou l'autre des garanties prévues par la loi, avant le début des travaux du sous-traitant.

Sanction de l'entrepreneur principal qui ne fournit ni caution ni délégation de paiement

Pour contraindre l'entrepreneur principal à respecter ces obligations, l'article 14 de la loi de 1975 prévoit la nullité du contrat de sous-traitance.

Seul le sous-traitant peut l'invoquer, et il peut le faire même après l'exécution des travaux, tant qu'il n'a pas été intégralement payé.

La loi de 1975 étant d'ordre public, aucune clause du contrat de sous-traitance ne peut conduire le sous-traitant à renoncer à la caution ou à la délégation prévue par la loi, ni l'empêcher d'invoquer la nullité du contrat pour défaut de cette garantie de paiement.

Le cautionnement doit être fourni par l'entreprise principale dès la conclusion du sous-traité. À défaut, le sous-traité est nul et il importe peu qu'un cautionnement ait été obtenu lors de l'assignation en nullité (Cass. 3^e civ. 17^e, 1996, RJDA 11/96, n° 1329 confirmée par Cass. 3^e civ., 7 février 2001, entreprise Chagnaud c/ sté Paritherm, n° 205 FS-PB).

Conséquences de la nullité du contrat de sous-traitance

Le sous-traitant n'a plus aucune obligation contractuelle vis-à-vis de l'entrepreneur principal, qu'il s'agisse du délai d'exécution, des pénalités de retard, de la

retenue de garantie, des clauses de responsabilité et d'assurance, etc. La nullité anéantit le contrat tout entier.

En outre, lorsque le sous-traitant a déjà exécuté des travaux, les juges vont estimer la valeur des prestations qu'il a effectuées, sans pouvoir en principe se référer au prix défini dans le contrat. Selon la jurisprudence, le sous-traitant doit recevoir le juste prix des prestations qu'il a fournies.

Un expert est alors chargé d'évaluer ce juste prix, à partir des déboursés et charges du sous-traitant affectés d'un coefficient multiplicateur, ou éventuellement sur la base de la série des prix de l'Académie d'architecture.

Les constructeurs de maisons individuelles sont-ils tenus de garantir leurs sous-traitants ?

OUI. Mais en vertu de la loi du 19 décembre 1990 qui régit le contrat de construction d'une maison individuelle, le constructeur peut remplacer la caution ou la délégation par « toute autre garantie, délivrée par un établissement de crédit ou une entreprise d'assurance, de nature à garantir le paiement des sommes dues au titre du sous-traité ».

Cette disposition vise le but à atteindre et non la forme de la garantie. À ce titre, une assurance crédit peut être souscrite par le constructeur pour le compte de ses sous-traitants.

Le constructeur de maisons individuelles est, en outre, passible de sanctions pénales s'il ne conclut pas un contrat de sous-traitance par écrit avant l'exécution des travaux, et s'il ne délivre pas de garantie de paiement à son sous-traitant.

4.3.3. L'action directe du sous-traitant contre le maître d'ouvrage

Qu'est-ce que l'action directe ?

L'action directe est un recours simple à mettre en œuvre, qui permet au sous-traitant impayé par l'entrepreneur principal de saisir les sommes restant dues par le maître d'ouvrage, sans qu'une procédure judiciaire soit nécessaire.

Il s'agit d'une garantie subsidiaire, très souvent invoquée par les sous-traitants lorsque la garantie de paiement évoquée précédemment (caution ou délégation de paiement) n'a pas été délivrée.

Lorsque le sous-traité n'est pas occulté, le maître d'ouvrage n'est tenu de payer le sous-traitant sur l'action directe exercée contre lui que s'il n'a pas encore payé l'entrepreneur principal lorsqu'il reçoit la mise en demeure ou si, l'ayant reçue, il a continué à payer ce dernier. C'est donc à lui d'établir que l'action directe ne peut être accueillie en justifiant des sommes versées et de la date de leur versement. **Il appartient au maître d'ouvrage d'établir qu'il a payé l'entrepreneur principal des travaux exécutés en justifiant de la date et du montant payé** (Cass. civ. III, 8 novembre 2006, sté Cinéma Le Palace c/ banque Rhône-Alpes).

Pour exercer l'action directe, le sous-traitant doit-il être accepté par le maître d'ouvrage ?

Oui. L'acceptation du sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement par le maître d'ouvrage sont obligatoires. Selon la jurisprudence, seul le sous-traitant accepté et agréé dispose de l'action directe. Si l'entrepreneur principal n'a pas fait le nécessaire pour recueillir l'accord du maître d'ouvrage lorsqu'il a sous-traité, l'action directe risque d'échouer (art. 3 de la loi de 1975).

Mais selon la jurisprudence, ni l'entrepreneur principal qui a manqué à son obligation de faire accepter le sous-traitant, ni les créanciers de cet entrepreneur, ne peuvent soulever le défaut d'acceptation du sous-traitant.

De plus, l'acceptation et l'agrément peuvent intervenir au moment de l'exercice de l'action directe, y compris après le jugement d'ouverture du redressement judiciaire de l'entrepreneur principal.

Quelle est la procédure pour exercer l'action directe ?

Selon l'article 12 de la loi de 1975, le sous-traitant doit mettre en demeure l'entrepreneur principal de payer, et adresser au maître d'ouvrage une copie de sa mise en demeure. Un mois après, le sous-traitant doit être payé par le maître d'ouvrage.

Le sous-traitant peut exercer cette action en adressant simplement des lettres recommandées avec accusé de réception.

Si l'entrepreneur principal a déposé son bilan, le sous-traitant peut exercer l'action directe comme prévu par la loi de 1975, car la mise en demeure ne s'assimile pas à une voie d'exécution interdite par la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 dite loi de sauvegarde des entreprises.

Pour exercer l'action directe, lorsque l'entrepreneur principal est en redressement judiciaire, le sous-traitant doit adresser la mise en demeure à l'entrepreneur principal, mais aussi à l'administrateur ou au liquidateur judiciaire et envoyer une copie de ces lettres de mise en demeure au maître d'ouvrage.

Si les formalités ne sont pas respectées, le paiement fait au sous-traitant est inopposable à l'entreprise principale (Cass. civ. 3^e, 6 décembre 2006, sté Promogim).

En cas de sous-traitance en chaîne, les sous-traitants peuvent-ils exercer l'action directe ?

Oui. Les sous-traitants peuvent exercer l'action directe de la même manière et sans distinction selon leur rang. Cette action directe s'exerce à l'encontre du maître d'ouvrage qui reste toujours le même, quelle que soit la succession des sous-traitants. Il s'agit d'une jurisprudence constante.

Conformément à l'article 12 de la loi de 1975, c'est donc au maître d'ouvrage, destinataire final des travaux, qu'il convient d'adresser la copie de la mise en demeure.

Quelle est l'assiette de l'action directe ?

La jurisprudence a précisé que les obligations du maître d'ouvrage à l'égard du sous-traitant ne sont pas limitées à ce qu'il doit encore à l'entrepreneur principal sur la fraction des travaux sous-traités ; l'action directe porte sur toutes les sommes restant dues à l'entrepreneur principal par le maître d'ouvrage.

L'assiette de l'action directe s'apprécie à la date de la réception par le maître d'ouvrage de la copie de la mise en demeure, d'où la nécessité pour le sous-traitant d'agir vite. Si le maître d'ouvrage entend compenser sa dette avec une créance qu'il détient sur l'entrepreneur principal (au titre de pénalités de retard ou de malfaçons par exemple), cette créance doit, à cette date, être certaine, liquide et exigible.

Lorsque le sous-traité n'est pas occulte, le maître d'ouvrage n'est tenu de payer le sous-traitant sur l'action directe exercée contre lui que s'il n'a pas encore payé l'entrepreneur principal lorsqu'il reçoit la mise en demeure ou si, l'ayant reçue, il a continué à payer ce dernier. C'est donc à lui d'établir que l'action directe ne peut être accueillie en justifiant des sommes versées et de la date de leur versement. Il appartient au maître d'ouvrage d'établir qu'il a payé l'entrepreneur principal des travaux exécutés en justifiant de la date et du montant payé (Cass. civ. III, 8 novembre 2006, sté Cinéma Le Palace c/ banque Rhône-Alpes).

Comment est répartie l'assiette lorsque plusieurs sous-traitants exercent l'action directe ?

Les sous-traitants ayant exercé l'action directe doivent être traités à égalité, dès lors qu'ils s'étaient manifestés avant paiement par le maître d'ouvrage de certains d'entre eux. La loi de 1975 n'établit aucune priorité ou privilège au profit de l'un des sous-traitants.

Si les sommes restant dues par le maître d'ouvrage sont insuffisantes pour désintéresser l'ensemble des sous-traitants, il sera nécessaire de répartir l'assiette disponible au prorata des créances des sous-traitants.

Y a-t-il un risque de conflit avec les autres créanciers de l'entrepreneur principal ?

Oui. Le sous-traitant qui a exercé l'action directe contre le maître d'ouvrage se heurte souvent au banquier cessionnaire des créances de l'entrepreneur principal.

Selon la jurisprudence, le maître d'ouvrage doit régler le sous-traitant, lorsque contrairement à l'article 13-1 de la loi de 1975, l'entrepreneur principal a cédé à la banque la part de la créance correspondant à des travaux sous-traités.

En revanche, lorsque le banquier a escompté une traite acceptée ou un billet à ordre tiré sur le maître d'ouvrage, le conflit se règle en comparant la date de l'escompte avec la date de l'action directe. Si l'escompte est antérieur à la réception par le maître d'ouvrage de la copie de la mise en demeure envoyée par le sous-traitant, le banquier l'emporte.

En conclusion, l'action directe est une procédure simple mais peu fiable. Il est préférable (quand c'est possible) de rechercher le maître d'ouvrage sur la base de l'article 14-1 de la loi de 75 : l'action indemnitaire.

4.3.4. La responsabilité du maître d'ouvrage vis-à-vis du sous-traitant impayé

Quelle est la responsabilité du maître d'ouvrage ?

L'article 14-1 de la loi de 1975 impartit au maître d'ouvrage (sauf le particulier construisant un logement pour lui-même ou sa famille) de veiller au respect des obligations légales de l'entrepreneur principal (acceptation par le maître d'ouvrage du sous-traitant, et délivrance à celui-ci de la garantie de paiement prévue à l'article 14).

Si, ayant connaissance de l'intervention d'un sous-traitant non déclaré sur son chantier, le maître d'ouvrage ne met pas en demeure l'entrepreneur principal de faire accepter son sous-traitant, et ne s'assure pas de la bonne délivrance de la garantie de paiement, il commet une faute qui relève de la responsabilité civile quasi délictuelle et pourrait l'obliger à payer le sous-traitant alors qu'il aurait déjà réglé l'entrepreneur principal.

Quel préjudice subi par le sous-traitant le maître d'ouvrage est-il tenu de réparer ?

Le préjudice que le maître d'ouvrage doit réparer correspond au montant des travaux impayés au sous-traitant, même si le maître d'ouvrage a réglé intégralement l'entrepreneur principal.

En effet, si le maître d'ouvrage avait pris les mesures prescrites par l'article 14-1 de la loi du 31 décembre 1975, le sous-traitant aurait bénéficié notamment de la caution bancaire ou de la délégation de paiement, et n'aurait donc pas subi les conséquences de la faillite de l'entrepreneur principal.

En effet, l'article 14-1 impose au maître d'ouvrage qui a connaissance de la présence d'un sous-traitant sur le chantier :

- d'exiger de l'entrepreneur principal qu'il déclare son sous-traitant pour acceptation et agrément de ses conditions de paiement,
- et de vérifier que l'entrepreneur principal délivre à son sous-traitant une garantie de paiement (soit une caution bancaire, soit une délégation du maître d'ouvrage qui paie alors le sous-traitant directement).

La Cour de cassation a jugé (jurisprudence constante depuis un arrêt du 5 juin 1996) que lorsque le sous-traitant n'a pas obtenu de l'entrepreneur principal la garantie de paiement prévue par la loi (caution ou délégation), le maître d'ouvrage est responsable du préjudice subi par le sous-traitant impayé. Le sous-traitant, n'étant pas tenu de vérifier le respect de la loi de 1975, ne doit supporter aucune part du préjudice.

Ainsi, en marchés privés, en cas de non-respect des obligations de la loi de 1975 :

- Responsabilité totale du maître d'ouvrage

La Cour de cassation estime que le maître d'ouvrage commet une faute en n'exigeant pas de l'entrepreneur principal, en l'absence de délégation de paiement, la délivrance de la caution imposée par la loi. Cette faute est la cause du préjudice subi par le sous-traitant, lequel correspond aux sommes qu'il aurait

pu percevoir si l'engagement de l'entrepreneur principal avait été garanti par un établissement financier.

– Pas de responsabilité du sous-traitant

La Cour de cassation juge que la loi de 1975 n'impose pas au sous-traitant de se faire accepter par le maître d'ouvrage, ni d'exiger de l'entrepreneur principal la garantie de paiement à laquelle il a droit. La Cour de cassation adopte ainsi une position inverse à celle des juridictions administratives, lesquelles retiennent une faute à la charge du sous-traitant demeuré passif et ne condamnent le maître d'ouvrage public qu'au tiers ou à la moitié des sommes impayées au sous-traitant.

Cette décision renforce la protection des sous-traitants organisée par la loi de 1975. Elle expose pratiquement le maître d'ouvrage à une responsabilité totale vis-à-vis du sous-traitant qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par le maître d'ouvrage, mais qui n'a pas obtenu la garantie de paiement prévue par la loi (caution ou délégation de paiement).

4.3.5. Peut-on sous-traiter la totalité d'un marché privé ?

La sous-traitance intégrale demeure possible, en marchés privés : la loi du 31 décembre 1975 admet en effet dans son article 1^{er} pour les marchés privés la sous-traitance totale.

Toutefois, la norme AFNOR NF P 03-001, pour les marchés qui s'y réfèrent expressément, interdit à l'entrepreneur principal de donner en sous-traitance la totalité de son marché. La norme demande à l'entrepreneur principal de réaliser, en personne, une part significative des prestations correspondant à son activité de base.

Aucun seuil n'est fixé, le caractère « significatif » de la partie de marché non sous-traitée est donc laissé à l'appréciation des parties, et, en cas de conflit, aux juges.

4.4. Requalification du contrat de sous-traitance par le juge

- de sous-traitance en contrat de travail ;
- ou en prêt de main-d'œuvre illicite.

Le contrat de sous-traitance est un contrat d'entreprise et à, ce titre, le sous-traitant a une « obligation de faire », tout en respectant les spécifications du contrat mais avec une certaine autonomie.

4.4.1. Absence d'autonomie du sous-traitant = requalification possible en contrat de travail

Si le sous-traitant n'exécute pas les travaux avec une certaine autonomie, c'est-à-dire si les travaux sont exécutés par le sous-traitant dans les mêmes conditions

qu'un salarié de l'entreprise, en position de subordonné recevant sur le chantier des ordres donnés par l'encadrement de l'entreprise principale, le contrat de sous-traitance pourra être requalifié par le juge en contrat de travail avec toutes les conséquences juridiques que cela implique.

4.4.2. Mise à la disposition de l'entreprise principale des salariés du sous-traitant = requalification possible en prêt de main-d'œuvre illicite

Si le sous-traitant se contente de mettre ses salariés à la disposition de l'entreprise principale qui va les employer sous sa direction comme son propre personnel, l'opération de sous-traitance ne présente pas les caractéristiques du contrat d'entreprise et, sur la base d'un faisceau d'indices, les juges peuvent l'analyser comme un prêt illicite de salariés.

4.4.3 De nombreux textes répriment, directement ou indirectement, la relation de sous-traitance illicite au regard du droit

Au plan pénal, des sanctions pénales répriment le travail clandestin ou le délit de marchandage et/ou le délit de prêt de main-d'œuvre à but lucratif.

L'entreprise principale condamnée pénalement pour avoir recouru aux services d'un sous-traitant qualifié de travailleur clandestin peut être tenue solidairement au paiement des impôts, taxes, et cotisations obligatoires dues par le sous-traitant au Trésor et aux organismes de protection sociale, au remboursement des aides publiques dont le sous-traitant a pu bénéficier et au paiement des rémunérations et charges dues par le sous-traitant à raison de l'emploi de salariés non déclarés.

En l'absence de condamnation pénale, cette **solidarité financière** peut être mise en œuvre lorsque l'entreprise principale n'a pas vérifié, lors de la conclusion du contrat de sous-traitance d'au moins 3 000 € TTC, que le sous-traitant exerce son activité professionnelle sans recours au travail clandestin.

Au plan social, la requalification du contrat de sous-traitance en contrat de travail peut avoir pour conséquence le recouvrement par l'URSSAF de l'ensemble des cotisations sociales applicables au sous-traitant salarié non déclaré. Voir cependant l'article 23 de la loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003, l'article L 120-3 du Code du travail et la lettre collective du 8 avril 2004 de l'ACOSS. Désormais les cotisations et contributions sociales ne seront dues que pour la période d'activité postérieure à la requalification de la relation de travail. Seule l'affiliation faite en fraude de la loi pourrait permettre à l'Urssaf de réclamer des cotisations.

Au plan fiscal, la requalification en contrat de travail donne lieu, à l'encontre de l'entreprise principale, à une reprise de la TVA déduite sur la base des travaux payés au sous-traitant, et à un rappel des taxes assises sur les salaires et de la taxe professionnelle en prenant pour base les mêmes travaux.

Par ailleurs, le fait, pour un maître d'ouvrage ayant conclu un marché d'un montant au moins égal à 3 000 € TTC, de tolérer un sous-traitant avec du personnel irrégulier est sanctionné par la loi. Cela vise les cas où l'entreprise a recours, soit à la dissimulation d'activité, soit à la dissimulation d'emploi salarié.

Si un maître d'ouvrage est informé (par un écrit émanant de personnes énumérées à l'article L. 324-14-I du Code du travail) qu'un sous-traitant ne satisfait pas aux conditions du travail légal, il doit enjoindre immédiatement l'entrepreneur principal, par lettre recommandée avec accusé de réception, de faire cesser sans délai cette situation. À défaut, le maître d'ouvrage sera tenu solidairement responsable, avec son cocontractant, du paiement des impôts, taxes, cotisations, rémunérations et charges dues par le sous-traitant qui exerce un travail dissimulé.

Les règles sont les mêmes en cas de sous-traitance en chaîne. En revanche, elles ne s'appliquent pas lorsque le maître d'ouvrage est un particulier contractant pour son usage personnel (art. L 324-10 et L 324-14-I du Code du travail).

4.4. Précautions à prendre

Quelques précautions doivent être prises pour éviter une requalification par le juge d'un contrat de sous-traitance en contrat de travail ou en prêt illicite de salariés :

Respecter la loi de 1975 relative à la sous-traitance

Outre l'acceptation du sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement par le maître d'ouvrage, l'entreprise principale doit délivrer au sous-traitant une garantie de paiement :

- paiement direct par le maître d'ouvrage public, obligatoire lorsque le sous-traitant direct du titulaire du marché a un contrat de sous-traitance d'au moins 600 € TTC,
- fourniture d'une caution bancaire (s'il n'y a pas délégation de paiement) dans les autres cas.

Signer un contrat de sous-traitance

Un contrat type de sous-traitance, mis au point en mars 1995 par les organisations professionnelles du BTP, offre un cadre clair et équilibré pour définir les obligations contractuelles de l'entrepreneur principal et du sous-traitant (disponible à la SEBTB, 6-14, rue La Pérouse, 75784 Paris Cedex 16).

En effet, il est important de définir dans un contrat écrit les obligations respectives de l'entrepreneur principal et du sous-traitant, afin de préciser notamment :

- Le prix du contrat de sous-traitance est-il forfaitaire ou au mètre ? ferme ou révisable ?
- Quelle garantie de paiement l'entrepreneur principal doit-il donner au sous-traitant ?

- Le délai d'exécution du sous-traitant est-il assorti de pénalités en cas de retard ? Selon quelles modalités ?
- Une retenue de garantie est-elle prévue contractuellement ? Quel modèle de caution bancaire le sous-traitant peut-il utiliser pour remplacer la retenue de garantie ?
- Quand la réception des travaux du sous-traitant intervient-elle ?
- Quelles garanties le sous-traitant doit-il pour ses ouvrages ?

Vérifier la situation régulière du sous-traitant

Le Code du travail impose à tout donneur d'ordres de vérifier, **lors de la conclusion du contrat et tous les six mois jusqu'à la fin de son exécution**, que son sous-traitant ou son prestataire de services exerce son activité professionnelle sans recours au travail clandestin.

Concrètement, l'entrepreneur principal doit exiger de son sous-traitant, lors de la conclusion du contrat de sous-traitance (puis tous les six mois) :

- la justification de son immatriculation au registre du commerce ou au répertoire des métiers ;
- la souscription auprès de l'URSSAF des déclarations qui lui incombent en qualité d'employeur ou de travailleur indépendant (l'attestation de l'URSSAF doit être de moins d'un an) ;
- au cas où le sous-traitant emploierait des salariés, une attestation sur l'honneur dans laquelle il déclare les employer régulièrement au regard des règles du Code du travail ;
- qu'il n'a pas fait l'objet au cours des cinq dernières années d'une condamnation inscrite au bulletin n° 2 du casier judiciaire pour travail illégal ;
- et que s'il a l'intention de faire appel pour l'exécution du contrat à des salariés de nationalité étrangère, ils sont ou seront autorisés à exercer une activité professionnelle en France.

4.5. Responsabilité décennale du sous-traitant

La situation contractuelle du sous-traitant est originale :

- il n'est pas « constructeur » au sens de la loi Spinetta du 4 janvier 1978,
- il n'est donc pas soumis à l'assurance décennale obligatoire,
- mais il est tenu d'une obligation de résultat vis-à-vis de l'entrepreneur principal,
- et le contrat type de sous-traitance répercute entre l'entrepreneur principal et le sous-traitant les articles 1792 et suivants du Code civil (responsabilité décennale, garantie de bon fonctionnement de deux ans, garantie de parfait achèvement d'un an).

La complexité de la situation du sous-traitant s'est accrue en 1991 lorsque la Cour de cassation a décidé que le maître d'ouvrage pouvait agir directement contre lui sur le fondement de la responsabilité quasi-délictuelle.

Jusqu'en juin 2005, le Code civil (art. 2270-1) prévoyait une prescription de 10 ans « à compter de la manifestation du dommage ou de son aggravation ».

Le maître d'ouvrage pouvait donc mettre en cause le sous-traitant pour des mal-façons apparues plus de 10 ans après la réception, tandis que l'entrepreneur principal était dégagé.

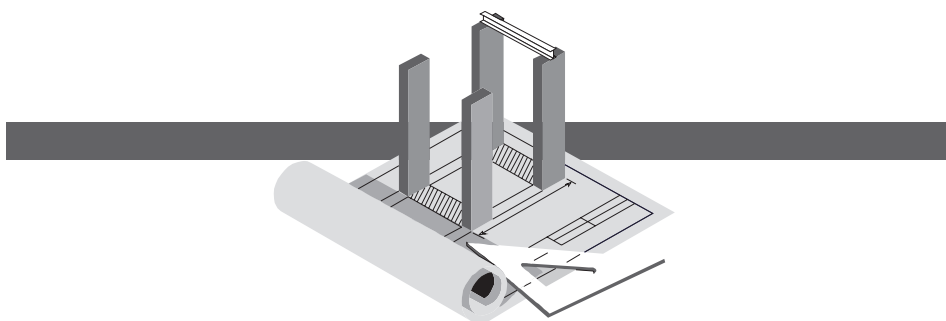
Une modification de la loi était nécessaire pour remédier à cette situation injuste où les entreprises avaient une responsabilité plus ou moins lourde en fonction du mode de dévolution de leurs travaux. Il fallait aligner la durée de la responsabilité du sous-traitant sur celle de l'entrepreneur principal.

L'article 2 de l'ordonnance du 8 juin 2005 crée un article 2270-2 dans le Code civil ainsi rédigé :

*Article 2270-2 – Les actions en responsabilité dirigées contre un sous-traitant en raison de dommages affectant un ouvrage ou des éléments d'équipement d'un ouvrage mentionnés aux articles 1792 et 1792-2 **se prescrivent par dix ans à compter de la réception des travaux** et, pour les dommages affectant ceux des éléments d'équipement de l'ouvrage mentionnés à l'article 1792-3, **par deux ans à compter de cette même réception**.*

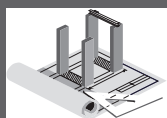
Cette disposition permet d'aligner les durées des responsabilités applicables au sous-traitant avec celles de l'entrepreneur principal.

Dix ans après la réception des travaux, le maître d'ouvrage ne peut plus agir contre le sous-traitant pour les désordres affectant ses ouvrages. Cette mesure d'égalité s'applique aux actions engagées à compter du 10 juin 2005.



Partie 2
LE CADRE JURIDIQUE
DE L'ACTE
DE CONSTRUIRE





5

LES CONTRATS DU SECTEUR PRIVÉ

Partie
2

1. Nature juridique et domaine respectif de chacun des contrats

Le domaine respectif des différents contrats est d'autant plus difficile à cerner qu'un certain chevauchement est possible en pratique.

Or, la détermination du champ d'application exact de chaque législation est rendue indispensable par leur caractère d'ordre public et par les sanctions pénales attachées à leur inobservation.

Nous étudierons le domaine respectif de chacun des contrats lorsque le bâtiment à édifier se situe dans le secteur protégé : bâtiment à usage d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation (1.1.1), ou lorsqu'il se situe hors du secteur protégé (1.1.2).

1.1. Domaine respectif des contrats dans le secteur protégé

1.1.1. L'entrepreneur chargé de la construction procure le terrain directement ou indirectement

Principe : Le contrat de vente d'immeuble à construire

Ce contrat est une vente, contrat réel transférant la propriété, ce qui le différencie par sa nature juridique du contrat d'entreprise.

Le Code civil (art. 1601 à 1601-4) énonce les grandes règles applicables à toutes les ventes d'immeubles à construire, tandis que le Code de la construction et de l'habitation (art. L 261-1 à L 261-22 et R 261-1 à R 261-33) définit le régime de protection renforcée applicable à celles dont les constructions sont à usage d'habitation ou mixte (il recopie également les articles du Code civil).

L'article L 261-1 du Code de la construction et de l'habitation définit la vente d'immeuble à construire comme la vente « par laquelle le vendeur s'oblige à édifier un immeuble dans un délai déterminé par le contrat ».

Le texte définissant le secteur protégé, en matière de vente d'immeuble à construire, est l'article L 261-10 du Code de la construction et de l'habitation aux termes duquel le secteur protégé concerne les biens immobiliers destinés à l'habitation, que le contrat porte sur un seul logement ou sur plusieurs logements, et aux immeubles à usage professionnel et d'habita-

tion, sans autre précision quant à l'importance respective des deux parties du local.

Lorsque l'entrepreneur chargé de la construction fournit de manière directe ou indirecte le terrain devant servir d'assiette à la construction, les dispositions du Code de la construction et de l'habitation imposent en principe le recours à la vente d'immeubles à construire.

Concrètement, la vente d'immeuble à construire n'est en principe concevable que si le terrain appartient au vendeur, la propriété du terrain devant être transférée en même temps que celle de la construction.

On distingue deux types de vente d'immeuble à construire : la VEFA et la vente à terme.

La **vente en état futur d'achèvement (VEFA)** est une modalité de la vente d'immeuble à construire qui se caractérise par quatre éléments :

- la propriété du sol et des constructions existantes est transférée immédiatement ;
- la propriété des constructions futures est transférée au fur et à mesure de leur exécution ;
- corrélativement, le prix est payé au fur et à mesure de l'avancement des travaux ;
- le vendeur reste le maître de l'ouvrage jusqu'à la réception.

Dans la **vente d'immeuble à construire à terme**, le vendeur doit livrer l'immeuble à son achèvement, tandis que l'acheteur s'engage à en prendre livraison. Ce n'est pas le contrat de vente mais la constatation (par acte authentique) de l'achèvement de l'immeuble qui opère le transfert de propriété, avec effet rétroactif à la date de la signature du contrat. Comme le prix n'est payable qu'à la livraison, ce contrat n'est guère utilisé car il n'autorise pas le versement d'acomptes, sauf par les organismes d'HLM qui sont autorisés à demander des acomptes.

Exceptions :

- L'obligation de recourir à la vente d'immeuble à construire ne s'applique pas si le maître d'ouvrage qui fournit le terrain est une société d'HLM.
- Le domaine du contrat de construction de maison individuelle avec fourniture de plans.

Lorsque la construction porte sur une maison comportant au plus deux logements destinés au maître d'ouvrage, à usage d'habitation ou professionnel et d'habitation, l'entrepreneur fournissant les plans de construction n'est pas tenu de conclure un contrat de vente d'immeuble à construire dès lors qu'il se contentera d'une fourniture indirecte du terrain (L 231-5 CCH).

1.1.2. L'entrepreneur chargé de la construction ne procure pas le terrain (même indirectement)

**Contrat de construction de maison individuelle
(loi n° 90-1129 du 19 décembre 1990 reproduite dans le CCH
sous les articles L 230-1 et L 231-1 à 13, L 232-1 à 2 et L 271-1)**

Ce contrat est un louage d'ouvrage assorti d'un régime très protecteur du maître de l'ouvrage.

L'article L 231-1 du Code de la construction et de l'habitation définit le contrat de construction de maison individuelle avec fourniture de plans comme le contrat s'appliquant à *toute personne qui se charge de la construction d'un immeuble à usage d'habitation ou d'un immeuble à usage professionnel et d'habitation ne comportant pas plus de deux logements destinés au même maître de l'ouvrage d'après un plan qu'elle a proposé ou fait proposer.*

L'article L 232-1 du Code de la construction et de l'habitation définit le contrat de construction de maison individuelle sans fourniture de plans comme un *contrat de louage d'ouvrage n'entrant pas dans le champ d'application de l'article L 231-1 du Code de la construction et de l'habitation et ayant au moins pour objet l'exécution des travaux de gros œuvre, de mise hors d'eau et hors d'air d'un immeuble à usage d'habitation ou d'un immeuble à usage professionnel et d'habitation, ne comportant pas plus de deux logements destinés au même maître de l'ouvrage.*

Il doit s'agir exclusivement d'immeubles individuels et non d'immeubles collectifs.

L'entrepreneur ne représente pas le maître d'ouvrage (il n'a pas de mandat comme dans le cadre du contrat de promotion immobilière), mais il peut accomplir certaines formalités administratives.

Ainsi devra impérativement répondre aux dispositions de l'article L 231-1 du Code de la construction et de l'habitation, tout contrat par lequel l'entrepreneur est chargé de la construction d'une maison individuelle à usage d'habitation ou professionnel et d'habitation, avec fourniture de plan, sans pouvoir de représentation pour la réalisation de la construction. L'entrepreneur peut toutefois avoir les pouvoirs d'accomplir les formalités administratives (CCH, art. L 222-2, al. 2).

De même, devra impérativement répondre aux dispositions des articles L 232-1 et suivants du Code de la construction et de l'habitation, tout contrat par lequel l'entrepreneur s'engagera à réaliser au minimum les travaux de gros œuvre, de mise hors d'eau et hors d'air, d'une maison individuelle à usage d'habitation ou professionnel et d'habitation, sans fourniture de plans, sans pouvoir de représentation pour la réalisation de la construction, mais pouvant avoir les pouvoirs d'accomplir les formalités administratives (CCH, art. L 222-2, al. 2).

Contrat de promotion immobilière

Ce contrat est un mandat, issu de la loi n° 71-579 du 16 juillet 1971, que le maître d'ouvrage ne peut résilier librement.

L'article 1831-1 du Code civil définit le contrat de promotion immobilière comme un *mandat d'intérêt commun par lequel une personne dite promoteur immobilier s'oblige envers le maître de l'ouvrage à faire procéder, pour un prix convenu, au moyen de contrats de louage d'ouvrage, à la réalisation d'un programme de construction d'un ou de plusieurs édifices, ainsi qu'à procéder elle-même ou à faire procéder, moyennant une rémunération convenue, à tout ou partie des opérations juridiques, administratives et financières concourant au même objet* (CCH, art. L 221-1).

En matière de contrat de promotion immobilière, les règles renforcées s'appliquent aux contrats répondant aux critères spécifiques définis par le législateur s'appliquant aux immeubles à usage d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation, qu'ils soient individuels ou immeubles collectifs, que le contrat porte sur un seul ou plusieurs logements.

En matière d'immeubles collectifs, c'est l'article L 242-1 du Code de la construction et de l'habitation qui donne une définition de l'immeuble à usage d'habitation ou professionnel et d'habitation : *Pour l'application des articles (...) L 222-1 du Code de la construction et de l'habitation, un immeuble collectif est considéré comme un immeuble à usage d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation lorsque 10 % au moins de sa superficie sont affectés à de tels usages.*

Dès lors qu'ils dépendent d'un immeuble dont 10 % au moins de la superficie sont à usage d'habitation ou professionnel et d'habitation, tous les locaux de cet immeuble bénéficient du régime protecteur quelle que soit leur nature.

C'est l'article R 222-3 du Code de la construction et de l'habitation qui en précise les modalités de calcul.

Le contrat de construction de promotion immobilière emporte aux termes de l'article 1831-2 du Code civil *pouvoir pour le promoteur de conclure les contrats, recevoir les travaux, liquider les marchés et généralement celui d'accomplir, à concurrence du prix global convenu, au nom du maître de l'ouvrage, tous les actes qu'exige la réalisation du programme* (CCH, art. L 221-2).

Ainsi, dès lors que l'entrepreneur agit en qualité de mandataire du maître de l'ouvrage en s'obligeant à réaliser un programme de construction et à procéder aux opérations juridiques, administratives et financières dépassant les simples formalités administratives de la construction, le contrat à conclure doit être un contrat de promotion immobilière, tel que défini par les articles L 221-1 et suivants du Code de la construction et de l'habitation.

Le contrat d'entreprise : un contrat de louage d'ouvrage avec absence de mandat (articles 1779-3, 1779-1 et 1787 et suivants du Code civil)

Le domaine d'application du contrat d'entreprise dans le cadre de bâtiments à usage d'habitation ou professionnel et d'habitation **s'est considérablement rétréci** depuis l'institution des régimes spécifiques de la vente d'immeuble à construire, du contrat de promotion immobilière et du contrat de construction de maison individuelle.

Il en résulte que seront soumis au simple contrat d'entreprise les entrepreneurs agissant :

- sur toutes opérations de construction quelle qu'en soit la nature, mais :
 - sans pouvoir de mandat ou avec un pouvoir de mandat limité aux seules formalités administratives de la construction ; à défaut, le régime du contrat de promotion immobilière s'appliquerait (CCH, art. L 222-2) ;
 - sans procurer le terrain directement ou indirectement ; à défaut, le contrat serait du domaine de la vente d'immeuble à construire ;
- et si le contrat porte sur une maison individuelle :
 - sans exécution des travaux de gros œuvre, de mise hors d'eau et hors d'air d'une maison individuelle, et sans fourniture de plans ; à défaut, le contrat serait soumis au régime du contrat de construction de maison individuelle sans fourniture de plans ;
 - sans responsabilité de l'opération vis-à-vis du maître de l'ouvrage s'il fournit les plans : à défaut, le contrat serait soumis au régime du contrat de construction de maison individuelle avec fourniture de plans.

1.2. Domaine respectif des contrats hors du secteur protégé

Il s'agit donc *a contrario* de constructions à usage autre que l'habitation (ou autre que professionnel et habitation).

1.2.1. L'entrepreneur chargé de la construction procure le terrain directement

Le contrat de vente d'immeuble à construire à terme ou en état futur d'achèvement :

Lorsque le constructeur qui s'engage à réaliser la construction procure de manière directe le terrain à l'acquéreur, le contrat qui doit être régularisé entre les parties est une vente d'immeuble à construire conforme aux dispositions des articles L 261-1 et suivants du Code de la construction et de l'habitation, soit une vente à terme (CCH, art. L 261-2), soit une vente en l'état futur d'achèvement (CCH, art. L 261-3).

Toutefois, les dispositions de ces articles présentent un caractère supplétif (c'est-à-dire non obligatoire), dès lors que l'immeuble à construire ne dépend pas du secteur protégé.

1.2.2. L'entrepreneur chargé de la construction ne procure pas le terrain ou le procure simplement de manière indirecte

Il ne peut être conclu ni un contrat de vente d'immeuble à construire ni un contrat de maison individuelle.

En effet, dès lors que la construction envisagée n'est pas à usage d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation, ne seront pas applicables :

- les dispositions de l'article L 261-10, alinéa 2, du Code de la construction et de l'habitation relatives à l'obligation de conclure un contrat de vente d'immeuble à construire conforme aux articles L 261-1 et suivants du Code de la construction et de l'habitation, pour le cas de fourniture directe ou indirecte du terrain ;
- les dispositions des articles L 230-1 et suivants du Code de la construction et de l'habitation relatives aux contrats de construction de maison individuelle avec ou sans fourniture de plan.

Il en résulte que l'entrepreneur ne peut conclure que :

- un contrat de promotion immobilière prévu aux articles L 221-1 et suivants du CCH, dès lors que l'entrepreneur agit en qualité de mandataire du maître de l'ouvrage en s'obligeant à réaliser un programme de construction et à procéder aux opérations juridiques, administratives et financières ;
- ou un contrat de louage d'ouvrage, dès lors qu'un entrepreneur est chargé de la réalisation d'un ouvrage, quel qu'il soit, sans le pouvoir de mandat prévu à l'article L 221-2 du Code de la construction et de l'habitation, ou avec mandat limité aux seules formalités administratives.

2. Les contrats du secteur protégé : dispositions d'ordre public

Après avoir cerné le domaine respectif de chacun des contrats, étudions maintenant les clauses à insérer dans chacun de ces contrats.

2.1. Le contrat de vente d'immeuble à construire

Conformément à l'article L 261-1 du CCH, le contrat doit être conclu par acte authentique et préciser :

- la description de l'immeuble (ou partie d'immeuble) vendue ;
- son prix et les modalités de paiement de celui-ci ;
- le délai de livraison ;
- les modalités de révision du prix s'il est révisable ;
- les indications utiles relatives à la consistance et aux caractéristiques techniques de l'immeuble ;

- en outre, lorsqu'il est conclu une vente en état futur d'achèvement, la garantie de l'achèvement de l'immeuble ou du remboursement des versements effectués en cas de résolution du contrat à défaut d'achèvement.

Si, avant la conclusion de la vente, le vendeur a obtenu le bénéfice d'un prêt spécial du Crédit foncier de France ou du Comptoir des entrepreneurs, le contrat doit mentionner que l'acheteur a été mis en état de prendre connaissance des documents relatifs à l'équilibre financier de l'opération. Dans le cas de la VEFA, le vendeur ne peut exiger ni accepter aucun versement ni aucun dépôt avant la signature du contrat, ni avant la date à laquelle la créance est exigible (L 261-12 CCH).

Dans le cas du contrat de vente à terme, seuls des dépôts de garantie pourront être effectués, à mesure de l'avancement des travaux, à un compte spécial ouvert au nom de l'acquéreur (L 261-12, CCH).

La vente d'un immeuble à construire peut être précédée d'un contrat préliminaire par lequel, en contrepartie d'un dépôt de garantie effectué à un compte spécial, le vendeur s'engage à réserver à l'acheteur un immeuble ou une partie d'immeuble.

Ce contrat doit comporter des indications relatives :

- à la consistance de l'immeuble ;
- à la qualité de la construction ;
- aux délais d'exécution des travaux ;
- à la consistance, à la situation et aux prix du local réservé.

Les fonds déposés en garantie sont indisponibles, incessibles et insaisissables jusqu'à la conclusion du contrat de vente (L261-15 CCH).

2.2. Le contrat de construction de maison individuelle

La loi de 1990 a pour objectif essentiel la protection du consommateur désirant accéder à la propriété. Elle impose en effet aux constructeurs de maisons individuelles de lourdes contraintes : ils sont tenus de proposer la conclusion d'un contrat de construction très réglementé dès qu'ils proposent le plan ou qu'ils se chargent d'exécuter une part importante des travaux.

Cette loi a aussi pour objectif de garantir la protection des sous-traitants qui travaillent pour les constructeurs de maisons individuelles : ces derniers sont tenus de conclure les contrats de sous-traitance par un écrit dont les mentions sont réglementées. S'y ajoutent les obligations que prévoit la loi de 1975 avec une nouvelle forme de garantie de paiement pour la sous-traitance en maison individuelle.

2.2.1. Champ d'application du CCMI

Le contrat de construction de maison individuelle (CCMI) est obligatoire, à partir du moment où une personne fait construire :

- un immeuble ;

- à usage d'habitation, ou à usage d'habitation et professionnel ;
- ne comportant pas plus de **deux logements** (cas du maître d'ouvrage qui veut loger une personne de sa famille ou qui désire se procurer un revenu complémentaire) sur un terrain lui appartenant (si le constructeur fournit le terrain directement ou indirectement, il s'agit de vente d'immeuble en état futur d'achèvement).

Il existe deux types de contrat : le CCMI avec fourniture de plan et le CCMI dans fourniture de plan.

1. Le contrat de construction de maison individuelle avec fourniture de plan

Ce contrat s'applique :

- lorsque le constructeur propose le plan ou fait proposer le plan (notamment par un architecte, un bureau d'études...) ou retouche le plan proposé par le maître de l'ouvrage et se charge de la construction (l'entrepreneur général qui effectue la totalité des travaux, le constructeur de maisons préfabriquées industrielles lorsqu'il en effectue le montage) ;
- ou lorsque le constructeur se charge de la construction d'après un plan fourni par un tiers à la suite d'un démarchage à domicile ou d'une publicité faite pour son compte : l'entrepreneur ne fournit pas lui-même le plan mais il s'adresse à un intermédiaire (ex. : plan remis préalablement au maître de l'ouvrage par un démarcheur de la société de construction) ;
- ou lorsque le constructeur fournit le plan directement ou indirectement et réalise une part, même minime, des travaux ;
- ou lorsque les personnes qui commercialisent des maisons préfabriquées dites « maisons en kit ». C'est notamment le cas pour les maisons en bois avec découpe du bois, livraison, assemblage et mise hors d'eau sur le terrain du maître d'ouvrage.

2. Le contrat de construction de maison individuelle sans fourniture de plan

Ce contrat s'impose au constructeur qui :

- **sans fournir, même indirectement, le plan** (c'est-à-dire que le maître de l'ouvrage apporte lui-même un plan utilisable en l'état),
- **se charge au minimum des travaux de gros œuvre, de mise hors d'eau et hors d'air.**

3. Contrat n'entrant pas dans le cadre de la loi du 19 décembre 1990

La construction d'une maison par plusieurs entreprises peut être réalisée en dehors du CCMI, à condition qu'aucune des entreprises ne fournisse le plan et qu'aucune des entreprises n'exécute à elle seule les travaux de gros œuvre, hors d'eau, hors d'air.

4. Exemples de requalification du contrat par le juge

Les contraintes de la loi de 1990 (voir ci-dessous) conduisent certains professionnels à tenter de s'en affranchir en utilisant de faux contrats de maîtrise d'œuvre. Ce détournement n'est pas sans risque car, lorsqu'il y a requalification

du contrat par le juge en CCMI, il y a risque de sanction civile (nullité du contrat) et de sanctions pénales (amende et peine d'emprisonnement).

- *Attendu que la société avait proposé au client un plan préétabli pour la construction projetée, que la convention incluant le coût des travaux et les honoraires de maîtrise d'œuvre était conclue pour un prix prédéterminé et qu'en raison des conditions dissuasives auxquelles était subordonnée la possibilité pour le maître de l'ouvrage de proposer d'autres entreprises, la société s'était réservée d'exécuter ou de faire exécuter les travaux convenus par les entreprises de son choix, la cour d'appel a, à bon droit, retenu la qualification de contrat de construction de maisons individuelles* (Cass. civ. 3^e, 20 juin 2001).
- *La qualification de contrat de maison individuelle est retenue pour des contrats dans lesquels les maîtres d'œuvre, tout en offrant des prestations de conception de plans, se réservaient pour un prix forfaitaire, la coordination des entreprises et le choix des entreprises, en interdisant en fait, au maître de l'ouvrage de donner des ordres aux entreprises* (Cass. civ. 3^e, 3 mai 2001, n° 99 20 244).

2.2.2. Les mentions obligatoires du contrat de construction de maison individuelle

Les mentions obligatoires qui doivent figurer sur le CCMI varient selon qu'il s'agit d'un contrat avec fourniture de plan ou sans fourniture de plan.

1. Contrat avec fourniture de plan

a) Le contrat doit comporter :

- la désignation du terrain destiné à l'implantation de la construction et la mention des droits de propriété, de construire, du maître de l'ouvrage sur le terrain ;
- l'affirmation que le projet est conforme aux règles de construction ;
- la consistance et les caractéristiques techniques de la maison incluant tous les travaux d'adaptation au sol, les raccordements aux réseaux divers et tous les travaux d'équipement intérieur ou extérieur indispensables à l'implantation et à l'utilisation de la maison ;
- le coût de la maison qui comprend le prix forfaitaire et définitif de la maison (sous réserve de révision de prix dans les conditions légales définies dans le contrat) et le coût des travaux dont le maître de l'ouvrage se réserve, le cas échéant, l'exécution ;
- les modalités de règlement en fonction de l'état d'avancement des travaux ;
- l'indication que le maître de l'ouvrage pourra se faire assister, lors de la réception, par un professionnel habilité et assuré pour cette mission ;
- l'indication de l'obtention du permis de construire et des autres autorisations administratives : une copie est annexée au contrat ;
- l'indication des modalités de financement, la nature et le montant des prêts obtenus et acceptés par le maître de l'ouvrage ;

- la date d'ouverture du chantier, le délai d'exécution des travaux et les pénalités de retard de livraison ;
- la référence de l'assurance dommage-ouvrage qui doit être souscrite par le maître de l'ouvrage obligatoirement avant l'ouverture du chantier. Une attestation de cette assurance doit être annexée au contrat ;
- l'attestation de la garantie de livraison à prix et délai convenus accordée par un établissement financier ou un assureur ;
- le cas échéant, l'attestation de la garantie de remboursement du montant versé avant la date d'ouverture du chantier.

L'établissement de crédit doit vérifier que les clauses figurent bien dans le contrat avant de faire une offre de prêt au maître de l'ouvrage.

Ce contrat peut être conclu sous conditions suspensives d'acquisition du terrain, de l'obtention du permis de construire, de l'obtention des prêts, de l'obtention de l'assurance de dommages et de l'obtention de la garantie de livraison.

b) Les annexes obligatoires

Elles doivent être jointes dès l'envoi du contrat par lettre recommandée et comprennent :

- la notice descriptive de la maison : elle précise les caractéristiques techniques de la maison et des matériaux utilisés et les caractéristiques des travaux d'équipement indispensables à l'implantation et à l'utilisation de la maison ; la notice descriptive doit être conforme à un modèle type réglementaire ;
- le plan de la maison signé par le constructeur et le maître de l'ouvrage ;
- une notice d'information conforme à un modèle type ;
- la copie du permis de construire et des autorisations administratives s'ils sont obtenus à la date de signature du contrat.

À noter : Le contrat signé doit être envoyé au maître de l'ouvrage par lettre recommandée avec demande d'accusé réception. L'avis de réception est le point de départ du délai de rétractation de 7 jours dont bénéficie le maître de l'ouvrage.

c) Les clauses facultatives

La révision du prix

Il existe deux possibilités :

- soit une révision entre la date de signature du contrat et la date d'expiration d'un délai d'un mois qui suit la plus tardive des deux dates suivantes :
 - date de l'obtention du permis de conduire,
 - date de l'obtention des prêts,
- soit une révision de prix, limitée à 70 % de la variation de l'index BT 01. La révision de prix est appliquée à chaque versement. La révision de prix s'arrête 10 mois après l'obtention à la fois des prêts et du permis de construire.

Le maître de l'ouvrage doit être informé de ces deux possibilités avant de signer le contrat.

La garantie de remboursement ou le dépôt de garantie

La loi rappelle qu'**aucun versement** d'argent ne peut être fait avant la signature du contrat et plus généralement avant la date d'exigibilité de la créance en respectant l'échelonnement des paiements.

La perception de fonds par le constructeur avant le début des travaux qui ne prend la forme ni d'un dépôt de garantie, ni d'une garantie de remboursement est sanctionnée pénalement. Une cour d'appel a considéré coupable de perception anticipée de fonds M. X... et l'a condamné à 18 mois d'emprisonnement avec sursis ainsi qu'à une amende de 3 000 € et à verser une somme de 2 500 € au maître d'ouvrage (Cass. civ. Ch. crim., 30 mars 2005).

Toutefois, le contrat peut stipuler un dépôt de garantie, limité à 3 % du prix de la construction. Ce dépôt sera effectué à un compte spécial ouvert au nom du maître de l'ouvrage.

Le dépôt de garantie reste bloqué jusqu'à la réalisation de toutes les conditions suspensives :

- il s'impute sur les premiers paiements si toutes les conditions sont réalisées ;
- il est intégralement remboursé au maître de l'ouvrage sans aucune retenue si toutes les conditions suspensives ne sont pas réalisées dans le délai prévu au contrat ou si le maître de l'ouvrage se rétracte dans le délai de sept jours.

Le dépôt de garantie peut être remplacé par **une caution bancaire qui garantit le remboursement des sommes versées** avant l'ouverture du chantier. Dans ce cas, le constructeur peut obtenir au plus :

- 5 % à la signature du contrat ;
- 5 % à l'obtention du permis de conduire.

En pratique, les garants délivrent cette caution uniquement en contrepartie d'un versement de 5 % du prix convenu (voir de 3 % dans certains cas) à la signature du contrat.

La garantie de remboursement est donnée :

- pour le cas où le contrat ne peut être exécuté faute de réalisation des conditions suspensives dans le délai prévu ;
- pour le cas où le maître de l'ouvrage exercerait la faculté de rétractation dans les sept jours de la notification du contrat faite par le constructeur.

La garantie de remboursement prend fin à la date d'ouverture du chantier à compter de laquelle elle est relayée par la garantie de livraison.

2. Contrat sans fourniture de plan

Les énonciations qui doivent être mentionnées dans ce contrat sont sensiblement réduites et simplifiées par rapport à celles du contrat avec fourniture de plan. Le contrat doit être rédigé par écrit et indiquer :

- la désignation du terrain,
- la consistance et les caractéristiques techniques de l'ouvrage à réaliser,

- le prix convenu forfaitaire et définitif, sous réserve s'il y a lieu de sa révision, ainsi que les modalités de son règlement en fonction de l'avancement des travaux. Les règles relatives à la révision du prix sont laissées ici à la liberté des parties,
- le délai d'exécution des travaux et les pénalités applicables en cas de retard de livraison,
- la référence de l'assurance de dommages souscrite par le maître de l'ouvrage,
- l'indication que le maître de l'ouvrage pourra se faire assister lors de la réception par un professionnel habilité et assuré,
- l'engagement de l'entrepreneur de fournir, au plus tard à la date d'ouverture du chantier, la justification de la garantie de livraison.

2.2.3. La garantie de livraison

Le point essentiel de la loi de 1990 est la garantie de livraison à prix et délai convenus, qui est obligatoire et prend la forme d'une caution délivrée par un établissement financier ou une compagnie d'assurance.

1. Une garantie obligatoire

Cette garantie est obligatoire **pour le contrat avec fourniture de plan et pour le contrat sans fourniture de plan.**

La garantie de livraison prend effet à compter de la date d'ouverture du chantier. Le constructeur doit notifier à l'établissement garant la déclaration d'ouverture de chantier.

Une attestation de cette garantie doit être annexée au CCMI. Rien n'empêche que le garant délivre une garantie globale au constructeur pour une période donnée, mais l'attestation remise au client doit très clairement faire apparaître que son contrat, même s'il n'est pas nominativement désigné, entre effectivement dans le champ de ceux couverts par cette garantie.

L'absence de remise de garantie de livraison est soumise à des sanctions pénales : peine d'emprisonnement pouvant atteindre deux ans et amende pouvant atteindre 37 500 €, ou l'une des deux peines.

En outre, les juges peuvent allouer des dommages intérêts au maître de l'ouvrage pour réparation du préjudice moral résultant de l'infraction d'exécution de travaux sans garantie de livraison. Ils peuvent allouer également des sommes au titre du préjudice matériel si le maître d'ouvrage apporte la preuve que les sommes qu'il a dû avancer auraient été prises en charge par la garantie de livraison. Il faut souligner que la garantie de livraison ne couvre pas le paiement de dommages intérêts au maître de l'ouvrage pour troubles de jouissance. (Cass. civ. 3^e, 16 novembre 2004).

Dans une autre affaire, le constructeur a été condamné à verser 1 500 € aux clients pour le défaut de garantie de livraison. (Cass. Ch. crim., 30 juin 2004).

2. La garantie couvre le maître de l'ouvrage :

- **contre les risques d'inexécution** et de mauvaise exécution des travaux prévus au contrat (inexécution des travaux nécessaires à la levée des réserves),
- **le non-respect du prix** convenu et des délais prescrits.

Le contrat peut être établi sous la condition suspensive de l'obtention de la garantie de livraison. Il est prévu un contrôle à cet égard par le prêteur qui ne débloque pas les fonds s'il n'a pas communication de l'attestation de garantie.

3. En cas de défaillance du constructeur, le garant prendra en charge :

- **Le coût des dépassements du prix convenu** (avec possibilité de franchise de 5 %) dès lors qu'ils sont nécessaires à l'achèvement de la construction.
Il s'agit d'un achèvement conforme aux prévisions du contrat et dépourvu de malfaçons apparentes. Il en résulte qu'en cas de défaillance du constructeur, le garant doit prendre à sa charge le coût des travaux nécessaires non seulement à la réparation des malfaçons mais également, s'il y a lieu, de ceux nécessaires à la mise en conformité avec les prévisions du contrat.
- **Les conséquences d'un paiement anticipé** ou d'un supplément de prix dont serait responsable le constructeur.

Le garant se trouve essentiellement tenu au titre des paiements que le constructeur aurait obtenus de façon anticipée pour des travaux non réalisés.

La garantie couvre aussi le cas où le fait du constructeur entraîne un supplément de prix. Il s'agira notamment des conséquences financières tenant au non-respect par le constructeur des dispositions législatives et réglementaires relatives au contrat de construction d'une maison individuelle ainsi que les erreurs matérielles ayant abouti à un supplément de prix et toutes les conséquences inhérentes à la défaillance du constructeur, y compris celles relatives aux rapports de ce dernier avec les sous-traitants.

- **Les pénalités forfaitaires** prévues au contrat en cas de retard de livraison excédant 30 jours.

Le montant et le seuil minimum de ces pénalités étant fixés par décret n° 91-1202 du 27 novembre 1991, les pénalités pour retard de livraison s'élèvent au minimum à 1/3 000 du prix convenu par jour de retard.

Les pénalités de retard ne s'appliquent que pour le retard de livraison. Le garant ne peut être condamné à payer des indemnités de retard au client du fait que le constructeur n'a pas levé les réserves faites à la réception. (Cass. civ. 3^e, 12 octobre 2005).

En revanche, lorsque le garant a désigné une personne pour terminer les travaux en cas de défaillance du constructeur initial, il n'est pas responsable du retard pris dans l'achèvement de la maison par le nouveau constructeur.

4. La mise en œuvre de la garantie de livraison

En cas de non-respect des délais de livraison ou de réserves formulées à la réception et non levées dans le délai prévu du fait de la défaillance du constructeur : le garant, de sa propre initiative, ou lorsqu'il en est informé par le maître de l'ouvrage, doit mettre en demeure le constructeur de livrer l'immeuble.

Si le constructeur n'intervient pas dans le délai de 15 jours après la mise en demeure, le garant désigne sous sa responsabilité l'entreprise qui aura à achever la construction.

En cas de procédure de redressement judiciaire du constructeur : le garant, de sa propre initiative ou lorsqu'il en est informé par le maître de l'ouvrage, doit mettre en demeure l'administrateur judiciaire de se prononcer sur l'exécution du contrat puisque celui-ci a seul la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours.

À défaut de réponse dans le délai d'un mois, le garant procède à l'exécution de ses obligations. Il y procède également dans le cas où, malgré sa réponse positive, l'administrateur ne poursuit pas l'exécution du contrat dans les 15 jours qui suivent sa réponse.

Le garant a deux possibilités, soit :

- désigner sous sa responsabilité la personne qui terminera les travaux ;
- si l'immeuble a atteint le stade du hors d'eau, proposer au maître de l'ouvrage de conclure lui-même les marchés de travaux. Dans ce cas, le paiement des entrepreneurs, pour les sommes consécutives au dépassement du prix, se fait directement par le garant avec l'accord du maître de l'ouvrage.

En contrepartie, le garant peut exiger de percevoir directement du maître de l'ouvrage les sommes correspondant aux travaux qu'il effectue ou fait effectuer dans les conditions prévues par le contrat pour l'échelonnement des paiements.

5. La durée de la garantie de livraison

Les obligations du garant courent à partir de la date d'ouverture du chantier.

La garantie cesse à des dates qui varient selon les formes de la réception :

- à la réception sans réserves lorsque le maître de l'ouvrage est assisté d'un professionnel ;
- à l'expiration du délai de huit jours suivant la réception, lorsque celle-ci est faite par le maître de l'ouvrage sans l'assistance d'un professionnel ;
- à la levée des réserves éventuellement dénoncées à la réception ou dans les huit jours qui suivent celle-ci.

En cas de défaillance du constructeur ou de l'entrepreneur principal, le garant est donc tenu de faire exécuter les travaux nécessaires à la reprise des vices apparents.

6. Applications par le juge

La réglementation étant d'ordre public, est nul un CCMI pour lequel n'est pas fournie une garantie de livraison. Le constructeur ne peut pas même soulever l'absence de préjudice subi par l'accédant (C.A. Orléans, 27 mars 1997).

La preuve de la garantie de remboursement doit être annexée au contrat. Une attestation produite par le constructeur en cour d'appel, insusceptible d'avoir pu

être annexée au contrat car portant une date postérieure à celle du contrat, est inopérante.

Le document doit comporter une référence au chantier objet du contrat.

Avant réception, il n'y a pas lieu de distinguer entre les désordres qui relèveraient de la garantie décennale et ceux d'une autre nature, dès lors que leur reprise préalable s'avère nécessaire à l'achèvement de la construction.

Le garant ne peut s'exonérer qu'en prouvant la cause étrangère. Ainsi en cas de destruction partielle de l'immeuble avant réception le garant devra payer le surcoût résultant des travaux nécessaires à la réalisation correcte de l'ouvrage.

Le garant est tenu d'assurer seulement la livraison de la chose définie au contrat qui lui a été soumis ; un avenant ultérieur, qui ne lui a pas été communiqué, et qu'il n'a donc pu accepter de couvrir ne l'engage pas (cour d'appel Aix-en-Provence, 25 janvier 1994).

Le garant ne doit financer la construction ainsi définie que pour le montant excédant le prix convenu, nécessaire à sa réalisation. La garantie est constituée pour la différence entre le coût global réel de la construction et le prix global stipulé au contrat (Cass. civ. 3^e, 9 novembre 1994).

Le garant a un recours contre l'assureur dommage ouvrage : Lorsque, suite à la défaillance du constructeur, le garant prend en charge les désordres de nature décennale, il bénéficie d'un recours pour ces désordres de nature décennale contre l'assureur dommage ouvrage (Cass. civ. 2 mars 2005, sté Aviva Assurances c/ Gan IARD).

Le garant, appelé à désigner un entrepreneur chargé d'achever une construction abandonnée, a l'obligation de s'assurer de l'existence d'une telle acceptation par le nouveau constructeur (Cass. civ. 3^e, 26 octobre 2005).

2.2.4. Le contrôle du contrat par le banquier prêteur

La loi du 19 décembre 1990 a institué un contrôle du contrat de construction de maison individuelle avec fourniture de plan par l'établissement de crédit finançant l'opération.

Selon l'article L 231-10 du CCH, aucun prêteur ne peut émettre une offre de prêt sans avoir vérifié que le contrat de construction comporte les énonciations qui doivent y figurer au moment où l'acte lui est transmis.

Le contrôle consiste pour le banquier à vérifier la présence matérielle dans le contrat des onze mentions obligatoires prévues à l'article L 231-2 du CCH.

Sanction de cette obligation : le prêteur devra supporter, en cas de défaillance du constructeur, les conséquences préjudiciables d'un versement excédant l'échelle réglementaire des paiements dès lors que ce versement résulte de l'exécution d'une clause irrégulière du contrat (CCH, art. L 231-10, 2^e alinéa).

Le prêteur ne peut débloquer les fonds s'il n'a pas communication de l'attestation de garantie de livraison. Le prêteur engagerait sa responsabilité s'il débloquent des fonds sans avoir obtenu l'attestation de garantie de livraison.

La Cour de cassation a évolué sur les obligations mises à la charge du banquier prêteur :

- tout d'abord, la haute juridiction a cassé un arrêt de cour d'appel qui avait considéré que le prêteur a aussi le devoir de vérifier la nature réelle de la convention, sans pouvoir se retrancher derrière la qualification retenue par les parties et en fait imposée par le constructeur, au motif que l'article L 231-10 du CCH ne met pas à la charge du prêteur l'obligation de requalifier le contrat qui lui est soumis. (Cass. civ. 3^e, 9 juillet 2002) ;
- Dans un arrêt plus récent, il a été considéré que l'article L 231-10 du CCH qui ne met pas à la charge du prêteur l'obligation de requalifier le contrat qui lui est soumis, **ne le dispense pas de son obligation de renseignement** et de conseil à l'égard du maître de l'ouvrage à qui il fait une offre de prêt. (Cass. civ. 3^e, 7 novembre 2004).

Pour le versement direct du prêt au constructeur, les paiements ne peuvent être effectués qu'aux différents stades d'avancement des travaux prévus par la réglementation, et sur ordre écrit du maître de l'ouvrage, à chaque échéance, et après information du garant.

Le prêteur qui effectuerait des règlements sans ordre écrit du maître de l'ouvrage pourrait être tenu responsable des conséquences préjudiciables des paiements qu'il effectue aux différents stades de la construction.

Les dispositions relatives aux contrats de construction de maisons individuelles sur plan proposé, lorsque l'acquéreur fait appel au crédit, **ne mettent pas à la charge du prêteur l'obligation de vérifier la véracité des documents produits** mais seulement leur existence, et le prêteur n'est pas tenu d'exiger la remise en original de la garantie de livraison, dont il doit obtenir la production par l'application de l'article L 231-10 du CCH.

Est légalement justifiée la décision qui évalue souverainement l'indemnisation des acquéreurs, mise à la charge de la banque prêteuse, au titre du préjudice consistant en prestations non effectuées par l'entrepreneur et pénalités de retard dues par lui, dans la limite de la somme que les acquéreurs auraient pu ne pas verser au constructeur si la banque avait correctement et en temps utile rempli l'obligation, résultant de l'article L 231-7 III du CCH, d'aviser de ses versements le garant supposé de l'opération, ce qui aurait révélé l'absence de garantie. (Cass. civ. 3^e, 12 février 2003).

2.2.5. Les paiements des travaux

1. Échelonnement des paiements :

L'interdiction de perception anticipée de fonds, avant la signature du contrat et avant la date à laquelle la créance est exigible, existe pour les deux types de contrat, avec ou sans fourniture de plan.

En outre, **pour le contrat de construction avec fourniture de plan**, une grille d'appels de fonds fixe le pourcentage maximum du prix total que peut percevoir le constructeur à chaque stade la construction.

Cette grille est la suivante :

- 15 % à l'ouverture du chantier (sur lequel sera imputé, le cas échéant, le montant du dépôt de garantie),
- 25 % à l'achèvement des fondations,
- 40 % à l'achèvement des murs,
- 60 % à la mise hors d'eau,
- 75 % à l'achèvement des cloisons et à la mise hors d'air,
- 95 % à l'achèvement des travaux d'équipement, de plomberie, de menuiserie et de chauffage.

Les paiements devront intervenir au plus tard à l'expiration du délai prévu au contrat : le point de départ de ce délai est la date de la demande de paiement présentée par le constructeur.

Le solde, soit 5 %, est payable à la levée des réserves, selon l'un ou l'autre des cas suivants (ces dispositions du paiement du solde sont valables pour les deux contrats : avec et sans fourniture de plan) :

- Le maître de l'ouvrage se fait assister lors de la réception des travaux par un professionnel habilité : le solde est payé à la réception des travaux formulée sans réserves, ou à la levée des réserves,
- Le maître de l'ouvrage ne se fait pas assister par un professionnel : le solde est payé huit jours après la remise des clés consécutive à la réception sans réserves ou à la levée des réserves.

Lorsque des réserves sont formulées à l'occasion de la réception, une somme proportionnée à l'importance de celles-ci, et au plus égale à 5 % du prix convenu, est consignée jusqu'à la levée de ces réserves, le solde étant alors versé au constructeur.

Pour le contrat sans fourniture de plan, il n'y a aucune possibilité d'obtenir le versement de sommes par le client avant le début des travaux.

C'est le contrat qui fixe l'échelonnement des paiements au fur et à mesure de l'exécution des travaux. Toutefois, pour le solde, ce sont les dispositions explicitées ci-dessus pour le contrat avec fourniture de plan qui s'appliquent également.

2. Retards de paiement :

La réglementation impose une corrélation entre les pénalités pour retard de paiement à l'encontre du client maître d'ouvrage et les pénalités pour retard de livraison à l'encontre du constructeur :

Le contrat peut prévoir à la charge du maître de l'ouvrage une pénalité pour retard de paiement. Toutefois, le taux de celle-ci ne peut excéder 1 % par mois calculé sur les sommes non réglées si la pénalité pour retard de livraison est limitée à 1/3 000 du prix par jour de retard (art. R 231-14 du CCH).

Ces dispositions s'appliquent aussi bien au contrat avec fourniture de plan qu'au contrat sans fourniture de plan.

Le prix convenu avec le maître de l'ouvrage est un prix global et forfaitaire, et le constructeur ne peut demander un supplément de prix, notamment lorsqu'une étude de sols s'avère indispensable, après la signature du contrat.

La Cour de cassation a considéré que l'application de l'article L 231-2 du CCH ne fait pas obstacle à ce que le constructeur réclame, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, à un tiers fautif les frais d'études de sols qu'il ne peut réclamer au maître d'ouvrage. (Cass. civ. 3^e, 12 mai 2004 et 20 janvier 2003).

2.2.6. Le contrat de construction d'une maison individuelle et la sous-traitance

Le contrat de construction d'une maison individuelle réunit deux interlocuteurs : le maître de l'ouvrage (le particulier) et le constructeur (l'entrepreneur). Néanmoins, l'exécution des travaux est en pratique confiée à des entreprises sous-traitantes.

Dans le souci de préserver l'ensemble des intervenants à la construction d'une maison individuelle, le dispositif légal organise une protection des sous-traitants par deux moyens principaux :

- une clarification des relations contractuelles avec l'entrepreneur principal,
- une obligation pour l'entrepreneur principal de justifier de la garantie des paiements dus aux sous-traitants.

1. Les contrats de sous-traitance doivent être conclus par écrit, et ce, avant tout commencement d'exécution des travaux du sous-traitant

Les contrats de sous-traitance sont communiqués au garant de l'entrepreneur principal.

Ces contrats mentionnent obligatoirement :

- la désignation de la construction, les nom et adresse du maître de l'ouvrage et de l'établissement garant de l'entrepreneur principal,
- la description des travaux sous-traités,
- le prix convenu et, s'il y a lieu, les modalités de sa révision,
- le délai d'exécution des travaux et le montant des pénalités de retard,
- les modalités de règlement du prix, qui ne peut dépasser un délai de trente jours, à compter de la date du versement effectué par le maître de l'ouvrage ou le prêteur au constructeur, en règlement de travaux comprenant ceux réalisés par le sous-traitant et acceptés par le constructeur,
- le montant des pénalités dues par l'entrepreneur principal en cas de retard de paiement,
- la justification de l'une ou l'autre des garanties de paiement prévues par la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance **ou de tout autre garantie, délivrée par un établissement de crédit ou une entreprise d'assurance, de nature à garantir le paiement des sommes dues au titre du sous-traité.** (art. L 231-13 g du CCH).

2. Les paiements des sous-traitants sont garantis, soit :

- par une caution personnelle et solidaire d'un établissement agréé à cet effet ;
- par une délégation de paiement qui lui permettra d'être payé directement par le maître de l'ouvrage ;
- encore par toute autre garantie délivrée par un établissement de crédit ou une entreprise d'assurance de nature à garantir le paiement des sommes dues au sous-traitant.

Cette dernière forme de garantie est une nouveauté qui permet aux constructeurs de maisons individuelles de remplacer les garanties prévues par la loi de 1975 (caution ou délégation de paiement) par d'autres mécanismes équivalents sous-crits auprès d'une banque ou d'un assureur (ex. : assurance crédit pour compte).

Avec ce contrat spécifique, le constructeur communique, à l'assureur crédit, la liste de ses sous-traitants et de l'encours dû à chacun d'eux (l'encours est le montant des factures émises par un sous-traitant et non encore réglées), l'assureur notifie à chaque sous-traitant une décision d'agrément.

3. Sanctions en cas d'absence de garantie de paiement donné au sous-traitant

Si le constructeur de maison individuelle ne fournit pas de garantie de paiement à ses sous-traitants, il peut être soumis à des sanctions pénales : *sera puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 18 000 €, ou de l'une de ces deux peines seulement, quiconque n'aura pas conclu par écrit un contrat de sous-traitance avant l'exécution des travaux de chacun des lots, ou aura conclu un contrat ne comportant pas la fourniture d'une garantie de paiement au sous-traitant* (art. L 241-9 du CCH).

2.2.7. La réception des travaux

1. Quand s'effectue la réception ?

- Lorsque les travaux sont achevés, la réception est prononcée contradictoirement entre le constructeur et le maître de l'ouvrage et doit être constatée dans un procès-verbal écrit.

En aucun cas, la réception ne peut être tacite.

En cas de contrat de construction sans fourniture du plan, l'entrepreneur principal qui se charge du gros œuvre, hors d'eau et hors d'air, effectue la réception avec le maître de l'ouvrage à l'achèvement de cette phase de travaux ; une réception est ensuite effectuée avec chaque corps de métier.

- Lors de la réception, le maître de l'ouvrage pourra se faire assister par un professionnel habilité (architecte, maître d'œuvre agréé en architecture, contrôleur technique) ou par tout autre professionnel de la construction titulaire d'un contrat d'assurance couvrant les responsabilités pour ce type de mission (ingénieur-conseil, bureau d'études techniques...).
- Cette faculté d'assistance de l'acquéreur par un professionnel doit être mentionnée dans le contrat de construction de maison individuelle.

2. Les réserves éventuelles

- Si l'ouvrage est en parfait état, la réception est acceptée sans réserves et le maître de l'ouvrage verse le solde du prix.
- Si des vices apparents (absence de conformité, malfaçons) sont constatés, le maître de l'ouvrage doit alors faire inscrire toutes les réserves dans le procès-verbal de réception et consigner le solde du prix sur un compte bloqué. Le solde du prix sera versé une fois constatée la levée des réserves.

Important

En aucun cas le constructeur ne peut subordonner la remise des clés au paiement intégral du prix et empêcher le maître de l'ouvrage de consigner les sommes restant dues lorsque des réserves sont faites à la réception des travaux.

Après la réception avec ou sans réserves, **le maître de l'ouvrage bénéficie d'un délai de huit jours pour dénoncer les vices apparents qu'il n'aurait pas signalés au moment de la réception.**

Cette dénonciation doit être adressée au constructeur par lettre recommandée avec accusé de réception dans les huit jours qui suivent la remise des clés consécutive à la réception. Le constructeur est alors tenu d'effectuer les travaux.

Attention : la possibilité de dénoncer les vices de construction alors apparents dans les huit jours qui suivent la réception n'est admise que si le maître de l'ouvrage ne s'est pas fait assister par un professionnel.

La Fédération française du bâtiment a établi des modèles de contrat type de construction de maisons individuelles : SEBTP, 6-14, rue La Pérouse, 75784 Paris Cedex 16 (Tél. : 01 40 69 53 16).

2.3. Le contrat de promotion immobilière

Aux termes de l'article L 222-3 du Code de la construction et de l'habitation, le contrat de promotion immobilière doit être constaté, avant le commencement de son exécution, par un écrit contenant les indications suivantes :

- situation et contenance du terrain sur lequel doit être édifié le bâtiment ;
- consistance et caractéristiques techniques du bâtiment à construire ;
- devis descriptif et conditions d'exécution technique des travaux ;
- prix convenu ainsi que limites et conditions dans lesquelles la révision du prix peut intervenir ;
- moyens et conditions de financement et modalités de règlement à mesure de l'avancement des travaux (R 222-7 CCH) ;
- rémunération du promoteur pour ses peines, soins et débours (R 222-8) ;
- délai dans lequel le bâtiment doit être édifié ;
- garantie apportée par le promoteur pour la bonne exécution de sa mission.

Il est recommandé au promoteur de prévoir dans le prix un poste pour imprévu.

2.3.1. Forme notariée

Le législateur semble avoir incité, il est vrai de manière indirecte, l'utilisation de la forme notariée pour le contrat de promotion immobilière par deux dispositions.

- d'une part, par l'article L 221-6 CCH, qui dispose que *le contrat de promotion immobilière est réputé emporter restriction au droit de disposer au sens et pour l'application de l'article 28-2 du décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière* ;
- d'autre part, par l'article 1831-3 du Code civil (CCH, art. L 221-3, al. 4) qui énonce que *le contrat de promotion immobilière n'est opposable aux tiers qu'à partir de la date de sa mention au fichier immobilier*.

La publication du contrat de promotion immobilière au fichier immobilier impose donc :

- l'établissement de cet acte sous la forme notariée ou d'un acte sous seing privé déposé au rang des minutes d'un notaire,
- et d'y faire figurer les obligations très minutieuses imposées par les articles 5, 6 et 7 du décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 (JO du 7 janvier) relatifs à la désignation des parties de l'immeuble.

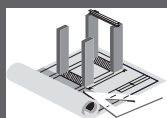
Mais rien dans le texte de la loi n° 71-579 du 16 juillet 1971, ni dans les textes subséquents, ne semble imposer la forme notariée à peine de nullité.

2.3.2. Faculté de rétractation

Lorsque le contrat de promotion revêt la forme d'un acte sous seing privé, les dispositions de l'article 20 de la loi n°89-1010 du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles lui sont applicables.

Cet article prévoit la faculté de rétractation pendant sept jours durant lesquels l'acquéreur a la possibilité de rétracter son engagement. Cette disposition n'est pas applicable au contrat d'études préliminaire.

L'acte doit être adressé à l'acquéreur par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Le délai de rétractation court à compter de sa réception par l'acquéreur, qui peut alors exercer sa faculté par lettre recommandée avec demande d'avis de réception adressée au promoteur avant l'expiration du septième jour suivant.



6

LES CONTRATS DU SECTEUR PUBLIC

Partie
2

Avant d'envisager les divers contrats administratifs, il convient de présenter la notion la plus importante, celle de contrat administratif.

1. Le contrat administratif

Les contrats de l'administration se divisent en deux catégories essentielles : les contrats privés de l'administration et les contrats administratifs. Ce clivage est fondamental parce qu'il détermine la compétence du juge administratif et entraîne l'application d'un régime juridique spécial. Dans ce chapitre, nous n'étudierons que les contrats administratifs.

1.1. C'est la loi ou la jurisprudence qui qualifient un contrat de contrat administratif

La qualification de certains contrats est déterminée par la loi mais, le plus souvent, c'est la jurisprudence qui fixe les critères du contrat administratif.

1.1.1. Contrats administratifs par détermination de la loi

Certains contrats de l'administration sont toujours des contrats administratifs parce que le législateur l'a voulu.

- **La catégorie la plus importante de contrats administratifs par détermination de la loi est celle des marchés de travaux publics.** L'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII entraîne l'application du droit administratif des contrats et la compétence du juge administratif.
- **Cet article a été interprété de manière extensive, de sorte que les contrats autres que des marchés sont administratifs par détermination de la loi s'ils concernent des travaux publics.** C'est ainsi que sont des contrats administratifs les contrats de transports de matériaux destinés à des travaux publics, les contrats de garde de matériel ou certains contrats financiers tels les cautionnements s'ils sont liés à un prêt consenti pour des travaux publics.
- Sont aussi administratifs par détermination de la loi **les contrats portant occupation du domaine public**, même lorsque les deux cocontractants sont des personnes privées. On citera aussi les ventes d'immeubles de l'État,

encore que les conséquences du caractère administratif semblent se limiter à la compétence du juge administratif et ne portent pas sur le fond du droit.

- Également administratifs par détermination de la loi, **les contrats de partenariat** (ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004).

Mais en dehors des quelques cas de détermination légale, c'est la jurisprudence qui a déterminé les éléments d'identification du contrat administratif, généralement appelés « critères du contrat administratif ». Il y a en réalité deux séries de critères : organiques et matériels.

1.1.2. Critères jurisprudentiels du contrat administratif

Certains contrats de l'administration sont considérés comme des contrats administratifs en fonction de divers critères jurisprudentiels.

La première condition pour qu'un contrat soit administratif est qu'au moins un des deux contractants soit une personne publique.

Un contrat entre deux particuliers ou deux personnes privées n'est jamais un contrat administratif, à moins que l'une des personnes privées n'agisse « pour le compte » d'une personne publique et soit son mandataire.

Tous les contrats passés par des personnes publiques ne sont cependant pas des contrats administratifs. Il faut en outre un critère supplémentaire, de type fonctionnel ou matériel. Deux critères, ou plutôt deux familles de critères, existent. Ce sont des critères alternatifs. Un seul suffit, si bien entendu le critère organique est rempli, pour que le contrat soit administratif, mais il est fréquent de trouver les deux simultanément.

La deuxième condition pour qu'un contrat soit administratif est que l'une ou l'autre des deux conditions suivantes soit réalisée, à savoir que :

- soit le contrat ait pour objet l'exécution du service public. C'est le critère le plus ancien, et actuellement le plus important dans la jurisprudence.

Selon la jurisprudence du service public, sont administratifs les contrats qui confient au cocontractant l'exécution même du service public ou le font participer directement à l'exécution du service public.

- soit que le contrat porte des clauses exorbitantes du droit commun.

La notion de clauses exorbitantes englobe d'ailleurs aussi bien des clauses qui seraient nulles en droit privé que des clauses peu fréquentes.

On entend par « clauses exorbitantes » les clauses mettant en œuvre des prérogatives de puissance publique (ex. : le pouvoir de sanction), une clause inhabituelle dans des conventions entre particuliers (ex. : la fixation des prix par l'Administration), une clause inspirée par le souci manifeste d'intérêt général ou une référence à un cahier des charges.

1.2. Un contrat administratif implique des prérogatives et des droits

L'administration va bénéficier de certaines prérogatives qui trouvent leur fondement dans les nécessités des services publics, mais le cocontractant bénéficie en contrepartie de garanties financières, quel que soit l'usage que l'administration aura fait de ses prérogatives.

1.2.1. Les prérogatives de l'administration

L'administration détient les prérogatives suivantes, que le contrat les prévoit ou non (elle ne peut y renoncer) :

- **Le pouvoir de contrôle et de direction des opérations d'exécution.**
- **Le pouvoir de modifier unilatéralement le contrat à condition cependant que les nécessités du service public l'exigent**, que les modifications n'excèdent pas certaines limites, et que l'équilibre financier du contrat soit respecté.
- Le pouvoir de sanction en cas de faute dans l'exécution et à condition qu'il y ait eu une mise en demeure préalable.

Ce pouvoir existe de plein droit et de façon unilatérale. Il s'agit soit de sanctions pécuniaires (dommages intérêts, pénalités), soit de sanctions coercitives variables suivant les types de contrats : mise sous séquestre (concessions) ; mise en régie (travaux publics) ; exécution temporaire et achat par défaut (fournitures).

L'administration exécutera elle-même le contrat ou fera appel à un tiers, mais le contrat est passé aux risques et périls du cocontractant primitif.

Le droit de résiliation unilatérale et discrétionnaire, le cocontractant ayant seulement droit à l'indemnisation.

1.2.2. Les droits du cocontractant

Le cocontractant a droit au paiement du prix et au rétablissement de l'équilibre financier au cas où celui-ci menacerait d'être rompu.

- Droit au paiement du prix fixé initialement. Ce prix, ou « tarif » dans la concession de service public, ne peut être modifié unilatéralement par l'administration.
- Droit au rétablissement de l'équilibre financier en cas de prestations nouvelles imposées par l'administration ou de survenance de faits imprévus.

1. La théorie du fait du Prince

Cette théorie jurisprudentielle est utilisée lorsque des mesures prises par l'administration causent un préjudice au cocontractant. Dans ce cas, une indemnisation est possible dans certaines hypothèses :

- lorsque l'administration cocontractante use de son pouvoir de modification unilatérale ;

- lorsque l’administration cocontractante prend une mesure générale aggravant les charges du cocontractant, à condition que cette mesure ait une répercussion sur l’un des éléments essentiels du contrat.

La théorie ne joue pas lorsque la mesure émane d’une personne publique autre que l’administration cocontractante. Lorsque la théorie joue, l’indemnisation est alors intégrale. La théorie du fait du Prince, très intéressante pour le cocontractant, est toutefois en recul aujourd’hui.

2. La théorie de l’imprévision

Elle constitue l’une des théories traditionnelles les plus intéressantes du droit administratif, car elle s’inspire de l’idée de la continuité du service public (même en cas de difficultés financières).

Cette théorie est née pendant la première guerre mondiale, période qui a constitué le début des déséquilibres économiques, financiers et monétaires.

Il y a application de la théorie de l’imprévision en cas de survenance de faits nouveaux, étrangers à la volonté des parties, entraînant un bouleversement des conditions économiques d’exécution du contrat. En droit privé, la survenance de ces faits est sans effet sur les obligations nées du contrat : en droit public, le juge admet une possibilité d’indemnisation dans certaines conditions (CE, C^{ie} générale d’éclairage de Bordeaux, 24 mars 1916, p. 125 ; l’augmentation considérable du prix du charbon nécessaire à la fabrication du gaz par le concessionnaire oblige l’administration à aider pécuniairement le concessionnaire).

Conditions : événement indépendant de la volonté des parties, imprévisible (guerre, crise économique grave, dévaluation monétaire) entraînant un véritable bouleversement du contrat et non pas un simple manque à gagner (dans l’arrêt gaz de Bordeaux, le Conseil d’État fait allusion à « une augmentation qui déjouait tous les calculs »).

Effets : si le cocontractant doit poursuivre l’exécution du contrat, il a droit, de la part de l’administration cocontractante, à une indemnité d’imprévision, fixée sous le contrôle du juge, et qui couvrira une partie du déficit qu’il a subi. L’état d’imprévision, toujours temporaire, prendra fin soit par le rétablissement de l’équilibre du contrat, soit sa résiliation (CE, C^{ie} des tramways de Cherbourg, 1932, p. 1 050).

La théorie de l’imprévision s’applique moins fréquemment aujourd’hui dans la mesure où de très nombreux contrats passés par l’administration contiennent des clauses de révision des prix ; mais la théorie s’appliquera encore lorsque ces clauses s’avéreront insuffisantes ou lorsqu’elles seront absentes.

Deux circulaires administratives traitent de l’imprévision :

- Circulaire du Premier ministre et du ministre de l’Économie et des finances du 20 novembre 1974 relative à l’indemnisation des titulaires de marchés publics en cas d’accroissement imprévisible de leurs charges économiques (JO du 30 novembre 1974),

- Circulaire du ministère de l'Équipement du 18 mai 2004 à Mesdames et Messieurs les préfets de régions et de départements : « Hausse de l'acier. ».

Peut-on faire jouer la théorie de l'imprévision lorsque le marché est conclu à prix révisable ?

OUI, mais uniquement dans le cas où, même après l'application de la révision, l'économie du contrat est toujours bouleversée.

La circulaire interministérielle du 20 novembre 1974, actualisée par la circulaire du 18 mai 2004, présente les conditions du déclenchement et de la mise en œuvre de la théorie de l'imprévision. Elle précise qu'il n'y a pas lieu de recourir à la théorie de l'imprévision si le marché comporte un mécanisme de rajustement des prix en fonction de la conjoncture économique. Tel est le cas lorsque le marché comporte une clause de révision. **Toutefois**, l'octroi d'une indemnité peut être admis dans la mesure où, même après l'application des clauses contractuelles de révision, l'économie du contrat apparaît bouleversée (§ 3.3 de la circulaire de 1974).

En ce qui concerne les marchés à prix révisables, lorsque la formule de révision n'a pas permis de mettre l'entrepreneur à l'abri des aléas économiques et n'a pas permis d'éviter un bouleversement de l'économie du contrat, **il convient de tenir compte de la différence entre l'évolution réelle des coûts et celle résultant de l'application de la formule de révision.**

Modalités pratiques de l'octroi d'une indemnité en cas d'imprévision

Le maître d'ouvrage public ne peut prendre en compte que les demandes formulées dans les conditions et les délais prévus par les cahiers des clauses administratives générales et/ou particulières. Il y a donc lieu de respecter le formalisme relatif à la réclamation inscrit dans ses documents, étant entendu toutefois que **la demande d'indemnité sera présentée obligatoirement au maître d'ouvrage, seul qualifié pour prendre une décision dans le cadre d'un règlement amiable.**

Trois éléments doivent être simultanément réunis pour que la théorie de l'imprévision puisse s'appliquer :

- **imprévisibilité de l'événement** : l'entrepreneur doit apporter les preuves des hausses enregistrées sur les aciers ;
- **caractère extérieur de l'événement** : cette condition est nécessairement remplie en l'espèce puisque la hausse du prix des aciers ne provient pas du titulaire du marché ;
- **charges supplémentaires non prévues lors de la conclusion du contrat** : l'entrepreneur doit apporter les justifications du préjudice subi en démontrant que les consommations réelles, les quantités de produits sidérurgiques mises en œuvre pour la durée totale du marché, ont entraîné un surcoût des charges d'environ 10 % du montant initial du marché.

C'est au titulaire du marché qu'il appartient de prouver que son contrat a été bouleversé et d'apporter les justifications de nature à établir le montant de la surcharge qu'il a supportée. Cela suppose que l'entrepreneur soit en mesure de

justifier, d'une part, son prix de revient et par conséquent sa marge bénéficiaire au moment où il a remis son offre ainsi que, d'autre part, ses débours au cours de l'exécution du marché.

En ce qui concerne les marchés à prix révisibles, lorsque la formule de révision n'a pas permis de mettre l'entrepreneur à l'abri des aléas économiques et n'a pas permis d'éviter un bouleversement de l'économie du contrat, **il convient de tenir compte de la différence entre l'évolution réelle des coûts et celle résultant de l'application de la formule de révision.**

L'indemnité est versée après exécution du marché puisque l'incidence de la hausse imprévisible (ex. : aciers, cuivre, zinc...) doit être évaluée par rapport aux résultats d'ensemble du contrat.

Toutefois, l'entrepreneur peut demander une provision sur indemnité. Cette provision, apurable en fin de marché, ne peut excéder 70 % des charges extracontractuelles d'ores et déjà supportées. L'entrepreneur aura soin de rappeler, dans sa demande de provision, que :

- le bouleversement de l'économie du contrat est d'une ampleur telle qu'il peut être considéré comme irréversible et que, dans ces conditions, une indemnité sera de toute évidence attribuée en fin d'exécution du marché ;
- la situation de l'entreprise le justifie.

L'octroi de cette provision est soumis à la conclusion d'un avenant qui fait référence au marché, indique le montant de la provision sur indemnité, reproduit les bases et les modalités du calcul qui a permis de l'établir, mentionne qu'elle a été accordée en application de la théorie de l'imprévision, et précise, en outre, que les sommes allouées ne constituent qu'une provision dont le titulaire reste débiteur jusqu'à la liquidation de l'indemnité d'imprévision qui sera définitivement fixée, elle aussi par avenant (voir ci-dessous).

La demande de l'entrepreneur d'une provision sur indemnité permet en outre de régler la difficulté relative au fait que les valeurs des index sont connues avec un décalage dans le temps puisque l'apuration des comptes se fera lors du paiement du solde du marché et ce dans les conditions de l'article 13.42 du CCAG Travaux, si celui-ci est contractuel.

L'octroi de **l'indemnité définitive** d'imprévision donne lieu à la conclusion **d'un avenant**. Ce document :

- fait référence au marché ;
- indique le montant de l'indemnité octroyée et, **le cas échéant, celui des provisions sur indemnités déjà allouées ;**
 - reproduit les bases et les modalités du calcul qui a permis de l'établir ;
 - précise qu'elle a été accordée en application de la théorie de l'imprévision ;
 - contient une clause par laquelle le titulaire renonce, pour ce marché, à toute demande ultérieure fondée sur cette théorie.

3. La théorie des sujétions imprévues

Il s'agit d'une théorie spécifique aux marchés de travaux publics, que l'on ne rencontre pas dans les autres contrats administratifs. Pour que la théorie des sujétions imprévues soit recevable, les conditions énumérées ci-dessous doivent être réunies.

Les sujétions techniques doivent :

- bouleverser l'économie du marché ;
- être imprévisibles lors de la conclusion du contrat ;
- être extérieures à la volonté des parties ;

C'est ce que rappelle le Conseil d'État dans un arrêt du 30 juillet 2003 (commune de Lens) : (...) *sauf en cas de sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, avenants et décisions de poursuivre ne peuvent bouleverser l'économie du marché ni en changer l'objet ; ne peuvent être regardées comme des sujétions techniques imprévues au sens de ces dispositions, que des difficultés rencontrées lors de l'exécution d'un marché, présentant un caractère exceptionnel, imprévisibles lors de la conclusion du contrat, et dont la cause est extérieure aux parties.*

Le champ d'élection favori de la théorie des sujétions imprévues concerne les risques du sol.

Elle s'applique lorsque des difficultés techniques imprévues présentant un caractère exceptionnel et imprévisible surviennent.

Elle ne s'applique pas pour des travaux supplémentaires mais pour des difficultés de réalisation de travaux prévus.

Il est nécessaire que le surcoût soit tel que l'ampleur des travaux n'ait pu être prévue par la commune intention des parties. Naturellement, le caractère imprévisible est apprécié plus sévèrement lorsque le marché est au forfait que lorsqu'il est à prix unitaire. Dans le cas du forfait, les sujétions imprévues doivent avoir bouleversé l'économie du contrat.

L'obligation d'information par le maître d'ouvrage joue un rôle important dans l'application de cette théorie puisqu'elle détermine la prévisibilité des sujétions.

Ainsi, n'a pas droit à l'indemnité une entreprise qui avait été exactement informée avant la signature du marché de la nature des terrains et qui, ayant reçu certaines indications, n'a pas pris ses dispositions pour les compléter.

À l'inverse, est condamnée l'administration qui avait omis de fournir une étude géologique dont elle disposait, ou celle qui n'avait pas permis à son cocontractant de procéder aux études nécessaires et ne lui avait donné aucune information.

La jurisprudence récente paraît plus favorable aux entrepreneurs en exigeant que l'entrepreneur ait réellement eu la possibilité d'étudier les difficultés du terrain et ne se contente plus, pour écarter la théorie des sujétions imprévues, des clauses de style des contrats.

Les clauses stipulant que le prix s'appliquera quelle que soit la nature du terrain ne font pas obstacle à l'application de la théorie des sujétions imprévues.

La théorie des sujétions imprévues est d'ailleurs contractualisée par l'article 10.1 du CCAG Travaux qui stipule que les prix *sont réputés tenir compte de toutes les sujétions d'exécution des travaux qui sont normalement prévisibles dans les conditions de temps et de lieu où s'exécutent ces travaux.*

Cette théorie permet une indemnisation intégrale du surcoût.

2. Les principaux contrats administratifs

À côté du marché et de la délégation de service public, le droit français s'est doté ces dernières années de plusieurs outils : le BEA, le BEH, l'AOT, la LOA et le contrat de partenariat.

2.1. Le marché

Un marché public est un contrat qui doit répondre aux besoins de l'administration en matière de fournitures, services et travaux.

Par opposition à d'autres contrats comme la délégation de service public, la concession et l'affermage, le marché se distingue par le fait que le cocontractant est rémunéré par un prix payé par le maître d'ouvrage et une faible prise de risque par l'entrepreneur.

L'objet du marché est un élément fondamental qui doit être précisément défini en vue de répondre à un besoin de la personne publique.

La notion de marché est développée dans la 3^e partie du présent ouvrage.

2.2. Les contrats globaux spéciaux

Les contrats globaux spéciaux ne peuvent être utilisés que pour les services de l'État et les établissements publics de santé ou les structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale publique.

Ils permettent (à l'État ou aux établissements publics de santé et aux structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale publique) de confier à un même prestataire une mission globale qui va de la construction à l'entretien et à la maintenance des ouvrages construits.

Ces contrats ne peuvent être qualifiés de « marché public » au sens du droit français car ils permettent un paiement différé et globalisé de l'ensemble des prestations par le pouvoir adjudicateur.

Toutefois, dans la mesure où ces contrats ont pour objet un marché qui entre dans la définition des marchés publics au sens du droit communautaire, ils ont

été volontairement assujettis aux règles prévues par le Code des marchés publics.

Les contrats globaux spéciaux concernent les domaines suivants :

- les immeubles affectés à la **police nationale**, à la **gendarmerie nationale**, aux **armées** ou aux services du ministère de la Défense ;
- les infrastructures nécessaires à la mise en place de systèmes de communication et d'information répondant aux besoins des services du **ministère de l'Intérieur** ;
- les immeubles affectés à la brigade des **sapeurs-pompiers de Paris** ;
- les immeubles affectés par l'État à la formation des personnels qui concourent aux missions de défense et de sécurité civiles (cf. art. 3 modifié de la loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure : LOPSI) ;
- les **établissements pénitentiaires** (cf. art. 3 de la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice : LOPJ) ;
- les **centres de rétention et les zones d'attente** (cf. art. 52 de la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 modifiant l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France) ;
- les bâtiments ou équipements affectés à l'exercice des missions de **l'établissement public de santé** ou la structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique (art. L 6148-7 du Code de la santé publique).

2.3. La délégation de service public

La loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 dite loi MURCEF introduit dans la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 dite loi Sapin une définition de la délégation de service public : *un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée au résultat de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service.*

Les délégations de service public permettent de confier à un tiers, sous le contrôle de l'administration, la gestion et l'exploitation d'un service public. Il s'agit d'un service assuré par l'entreprise, en général avec ses propres moyens, et qui produit une activité économique (distribution de l'eau, concession de plage, autoroute...) dont la rémunération est directement assurée par l'exploitation.

Les conventions de délégation de service public sont, à l'instar des marchés publics, des contrats dont les termes évoluent peu, même si leur durée est longue.

En revanche, à la différence des marchés publics, l'entreprise se voit transférer le risque lié à la consommation du service par les usagers, même si l'intensité de ce risque varie en réalité selon la nature du service fourni.

La différence fondamentale entre un marché public et une délégation de service public résulte du mode de rémunération retenu. Pour un marché public, le paiement est intégral, immédiat et effectué par l'acheteur public. Pour une délégation de service public, la rémunération est tirée principalement de l'exploitation du service.

2.4. Bail emphytéotique administratif (BEA) (L 1311-2 et suiv. du CGCT)

2.4.1. Champ d'application

L'article L 2122-20 du Code général de la propriété des personnes publiques précise que *les collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements publics peuvent* :

- **soit** conclure sur leur domaine public un BEA dans les conditions déterminées par les articles **L 1311-2** à L 1311-4-1 du Code général des collectivités territoriales (CGCT),
- **soit** délivrer des autorisations d'occupation constitutives de droit réel (AOT) dans les conditions déterminées par les articles **L 1311-5** à L 1311-8 du Code général des collectivités territoriales (CGCT) [cf. 2.9. du présent chapitre]

En droit privé, le bail emphytéotique est régi par les articles L 251-1 à 9 et R 251-1 à 3 du Code de la construction et de l'habitation.

Il est régi en droit administratif par les articles L 1311-2 et suivants du Code général des collectivités territoriales (CGCT).

Le BEA, ou bail emphytéotique administratif, est un bail domanial de longue durée comportant un droit réel associé à une convention non détachable de prestation de service. Il a été institué pour les collectivités territoriales par l'article 13 de la loi du 5 janvier 1988 intégré dans les articles 1311-2 et suivants du CGCT et étendu **aux commissariats et gendarmeries nationales, aux prisons et aux établissements de santé** (BEA Police/Justice) par les lois LOPSI (sécurité intérieure) du 29 août 2002 et LOJ (justice) du 9 septembre 2002 ainsi que par l'ordonnance « hôpitaux » du 4 septembre 2003 (modifiée par l'article 153 de la loi du 9 août 2004 et l'ordonnance 2004-559 du 17 juin 2004).

Les articles L 1311-2 et suivants du Code général des collectivités territoriales autorisent les collectivités territoriales et leurs établissements publics à consentir au profit d'une personne privée, sur leurs biens relevant du domaine public, des baux emphytéotiques, prévus à l'article L 451-1 du Code rural, pour une durée minimum de 18 ans et maximum de 99 ans.

À noter : l'État ne rentre pas dans les dispositions de la loi du 5 janvier 1988. Les services de l'État peuvent toutefois recourir à la possibilité ouverte par la loi n° 94-631 du 25 juillet 1994 : l'autorisation d'occupation temporaire (ancien article C. dom. État, art. L 34-1 et suivants, nouveaux articles L 2122-6 et L 2122-9 du CG3P – Code général de la propriété des personnes publiques).

Le bail emphytéotique administratif doit satisfaire aux conditions suivantes (CGCT, art. L 1311-3) :

- le bail emphytéotique ne peut être cédé qu'avec l'accord de la commune et pour permettre la réalisation de la mission de service public prévue ;
- le bien ne peut être hypothéqué que pour garantir les emprunts consentis au preneur pour financer les opérations d'intérêt général. La constitution de l'hypothèque doit, à peine de nullité, être obligatoirement approuvée par la collectivité locale ;
- les mesures d'exécution sur le bien public ne peuvent être engagées que par les créanciers hypothécaires.

2.4.2. Objet du bail

Le bail emphytéotique administratif est réservé aux seules collectivités territoriales et aux établissements publics de santé.

1. Pour les collectivités territoriales

L'article L 1311-2 du Code général des collectivités territoriales définit le bail emphytéotique administratif comme permettant à une collectivité territoriale propriétaire d'un bien immobilier de **le louer à un tiers qui pourra construire un ouvrage sur le domaine public et ensuite le louer à la collectivité propriétaire du terrain.**

Cet instrument juridique peut être utilisé par une collectivité, soit :

- en vue de la réalisation d'une **opération d'intérêt général** relevant de sa compétence ;
- en vue de l'accomplissement, pour son propre compte, d'une **mission de service public** ;
- **jusqu'au 31 décembre 2007**, en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général liée aux besoins de la **justice**, de la **police** ou de la gendarmerie nationale, ou d'un **établissement public de santé**, ou encore d'une structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique (cf. art. L 6148-3 du Code de la santé publique) ;
- soit, jusqu'au 31 décembre 2010, en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général liée aux besoins d'un **service départemental d'incendie et de secours**.

Cette restriction contenue dans le Code limite le champ de tels baux à la réalisation des équipements entrant dans le champ d'action de la collectivité.

2. Pour les établissements de santé

L'article L 6148-2 du Code de la santé publique précise, quant à lui, que le bail emphytéotique administratif permet à un établissement public de santé ou à une structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique, propriétaire d'un bien immobilier, de le louer, soit :

- en vue de l'accomplissement, pour le compte de l'établissement ou de la structure, **d'une mission concourant à l'exercice du service public** dont ils sont chargés ;
- en vue de la réalisation **d'une opération d'intérêt général** relevant de leur compétence ;
- en vue de la réalisation d'une opération répondant aux **besoins d'un autre établissement public de santé** avec lequel ils conduisent une action de coopération.

2.4.3. Intérêt du bail emphytéotique

L'objet de ces dispositions est inspiré par le souci de permettre aux collectivités territoriales de valoriser leur domaine, notamment, en attirant des capitaux privés. Le bail emphytéotique **permet donc à une personne privée de financer des équipements publics sur des terrains publics.**

Le Conseil d'État a eu à se prononcer sur le champ d'application du bail emphytéotique dans une espèce où la ville de Lille avait consenti à une société civile immobilière un bail emphytéotique mettant, pendant 65 ans, des terrains à la disposition de cette société, à charge pour cette société d'y réaliser un bâtiment destiné, pour partie à la création de bureaux conçus pour les services de la commune, pour partie à la création de bureaux privés. La société s'engageait pour la durée du bail à donner en location à la ville, contre versement d'un loyer, les bureaux destinés à satisfaire ses besoins. Au terme de la période du bail l'ensemble du bâtiment devait devenir la propriété de la ville.

Le Conseil d'État a estimé que ce dispositif entraînait dans les prévisions de la loi de 1988 en précisant notamment « *que ces dispositions, qui étendent aux opérations qu'elles visent la possibilité pour une collectivité de consentir un bail emphytéotique sur les biens appartenant à son domaine privé ou public, n'excluent pas qu'un tel bail soit utilisé en vue de la réalisation d'un ouvrage mis à la disposition de la collectivité elle-même* » (arrêt du Conseil d'État du 25 février 1994, affaire SOFAP Marignan Immobilier, AJDA 20 juillet – 20 août 1994, p. 550, note PERINET-MARQUET).

2.4.4. Mode de consultation

Un bail emphytéotique ne constitue pas, par lui-même, un marché de travaux publics puisque les travaux ne sont pas effectués pour le compte de la personne publique. **Le Code des marchés publics ne s'applique pas.** Les règles sont différentes selon que l'on se situe dans le Code général des collectivités territoriales ou dans le Code de la santé publique.

2.4.5. Extension du bail emphytéotique par la loi LOPSI... jusqu'au 31 décembre 2007 (L 1311-2 du CGCT)

Le premier alinéa de l'article L 1311-2 du CGCT a été complété par l'article 3-III-1°) de la loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure

n° 2002-1094 du 29 août 2002, dite LOPSI, pour permettre à une **collectivité territoriale** de faire un bail emphytéotique (prévu à l'article L 451-1 du Code rural) **sur un bien immobilier lui appartenant** en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général liée aux besoins de la **justice** (prisons), de la **police** ou de la **gendarmerie nationales** (commissariats et gendarmeries) et ce... jusqu'au 31 décembre 2007.

Cette disposition :

- est donc temporaire ;
- est d'application immédiate puisqu'elle ne prévoit aucun décret d'application ;
- ne concerne que les collectivités territoriales et non pas l'État ;
- couvre également le champ d'application de la loi LOPJ (loi d'orientation et de programmation pour la Justice du 9 septembre 2002) puisqu'elle vise les opérations liées aux besoins de la justice ;
- ne fixe aucune règle particulière de mise en concurrence. Il faut toutefois veiller à avoir « un degré de publicité adéquat » (cf. arrêt CJCE Telaustria du 7 décembre 2000).

Il s'agit donc, pour une collectivité territoriale, sur un bien immobilier lui appartenant, de faire un bail emphytéotique (de longue durée) en vue de faire construire par une entité privée, pour le compte de la collectivité territoriale, jusqu'au 31 décembre 2007, par exemple une prison, un commissariat ou une gendarmerie.

2.5. Le bail emphytéotique des hôpitaux (BEH)

L'article 21 de l'ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003 portant simplification de l'organisation et du fonctionnement du système de santé, dite ordonnance « Hôpitaux », modifiée par l'ordonnance 2004-559 du 17 juin 2004 (CP) et la loi n° 2004-806 du 9 août 2004, prévoit deux cas de recours au bail emphytéotique au profit d'un établissement de santé (EPS) ou d'une structure sanitaire dotée de la personnalité morale publique.

2.5.1. Le BEA hôpitaux (extension du dispositif prévu par la loi LOPSI jusqu'au 31 décembre 2007) (L 1311-2 du CGCT) : sur un bien immobilier appartenant à une collectivité territoriale

L'ordonnance « Hôpitaux » est venue également compléter l'article L 1311-2 du CGCT pour **permettre à une collectivité territoriale** de faire un bail emphytéotique (prévu à l'article L 451-1 du Code rural) sur un bien immobilier lui appartenant **en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général liée aux besoins d'un établissement public de santé** (EPS) ou d'une structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique, et ce, **jusqu'au 31 décembre 2007**.

a. Comme pour le BEA lié aux besoins de la justice, de la police nationale ou de la gendarmerie nationale, là encore, il s'agit d'une disposition :

- temporaire : jusqu'au 31 décembre 2007 ;
- d'application immédiate puisque aucun décret d'application n'est prévu ;
- qui ne concerne pas l'État mais les collectivités territoriales, sur un bien immobilier leur appartenant ;
- qui permet la signature d'un bail emphytéotique en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général, cette fois liée aux besoins d'un EPS : il s'agira essentiellement de constructions à réaliser pour des hôpitaux.

b. Mais il faut de plus :

- respecter le schéma régional d'organisation sanitaire (SROS) [L 6148-4] ;
- respecter les règles de passation du bail définies à l'article L 6148-5 et 6148-5-1 à 6148-5-3 du Code de la santé publique ;
- accompagner le bail emphytéotique d'une **convention non détachable** liant le titulaire du bail, propriétaire des équipements, et l'établissement public de santé (L 6148-3 du Code de santé publique).

La convention

L'article L 6148-3 prévoit la signature d'une convention non détachable lorsque le bail est signé par une collectivité territoriale : *Cette convention fixe les engagements respectifs du propriétaire et de l'établissement public de santé (ou de la structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique) et, notamment, la durée et les modalités de la location et les conditions dans lesquelles le loyer est révisé, les obligations respectives des parties en matière d'entretien et d'adaptations éventuelles des locaux au respect des conditions techniques de fonctionnement des établissements de santé ainsi que le régime de responsabilité des parties.*

Cette convention non détachable classique entre l'emphytéote, titulaire du bail, et la structure médicale publique aboutit de facto à un accord tripartite entre la collectivité territoriale, le titulaire du bail et l'EPS. Ceci permet de subroger l'EPS à la collectivité locale dans la procédure de BEA.

Naturellement, il faut qu'un **programme fonctionnel** des besoins que le preneur doit s'engager à satisfaire ait été défini, préalablement à la conclusion du bail emphytéotique, par la collectivité territoriale et l'établissement public de santé (ou la structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique) [L 6148-3].

2.5.2. Le BEA Hôpitaux sur un bien immobilier appartenant à un établissement public de santé (L 6148-2 du Code de la santé publique)

Aucune limitation dans le temps : le BEA sur un bien appartenant à un EPS peut être pratiqué au-delà du 31 décembre 2007.

a. Pour le compte de l'EPS ou de la structure

Un bien immobilier appartenant à un établissement public de santé (ou à une structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique) peut

faire l'objet d'un bail emphytéotique (prévu à l'article L 451-1 du Code rural) en vue de l'accomplissement, pour le compte de l'établissement ou de la structure, d'une mission concourant à l'exercice du service public dont l'établissement (ou la structure) sont chargés ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de leur compétence.

b. Pour les besoins d'un autre EPS

Un bien immobilier appartenant à un établissement public de santé (ou une structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique) peut également faire l'objet d'un **bail emphytéotique en vue de la réalisation d'une opération répondant aux besoins d'un autre établissement de santé** avec lequel ils conduisent une action de coopération.

c. Clauses communes (L 6148-2 du CGCT)

Un programme fonctionnel. Préalablement à la conclusion d'un de ces deux baux, l'établissement public de santé (ou la structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique) définit dans un **programme fonctionnel** les besoins que le preneur à bail doit s'engager à satisfaire.

Comme pour les BEA des collectivités, ces baux satisfont aux **conditions particulières** énumérées à l'article L 1311-3 du CGCT et notamment :

- le bail emphytéotique ne peut être cédé qu'avec l'accord de la commune et pour permettre la réalisation de la mission de service public prévue ;
- le bien ne peut être hypothéqué que pour garantir les emprunts consentis au preneur pour financer les opérations d'intérêt général. La constitution de l'hypothèque doit, à peine de nullité, être obligatoirement approuvée par la collectivité locale ;
- les mesures d'exécution sur le bien public ne peuvent être engagées que par les créanciers hypothécaires.

Option d'achat. Ces baux peuvent également comporter une clause permettant à l'EPS (ou à la structure) d'**acquérir, avant le terme fixé par le bail, les installations rénovées ou édifiées par le titulaire.**

Crédit-bail. Enfin, le financement des constructions peut donner lieu à la **conclusion de contrats de crédit-bail**. Dans ce cas, le contrat comporte des clauses permettant de préserver les exigences du service public.

2.5.3. La procédure de passation des BEA Hôpitaux

Les opérations mentionnées aux articles L 1311-2 du CGCT [1] ci-dessus] et L 6148-2 du Code de la santé publique [2] ci-dessus] sont soumises à des règles de passation fixées à l'article L 6148-5 et 6148-5-1 à 6148-5-3 du Code de la santé publique.

Ces règles sont proches des articles 3, 4, 6, 7 et 9 de l'ordonnance du 17 juin 2004 relative au contrat de partenariat.

2.6. Le contrat de partenariat

2.6.1. Généralités

Le contrat de partenariat est régi par l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 et ses décrets d'application.

Il concerne aussi bien l'État que les collectivités territoriales.

Ce n'est ni un marché ni une délégation de service public.

Il s'agit d'un contrat administratif global comprenant les prestations de financement, construction et maintenance dans lequel la maîtrise d'ouvrage est transférée à un cocontractant privé et organisant un partage des risques.

L'ordonnance du 17 juin 2004 est complétée par :

- le décret n° 2004-1119 du 19 octobre 2004 portant création de la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat,
- le décret n° 2004-1551 du 30 décembre 2004 instituant un organisme expert chargé de l'évaluation des partenariats de l'État au sein du ministère de la Défense,
- **le décret n° 2004-1145 du 27 octobre 2004** pris en application des articles 3, 4, 7 et 13 de l'ordonnance et L 1414-3 et L 1414-10 du CGCT (**modifié** par le décret n° 2005-953 du 9 août 2005),
- et le décret n° 2005-1737 du 30 décembre 2005 modifiant le seuil pour l'AAPC (de 150 000 à 135 000 € pour l'État et de 230 000 à 210 000 € pour les collectivités territoriales).

À la différence des marchés publics, ces contrats peuvent s'étendre sur le long terme, comprendre une prestation globale allant de la conception d'un bâtiment et de sa construction jusqu'à sa maintenance, et englober le montage juridique et financier des opérations.

À la différence des délégations de service public, l'exploitation de l'ouvrage ou du service n'est pas le principal critère de rémunération du partenaire privé de l'administration. Elle pourra comprendre des éléments annexes. Elle reposera toujours sur des critères de performance.

Le texte de l'ordonnance est décomposé en trois titres :

- **le titre I** (art. 1 à 13) concerne les contrats de partenariat de l'État ;
- **le titre II** (art. 14 à 18 modifiant les articles L 1414-1 à 16 du Code général des collectivités territoriales) concerne les contrats de partenariat **des collectivités territoriales** et de leurs établissements publics ;
- **le titre III** (art. 19 à 29) concerne des **dispositions diverses**.

Les dispositions relatives aux collectivités territoriales sont identiques à celles de l'État (sauf en ce qui concerne le recours obligatoire à un organisme expert pour la réalisation de l'évaluation) ; s'y ajoutent simplement des règles particulières de prise de décision au sein des collectivités territoriales et des règles prudentielles spécifiques.

2.6.2. Un contrat administratif global

Le contrat de partenariat est un contrat administratif global comprenant obligatoirement trois ensembles de prestations (art. 1^{er} ou L 1414-1 du CGCT) :

- le financement d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public,
- la construction ou transformation d'ouvrages ou d'équipements,
- leur entretien, leur maintenance, leur exploitation ou leur gestion et, le cas échéant, d'autres prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée.

2.6.3. Une maîtrise d'ouvrage privée

Le cocontractant de la personne publique assure la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser (art. 1^{er} ou L 1414-1 du CGCT) et peut se voir confier tout ou partie de la conception des ouvrages (art. 12 ou L 1414-13 du CGCT) :

- ce cocontractant passera donc des marchés privés de travaux qui ne sont pas des contrats de sous-traitance de travaux ;
- la personne publique peut donc exercer elle-même ou faire effectuer une partie de la conception avant la passation du contrat de partenariat.

La **rémunération** du cocontractant fait l'objet d'un paiement **par la personne publique étalé pendant toute la durée du contrat** et peut être liée à des objectifs de performance (art. 1^{er} ou L 1414-1 du CGCT).

2.6.4. Complexité ou urgence

Le champ d'application de ces contrats est limité, conformément aux exigences du Conseil constitutionnel (art. 2 ou L 1414-2 du CGCT), soit :

- au cas où, compte tenu de la **complexité** du projet, la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique,
- à l'hypothèse de l'**urgence**.

Ces exigences sont retracées dans **une évaluation préalable** qui expose également, avec précision, les motifs de caractère économique, financier, juridique et administratif, qui ont conduit la personne publique à emprunter cette nouvelle voie contractuelle (art. 2 ou L 1414-2 du CGCT).

Des **organismes experts** peuvent apporter leur concours à l'évaluation préalable (art. 2). Ce concours est impératif pour les contrats de partenariat passés par l'État.

2.6.5. Passation des contrats de partenariat

La passation d'un contrat de partenariat est soumise aux **principes** de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats et d'objectivité des procédures. Elle est précédée d'une **publicité** (art. 3 ou L 1414-3 du CGCT).

En cas de complexité du projet, la procédure de passation des contrats de partenariat s'inspire très étroitement de la procédure de **dialogue compétitif** organisée par les directives communautaires sur les marchés publics. Dans les cas d'urgence, une procédure d'**appel d'offres restreint** s'appliquera. Cette procédure d'appel d'offres est décrite pour les contrats des collectivités territoriales, elle fera l'objet d'un décret pour les contrats de l'État (art. 5 ou L 1414-5 du CGCT et art. 7 ou L 1414-7 et L 1414-8 du CGCT).

Le contrat est attribué au candidat qui a présenté l'**offre économiquement la plus avantageuse** (art. 8 ou L 1414-9 du CGCT).

Les critères d'attribution sont **pondérés**. Parmi les critères figurent **nécessairement** le coût global de l'offre, des objectifs de performance et **la part d'exécution du contrat que le candidat s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises et à des artisans**. D'autres critères, en rapport avec l'objet du contrat, peuvent être retenus, notamment la valeur technique et le caractère innovant de l'offre, le délai de réalisation des ouvrages ou équipements, leur qualité esthétique ou fonctionnelle (art. 8 ou L 1414-9 du CGCT).

Une entreprise ou un groupement d'entreprises peuvent saisir la personne publique d'un projet. L'auteur du projet est admis à participer à la consultation (art. 10 ou L 1414-11 du CGCT).

2.6.5. **Clauses obligatoires**

Les clauses qui doivent nécessairement figurer dans un contrat de partenariat sont énumérées à l'article 11 ou à l'article L 1414-12 du CGCT de l'ordonnance :

- la durée,
- le partage des risques,
- les objectifs de performance,
- la rémunération du cocontractant,
- le respect de l'affectation des ouvrages et équipements au service public,
- le contrôle des conditions dans lesquelles le titulaire du contrat respecte son engagement d'attribuer une partie du contrat à des petites et moyennes entreprises et à des artisans,
- l'obligation du titulaire du contrat de partenariat de constituer une caution garantissant aux sous-traitants le paiement au fur et à mesure de la réalisation des travaux, dans un délai maximum de quarante-cinq jours à compter de la réception de ceux-ci. (La rédaction de cet article devra être précisée : comment en effet une caution pourrait-elle garantir le paiement des travaux « au fur et à mesure de la réalisation », et dans un délai de quarante-cinq jours « à compter de leur réception » ? Pour être efficace une garantie de paiement doit être délivrée par le donneur d'ordres avant l'exécution des prestations, voire dès la conclusion du contrat),
- les sanctions et pénalités,
- les conditions de résiliation unilatérale du contrat par la personne publique,

- les conditions de cession partielle ou totale du contrat,
- la défaillance,
- la fin anticipée du contrat,
- la prévention et le règlement des litiges.

Le rôle des concepteurs de l'ouvrage est précisé (art. 12 ou L 1414-13 du CGCT).

Le titulaire du contrat a, sauf clause contraire du contrat, **les prérogatives et obligations du propriétaire sur les ouvrages** et équipements qu'il réalise. De plus, l'ordonnance permet dans le cadre du contrat de partenariat le recours aux contrats domaniaux [location avec option d'achat (LOA), autorisation d'occupation temporaire du domaine de l'État (AOT), bail emphytéotique administratif (BEA)] utilisés par la loi LOPSI (prisons, gendarmeries, commissariats...) (art. 13 ou L 1414-16 du CGCT).

La collectivité territoriale ou l'établissement public qui a passé un contrat de partenariat **bénéficie du fonds de compensation pour la TVA** sur la part de rémunération versée à son cocontractant correspondant à l'investissement réalisé par celui-ci pour les besoins d'une activité non soumise à la TVA (art. 18).

La passation d'un contrat de partenariat peut faire l'objet d'**un référé précontractuel** (art. 27).

En cas de cession d'une créance détenue sur une personne publique par le titulaire d'un contrat de partenariat, ce contrat peut prévoir qu'**une partie de la créance cédée** représentant une fraction du coût des investissements **soit définitivement acquise au cessionnaire** sans pouvoir être affectée par aucune compensation, après constatation par la personne publique contractante que les investissements ont été réalisés (art. 28).

2.7. L'Autorisation d'occupation temporaire (AOT de l'État – art. L 2122-6 CG3P)

L'AOT est une autorisation temporaire d'occupation du domaine public comportant dans certains cas un droit réel permettant de financer un équipement public avec une convention de gestion. Elle a été instituée par la loi du 25 juillet 1994 pour les marchés de l'État et a été étendue en 2002 par les lois LOPSI et LOPJ aux commissariats et gendarmeries nationales, puis en 2004 aux contrats de partenariat.

La LOA est une location d'un équipement « public » avec option d'achat. Elle est souvent utilisée en complément de l'AOT pour les marchés de l'État. Elle se rencontre tout particulièrement, au profit de l'État, lors de la construction de bâtiments pour les besoins de la justice, de la police nationale ou de la gendarmerie nationale (lois LOPSI et LOPJ et décret n° 2004-18 du 6 février 2004 modifié par le décret n° 2004-732 du 26 juillet 2006).

La loi n° 94-631 du 25 juillet 1994 permet les mêmes types de montages que ceux des collectivités territoriales sur le domaine public artificiel de l'État en offrant un cadre juridique de meilleure qualité que le court article 13 de la loi n° 88-13 du 5 janvier 1988. Complétant le Code du domaine de l'État et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public, elle a poursuivi et étendu pour le compte de l'État l'évolution entamée dans les collectivités locales en 1988.

Ce mécanisme est dorénavant codifié dans le Code général de la propriété des personnes publiques (L 2122-6 et L 2122-9 du CG3P).

Les articles L2122-6 et L 2122-9 du Code de la propriété des personnes publiques définissent l'autorisation d'occupation temporaire du domaine public comme un instrument juridique qui permet à l'État d'accorder à un tiers un droit réel sur son domaine afin que ce dernier construise un ouvrage qu'il exploite ou qu'il loue à l'État.

À l'issue du titre d'occupation, les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier existant sur la dépendance domaniale occupée doivent être démolis, soit par le titulaire de l'autorisation, soit à ses frais, à moins que leur maintien en l'état n'ait été prévu expressément par le titre d'occupation ou que l'autorité compétente ne renonce en tout ou partie à leur démolition.

Les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier dont le maintien à l'issue du titre d'occupation a été accepté deviennent de plein droit et gratuitement la propriété de l'État.

Le cocontractant de la personne publique assure la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser.

Le droit conféré par l'AOT est un droit réel

Le titulaire d'une **autorisation d'occupation temporaire** (AOT) du domaine public de l'État détient un droit réel sur les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier qu'il réalise pour l'exercice d'une activité autorisée par son titre d'occupation. Il exerce les prérogatives et obligations du propriétaire pendant la durée de l'occupation fixée par le titre (qui ne peut excéder 70 ans).

Nature des contrats portant occupation du domaine public

Les contrats portant occupation du domaine public **sont administratifs par détermination de la loi** (décret-loi du 17 juin 1938). L'État possède donc un pouvoir de résiliation unilatéral. Si la résiliation intervient en l'absence de toute faute du preneur pour des motifs d'intérêt général, le préjudice direct matériel et certain de celui-ci sera indemnisé.

Ni un marché public, ni une délégation de service public

Les contrats portant occupation du domaine public ne sont pas des marchés publics : le Code des marchés publics ne s'applique pas. Ils ne sont pas non plus des délégations de service public. Toutefois il y a souvent une incertitude quant à l'application ou non de la loi MOP à ce dispositif.

Possibilité de recourir au crédit-bail

Le titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public de l'État peut détenir, sauf prescription contraire, un droit réel. Pendant la durée de validité de son titre l'occupant peut exercer les prérogatives du propriétaire (céder, transmettre sous certaines conditions, hypothéquer...). Le recours au crédit-bail est également possible dans les conditions fixées par le CG3P : *la réalisation des ouvrages, constructions et installations, à l'exclusion de ceux affectés à un service public et aménagés à cet effet ou affectés directement à l'usage du public ainsi que des travaux exécutés pour une personne publique dans un but d'intérêt général, peut donner lieu à la conclusion de contrats de crédit-bail par le titulaire du droit d'occupation.*

Intérêt du crédit-bail

Il permet au preneur le **financement d'un bien sans faire apparaître d'endettement** et il offre au **bailleur** une sécurité évidente, puisque celui-ci **est propriétaire du bien pendant la durée du bail** jusqu'à la levée de l'option d'achat. C'est en raison de ce transfert de propriété que ce procédé de financement était interdit avant la loi de 1994.

Démolition des ouvrages à l'issue du titre d'occupation

Les ouvrages construits dans le cadre d'une autorisation d'occupation temporaire sont en principe démolis à l'issue du titre d'occupation sauf si celui-ci en a disposé autrement ou si l'autorité compétente y renonce.

Si les ouvrages, constructions et installations sont conservés par l'État, ils sont réputés libres de tous privilèges et hypothèques.

Deux cas de retrait de l'autorisation

Le retrait pour inexécution des clauses : deux mois au moins avant la notification d'un retrait pour inexécution des clauses et conditions de l'autorisation, les créanciers régulièrement inscrits sont informés des intentions de l'autorité compétente à toutes fins utiles, et notamment pour être mis en mesure de proposer la substitution d'un tiers au permissionnaire défaillant.

Le cas de retrait de l'autorisation avant le terme prévu pour un motif autre que l'inexécution des clauses et conditions de l'autorisation : le titulaire est indemnisé du préjudice direct, matériel et certain né de l'éviction anticipée. Les règles de détermination de l'indemnité peuvent être précisées dans le titre d'occupation. Les droits des créanciers régulièrement inscrits à la date du retrait anticipé sont reportés sur cette indemnité.

2.8. L'AOT avec option d'achat (LOA) : État pour la justice, la police, la gendarmerie et les armées (art. L 2122-15 du CG3P)

2.8.1. Dispositions générales

La loi d'orientation pour la sécurité intérieure (LOPSI) du 29 août 2002, codifiée à l'article L 2122-15 du Code de la propriété des personnes publiques (LOA/AOT) décrit un instrument juridique qui permet à l'État de conclure avec le titulaire d'une autorisation temporaire d'occupation du domaine public un bail portant sur des bâtiments à construire par le cocontractant et comportant une option permettant à l'État d'acquérir, à terme, les ouvrages édifiés.

Ce dispositif est prévu pour les besoins de la justice, de la police nationale, de la gendarmerie nationale, des armées ou des services du ministère de la Défense. Le cocontractant de la personne publique assure la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser

Issu des lois LOPSI et Défense n° 2002-1094 du 29 août 2002 (art. 3) et n° 2003-73 du 27 janvier 2003 (art. 7), qui ont créé un article 34-3-1 au Code du domaine de l'État (maintenant codifié dans le Code général de la propriété des personnes publiques : L 2122-15 du CG3P), le dispositif est détaillé par le décret du 6 janvier 2004 pris en application de l'article 34-3-1 et modifié par le décret n° 2004-732 du 26 juillet 2004.

L'article L 2122-15 du Code général de la propriété des personnes publiques (CG3P) est ainsi rédigé : *L'État et le titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public peuvent conclure un bail portant sur des bâtiments à construire par le titulaire pour les besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationales et comportant, au profit de l'État, une option lui permettant d'acquérir, avant le terme fixé par l'autorisation d'occupation, les installations ainsi édifiées. Dans ce cas, le bail comporte des clauses permettant de préserver les exigences du service public. Un décret en Conseil d'État fixe les modalités d'application de cet article et précise les conditions de passation du bail ainsi que les conditions suivant lesquelles l'amortissement financier peut être pris en compte dans la détermination du montant du loyer.*

Le financement de ces constructions peut donner lieu à la conclusion de contrats de crédit-bail. Dans ce cas le contrat comporte des clauses permettant de préserver les exigences du service public.

Le décret du 6 janvier 2004 modifié prévoit que *l'autorité administrative compétente agissant au nom de l'État peut conclure avec le titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public une convention de bail portant sur des bâtiments et installations à construire par le bailleur pour les besoins de la justice, de la police nationale, de la gendarmerie nationale, des armées ou des services du ministère de la Défense. La convention de bail comporte, au profit de l'État, une option lui permettant d'acquérir, avant le terme qu'elle fixe, les ouvrages ainsi édifiés. La convention peut également mettre à la charge du bailleur l'entretien et la maintenance des bâtiments et installations.*

La convention de bail n'est pas soumise au Code des marchés publics

La convention de bail n'est pas soumise au Code des marchés publics à l'exception de ses articles 39, 40 (organisation de la publicité), 43 à 46 (situation fiscale et sociale et présentation des candidatures), 50 à 53 (variantes, groupement et offre économiquement la plus avantageuse), 55 (offres anormalement basses), 62 (lettre de consultation) et 76 à 78 (information des candidats évincés).

Publicité et mise en concurrence. La conclusion de la convention de bail est précédée d'une procédure de publicité et de mise en concurrence.

À l'issue de cette procédure et préalablement à la signature de la convention de bail, l'autorité administrative avise les candidats non retenus du rejet de leur offre. Un délai d'au moins dix jours doit être respecté entre la date où est adressée cette information et la conclusion de la convention. Le candidat retenu se voit délivrer une autorisation d'occupation temporaire du domaine public constitutive de droits réels dans des conditions définies aux articles R 57-3 et R 57-7 du Code du domaine de l'État.

La consultation du service des domaines s'effectue avant la signature de la convention de bail dans les conditions prévues par le décret du 14 mars 1986 susvisé.

Le loyer est fixé en fonction du montant de l'investissement consenti par le bailleur et du mode de financement de l'opération et comprend une part correspondant à l'amortissement du capital investi. Il tient également compte, le cas échéant, des prestations de services d'entretien et de maintenance des bâtiments et installations qui devront être assurées par le bailleur.

Une tranche ferme et une ou plusieurs tranches conditionnelles. La convention de bail peut être conclue sous forme d'un contrat comportant une tranche ferme et une ou plusieurs tranches conditionnelles. Le contrat définit la consistance, le loyer et les modalités d'exécution des prestations de chaque tranche. Les prestations de la tranche ferme doivent constituer un ensemble cohérent. Il en est de même des prestations de chaque tranche conditionnelle, compte tenu des prestations de toutes les tranches antérieures. L'exécution de chaque tranche conditionnelle est subordonnée à une décision de l'autorité administrative notifiée au titulaire dans les conditions fixées au contrat. L'État ne peut renoncer à une tranche conditionnelle que pour des motifs impérieux d'ordre économique, technique ou financier. Lorsque l'État renonce à affermir une tranche conditionnelle, il peut, à titre d'indemnisation, modifier le montant du loyer versé au titulaire de la convention de bail à raison de la tranche ferme, dans les conditions prévues dans le cahier des charges ou le règlement de la consultation.

Résiliation du bail. La convention comporte une clause autorisant l'État à résilier le bail à tout moment, notamment si le bailleur ne se conforme pas à ses obligations ou si, du fait de ce dernier, la continuité du service public ne peut plus être assurée. Lorsqu'elle est motivée par un manquement du bailleur à ses obligations, la mise en oeuvre de la clause de résiliation emporte retrait de l'autorisation d'occupation temporaire consentie au bailleur. Ce retrait est notifié selon les modalités prévues aux I et II de l'article R 57-6 du Code du domaine de l'État.

Conditions dans lesquelles les bâtiments entrent dans le patrimoine de l'État. Le bail fixe les conditions dans lesquelles les bâtiments et installations entrent dans le patrimoine de l'État, selon les cas à la date de la résiliation de la convention de bail lorsqu'elle emporte retrait de l'autorisation d'occupation temporaire, ou au terme de cette autorisation.

Fin du bail. Le bail prend fin de plein droit lorsque l'autorisation d'occupation temporaire cesse de produire un effet ou fait l'objet d'une résiliation avant le terme fixé.

2.8.2. Procédure de passation de droit commun

Un avis d'appel public à la concurrence. L'autorité administrative fait connaître son intention de conclure une convention de bail au moyen d'un avis d'appel public à concurrence inséré dans une publication habilitée à recevoir des annonces légales et dans une publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné ainsi que, le cas échéant, dans le Journal officiel de l'Union européenne, lorsque le montant du contrat est supérieur à un montant défini par arrêté du ministre chargé de l'économie. Cet avis précise le délai dans lequel les candidats ou groupes de candidats peuvent présenter leur candidature. Ce délai ne peut être inférieur à trente-sept jours à compter de la date d'envoi à la publication.

Cet avis indique également les modalités de présentation des candidatures, les critères de sélection des offres et, le cas échéant, les objectifs poursuivis et les performances attendues. Ces critères sont pondérés. Si l'autorité administrative démontre qu'une telle pondération est objectivement impossible, ils sont alors hiérarchisés. Parmi les critères de sélection figurent notamment l'adéquation des solutions proposées aux prescriptions du cahier des charges, la valeur actualisée de l'offre, la qualité technique et architecturale des bâtiments et installations, le délai de réalisation ainsi que, s'il y a lieu, la qualité des prestations de services au regard des besoins du service public.

Sélection des candidatures. L'autorité administrative établit la liste des candidats admis à présenter une offre après examen de leurs garanties professionnelles et financières, selon les règles fixées aux articles 43 à 45, 51 et 52 du Code des marchés publics. Elle adresse à chacun des candidats, dans les conditions prévues à l'article 62 du Code des marchés publics, **une lettre d'invitation à présenter une offre**. Cette lettre comprend notamment, outre les indications mentionnées aux a, b et c du I de l'article 62 dudit Code, un cahier des charges énonçant le programme applicable à l'immeuble à construire et, le cas échéant, les caractéristiques essentielles des prestations de service attendues du bailleur. La lettre d'invitation indique également le délai de réception des offres qui ne peut être inférieur à quarante jours à compter de la date d'envoi de la lettre d'invitation.

Choix de l'offre économiquement la plus avantageuse. La convention de bail est conclue avec le candidat ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse au regard des critères figurant dans l'avis d'appel public à la concurrence, en conformité avec les articles 53 et 55 du Code des marchés publics.

2.8.3. Procédure négociée

La convention de bail peut être librement négociée par l'État dans les conditions suivantes, à condition toutefois que l'avis de publicité ait mentionné les critères d'attribution du bail, le nombre minimal de candidats que l'État prévoit d'inviter à soumissionner et qui ne saurait être inférieur à trois et, le cas échéant, le nombre maximum. Les critères d'attribution sont pondérés. Si l'autorité administrative démontre qu'une telle pondération est objectivement impossible, ils sont alors hiérarchisés.

Les cas de recours à la procédure négociée

Lorsque le **montant du loyer** prévu par la convention est **déterminé principalement par le montant des travaux à réaliser et que celui de l'opération est inférieur à un montant fixé** par arrêté du ministre chargé de l'économie, les offres sont librement négociées par l'État sur la base des critères de sélection figurant dans l'avis d'appel public à concurrence.

Il en va de même lorsque le montant du loyer prévu par la convention de bail est **déterminé principalement par le montant des prestations de services attendues** du bailleur et que celui de l'opération est **inférieur** à un montant fixé par arrêté du ministre chargé de l'économie.

Quel que soit le montant des travaux ou des prestations de services, la convention de bail peut être librement négociée par l'État sur la base des critères de sélection figurant dans l'avis d'appel public à concurrence lorsque **l'appel d'offres est déclaré infructueux**. Un nouvel avis d'appel public à la concurrence doit alors être publié au préalable.

2.8.4. Procédure de dialogue compétitif

Si, compte tenu de la **complexité du projet**, l'autorité administrative est **objectivement** dans l'**impossibilité de définir les moyens** techniques pouvant répondre à ses besoins **ou d'établir le montage juridique ou financier du projet**, la procédure du dialogue compétitif peut être utilisée pour passer la convention de bail.

Un avis d'appel public à la concurrence est publié et indiquant qu'il sera recouru à une phase de dialogue. Il précise les critères de sélection des candidats admis à participer au dialogue.

Les critères de sélection des offres peuvent ne pas être définis dans l'avis d'appel public à la concurrence, mais dans le règlement de la consultation. Parmi ces critères figurent nécessairement le coût global de l'offre et des objectifs de performance définis en fonction de l'objet du contrat. D'autres critères peuvent être retenus, notamment la valeur technique et le caractère innovant de l'offre, le délai de réalisation des ouvrages ou équipements, leur qualité esthétique ou fonctionnelle.

Sélection des candidats. La personne publique établit la liste des candidats admis à participer au dialogue en application des critères de sélection des candidatures mentionnés dans l'avis d'appel public à la concurrence, selon les règles fixées aux articles 43 à 45, 51 et 52 du Code des marchés publics. Le nombre de ces candidats ne peut être inférieur à trois sous réserve d'un nombre suffisant de candidats.

Le dialogue. Sur la base du programme fonctionnel qu'elle a établi, l'autorité administrative engage un dialogue avec chacun des candidats, dont l'objet est de définir les moyens techniques et le montage juridique et financier les mieux à même de répondre à ses besoins. L'autorité administrative peut discuter avec les candidats de tous les aspects du contrat. Chaque candidat est entendu dans des conditions de stricte égalité. L'autorité administrative ne peut donner à certains candidats des informations susceptibles de les avantager par rapport à d'autres. Elle ne peut révéler aux autres candidats des solutions proposées ou des informations confidentielles communiquées par un candidat dans le cadre de la discussion sans l'accord de celui-ci. L'autorité administrative poursuit les discussions avec les candidats jusqu'à ce qu'elle soit en mesure d'identifier la ou les solutions, éventuellement après les avoir comparées, qui sont susceptibles de répondre à ses besoins. Elle peut prévoir que les discussions se déroulent en phases successives au terme desquelles seules sont retenues les propositions répondant le mieux aux critères d'attribution fixés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de consultation. Le recours à cette possibilité doit avoir été indiqué dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de consultation.

Lorsqu'elle estime que la discussion est arrivée à son terme, l'autorité administrative en informe les candidats qui ont participé à toutes les phases de la consultation. Elle invite les candidats à remettre leur offre finale sur la base de la ou les solutions présentées et spécifiées au cours du dialogue dans un délai qui ne peut être inférieur à un mois. Elle définit les conditions d'exécution de la convention de bail, y compris de celles de ses clauses qui prévoient une évolution, pendant la durée de la convention, des droits et obligations du bailleur, et, le cas échéant, précise les critères d'attribution de la convention de bail définis dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le règlement de la consultation. Elle s'efforce de maintenir jusqu'à ce stade une concurrence réelle. Ces offres comprennent tous les éléments nécessaires à l'exécution du contrat.

Clarifications. L'autorité administrative peut demander des clarifications, des précisions et des perfectionnements ou compléments concernant les offres déposées par les candidats, ainsi que la confirmation de certains des engagements, notamment financiers, qui y figurent. Cependant, ces demandes ne peuvent avoir pour effet de modifier les éléments fondamentaux de l'offre ou des caractéristiques essentielles de la convention de bail.

Une prime. Il peut être prévu qu'une prime sera allouée à tous les candidats ou à ceux dont les offres ont été les mieux classées.

Attribution du bail. La convention de bail est attribuée au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, par application des critères définis dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le règlement de la consultation et le cas échéant précisés dans les conditions prévues au sixième alinéa de l'article 13.

2.8.5. Dispositions finales

Information des candidats évincés. Les articles 76 à 78 du Code des marchés publics sont applicables aux conventions de bail régies par le présent décret.

Avenants – Prestations complémentaires. Sauf sujétion technique imprévue, un avenant ne peut bouleverser l'économie de la convention de bail, ni en changer l'objet.

Postérieurement à la conclusion de la convention de bail, l'autorité administrative peut, en recourant à la procédure négociée sans publicité préalable, confier au bailleur la réalisation de travaux ou prestations complémentaires qui ne figuraient pas dans le projet initialement envisagé ni dans le contrat initial et qui sont devenus nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue, à l'exécution de l'ouvrage ou du service tel qu'il est décrit dans le contrat initial, - lorsque ces travaux ou prestations complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du contrat initial sans inconvénient majeur pour l'autorité administrative, ou lorsque ces travaux ou prestations, quoiqu'ils soient séparables de l'exécution du contrat initial, sont néanmoins nécessaires à la réalisation de son objet. Toutefois, le montant cumulé des marchés passés pour les travaux ou prestations complémentaires ne doit pas dépasser 50 % du montant initial du contrat. Pour la détermination de ce plafond le montant initial du contrat est actualisé.

2.9. L'AOT des collectivités territoriales (art. L 1311-5 du CGCT)

L'article L 2122-20 du Code général de la propriété des personnes publiques précise que *les collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements publics peuvent* :

- **soit** conclure sur leur domaine public un BEA dans les conditions déterminées par les articles L 1311-2 à L 1311-4-1 du Code général des collectivités territoriales (CGCT), [cf. ci-dessus 2.4. du présent chapitre] ;
- **soit** délivrer des autorisations d'occupation constitutives de droit réel (AOT) dans les conditions déterminées par les articles L 1311-5 à L 1311-8 du Code général des collectivités territoriales (CGCT).

2.9.1. Les différences avec l'AOT de l'État

Première différence. Pour les AOT de l'État, le principe est que l'AOT confère un droit réel à l'occupant, sauf prescription contraire du titre.

En revanche, la délivrance d'un droit réel à l'occupant pour les collectivités territoriales ne constitue qu'une simple faculté. Il faudra que le titre comporte une disposition expresse relative au droit réel pour que celui-ci soit accordé.

Deuxième différence. Les AOT de l'État sont constitutives de droits réels quelle que soit la nature de l'activité exercée par l'occupant.

En revanche, pour les collectivités territoriales, le dispositif des AOT est beaucoup plus restrictif. En application de l'article L 1311-5 du CGCT, les collectivités territoriales ne pourront pas accorder de droits réels aux occupants de leur domaine public, lorsque ces occupants exercent une activité à des fins privées. L'AOT peut être accordée par une collectivité territoriale à une personne privée

que pour lui permettre d'accomplir une mission de service public ou réaliser une opération d'intérêt général. Il est toutefois prévu une dérogation pour les ports et les aéroports. Les occupants des domaines publics portuaires et aéroportuaires pourront bénéficier de droits réels alors même qu'ils exercent une activité purement privée, et ce en application de l'article L 1311-5 II du Code général des collectivités territoriales.

2.9.2. Les différences avec le BEA des collectivités territoriales

Première différence. L'AOT n'a pas de durée minimale, à la différence du BEA dont la durée minimale est de 18 ans. L'absence de durée minimale pourrait jouer en faveur du développement des AOT pour les collectivités territoriales puisqu'il est possible d'amortir sur une durée plus courte que 18 ans.

Deuxième différence. Les AOT pourront être utilisés sur les dépendances qui entrent dans le champ d'application des contraventions de voirie (domaine public routier, domaine public fluvial, maritime et portuaire), à la différence des BEA. C'est un élément de souplesse qui permet une meilleure valorisation du domaine public des collectivités territoriales.

2.9.3. L'amélioration de la situation du créancier en cas de retrait anticipé de l'AOT

Le Code général de la propriété des personnes publiques renforce également les droits des créanciers en cas de retrait du titre d'occupation pour inexécution du fait du **droit de substitution accordé aux créanciers hypothécaires**. Du fait de la règle de l'inaliénabilité des biens du domaine public, le créancier hypothécaire ne peut pas en cas de défaillance du titulaire de l'AOT ou du BEA recourir à la saisie immobilière. En cas de retrait du titre constitutif de droits réels, en raison de l'inexécution par son bénéficiaire des obligations mises à sa charge par l'AOT, aucune indemnité ne peut être versée au bénéficiaire de l'AOT. En conséquence, le créancier hypothécaire prend un risque de ne pas récupérer les sommes prêtées, faute d'indemnité allouée. La seule possibilité qu'il a est de proposer un tiers à l'administration. C'est la raison pour laquelle les créanciers inscrits doivent être informés deux mois au moins avant le retrait du titre, pour pouvoir éventuellement proposer cette substitution.

Le Code général de la propriété des personnes publiques permet désormais aux créanciers de se substituer au bénéficiaire de l'AOT défaillant. Les créanciers se voient donc reconnaître un droit de substitution personnel. Cette faculté de substitution s'applique aussi bien pour les AOT délivrées dans le cadre de l'AOT de l'État (art. L 2122-9 dernier alinéa du CG3P) que pour les AOT des collectivités territoriales (art. L 1311-7 du CGCT). Le créancier hypothécaire peut maintenant se substituer au débiteur défaillant en cas de retrait de l'autorisation de l'occupation temporaire pour inexécution. Ce dispositif permet donc d'améliorer les possibilités de financement des occupants en renforçant la position des créanciers hypothécaires.

2.9.4. Le financement par crédit-bail généralisé pour les investissements réalisés sur le domaine public des collectivités territoriales

1. Le crédit-bail dans le cadre des investissements réalisés sur le domaine public des collectivités territoriales

Alors que la loi du 25 juillet 1994 avait autorisé les titulaires d'AOT à recourir au crédit-bail, la loi du 5 janvier 1988 sur les baux emphytéotiques n'avait pas prévu cette possibilité. Une dérogation avait été apportée pour la construction de bâtiments destinés à être mise à disposition de l'État pour les besoins de la justice, de la police nationale et de la gendarmerie nationale, qui pouvaient donner lieu à la conclusion de contrats de crédit-bail (article L1311-4 alinéa 4 du CGCT).

Le Code général de la propriété des personnes publiques généralise la possibilité de recourir au crédit-bail à toutes les constructions édifiées désormais dans le cadre du bail emphytéotique administratif, sous réserve de préserver les exigences du service public par des clauses adéquates. Il est ainsi ajouté l'article L1311-3-5 du CGCT qui prévoit que les constructions à réaliser dans le cadre des baux emphytéotiques peuvent donner lieu à la conclusion de contrats de crédit-bail. Dans ce cas, le contrat de crédit-bail doit comporter des clauses permettant de préserver les exigences du service public.

En général, une convention tripartite est conclue entre le crédit-bailleur, le crédit-preneur et la collectivité publique. Cette convention a pour principal objet de définir le sort des biens en cas de fin anticipée et notamment en cas de résiliation pour faute.

Dans ce cas, trois options sont possibles :

- la collectivité publique se substitue au preneur dans l'exécution du contrat de crédit-bail ;
- la collectivité publique procède au rachat des biens de façon anticipée à l'organisme de crédit-bail ;
- la collectivité publique propose à l'organisme de crédit-bail un nouveau preneur qui poursuivra dans les termes et conditions initialement fixées le contrat de crédit-bail jusqu'à son terme.

Le crédit-bail immobilier est défini à l'article L 313-7 du Code monétaire et financier.

À noter : la même possibilité de recourir au crédit-bail est offerte au bénéficiaire d'AOT constitutive de droits réels délivrée par les collectivités territoriales (art. L 1311-5 IV du CGCT).

2. Le crédit-bail dans le cadre des investissements réalisés sur le domaine public de l'État

Le régime du crédit-bail sur le domaine de l'État n'a pas en revanche été modifié, et reste compliqué. Le principe fixé par l'article L 2122-13 du CG3P est que le recours au crédit-bail n'est possible que pour les ouvrages qui ne sont pas affectés à un service public ou directement à l'usage du public. **Les installa-**

tions affectées au service public ou à l'usage du public ne peuvent pas donner lieu à la passation de crédit-bail. Toutefois, cette règle connaît plusieurs exceptions. Le recours au crédit-bail est possible pour répondre aux besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationale, ainsi que dans celui du contrat de partenariat. Ces règles sont inscrites aux articles L 2122-15 et L 2122-16 du Code général de la propriété des personnes publiques.

2.10. Les contrats de la loi MOP

Les contrats de la loi MOP ne sont pas nécessairement des contrats administratifs puisqu'ils peuvent être conclus entre personnes privées exclusivement (organismes privés d'HLM, SEM ou organismes de sécurité sociale). Mais la plupart répondent au critère organique et leur lien avec les travaux publics est suffisant pour que l'on puisse les considérer comme administratifs.

Trois types de contrats sont envisageables :

La délégation de maîtrise d'ouvrage « ancienne manière »

Ce contrat ne peut s'utiliser que dans les cas de figure où la loi MOP ne s'impose pas, c'est-à-dire selon l'article 1 de la loi pour les ouvrages industriels (sauf les équipements industriels destinés à l'exploitation d'ouvrage de bâtiment ou d'infrastructure), pour les ouvrages de bâtiment ou d'infrastructure destinés à une activité industrielle dont la conception est déterminée par le processus d'exploitation (la liste de ces ouvrages a été fixée par le décret n° 86-520 du 14 mars 1986), pour les ouvrages d'infrastructure réalisés dans le cadre d'une ZAC ou d'un lotissement ainsi que pour certaines délégations de maîtrise d'ouvrage régies par des textes particuliers. Ces dernières sont précisées à l'article 19 de la loi.

Le mandat de maîtrise d'ouvrage (cf. 1^{re} partie, chapitre 1)

Les articles 3 à 5 de la loi MOP définissent un contrat appelé généralement mandat de maîtrise d'ouvrage. Pour les ouvrages soumis à la loi MOP, ce contrat est le seul mandat possible. Il peut être passé avec une personne publique ou privée (art. 4 de la loi MOP modifiée par l'ordonnance n° 2004-566 du 17 juin 2004).

Quant à son objet, le mandat de maîtrise d'ouvrage est également étroitement réglementé. L'article 3 énumère les missions qui peuvent être confiées au mandataire. Ce sont la définition des conditions administratives et techniques d'étude et d'exécution de l'ouvrage, la préparation du choix des maîtres d'œuvre et entrepreneurs (mais le choix doit être approuvé par le maître d'ouvrage initial), la signature, la gestion et le paiement de ces contrats, la réception de l'ouvrage ainsi que « les actes afférents à ces attributions ». En dehors de ces missions, toute délégation est illégale.

Sur le plan de la forme, le contrat est également réglementé, à peine de nullité (art. 5). Il doit notamment comporter la définition de l'ouvrage, les missions confiées, le mode de financement, les modalités de contrôle et d'approbation par

le maître d'ouvrage initial, la rémunération et les sanctions éventuelles à l'égard du mandataire ainsi que les conditions d'action en justice.

Sur le plan de la responsabilité, l'article 4 exclut formellement que le mandataire puisse être tenu d'autres obligations que celles dont il a personnellement la charge. Il ne peut donc être garant des locataires d'ouvrage.

Le contrat de conduite d'opération (cf. 1^{re} partie, chapitre 1)

La loi MOP définit un deuxième contrat, qui n'est pas un mandat mais sans doute un contrat de prestations de service, peut-être un louage d'ouvrage. Aux termes de l'article 6, *le maître de l'ouvrage peut recourir à l'intervention d'un conducteur d'opération pour une assistance générale à caractère administratif, financier et technique.*

Ces contrats de conduite d'opération peuvent être passés avec une personne publique ou privée (article 6 de la loi MOP modifié par l'ordonnance n° 2004-556 du 17 juin 2004).

2.11. La vente en état futur d'achèvement (VEFA)

La vente en l'état futur d'achèvement est un contrat par lequel un tiers construit un ouvrage dont il revend une partie à l'administration au fur et à mesure de la construction de cet ouvrage (art. 1601-3 du Code civil). Le vendeur conserve les pouvoirs de maître de l'ouvrage jusqu'à la réception des travaux.

Le juge administratif a encadré le recours à la VEFA.

Lorsque les quatre conditions suivantes sont remplies de manière cumulative, le pouvoir adjudicateur n'est pas autorisé à recourir à la VEFA :

1. l'objet de l'opération est la construction même d'un immeuble ;
2. la construction est pour le compte du pouvoir adjudicateur ;
3. l'immeuble est entièrement destiné à devenir la propriété du pouvoir adjudicateur ;
4. l'immeuble a été conçu en fonction des besoins propres du pouvoir adjudicateur.

Le juge considère, dans ces cas, que la personne publique reste maître de l'ouvrage au sens de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985, dite loi MOP, et est tenue de passer un marché public.

3. En résumé

Le contrat administratif entraîne l'application du droit administratif des contrats et la compétence du juge administratif.

- Qualification de contrat administratif par la loi (les marchés publics de travaux, l'AOT, le contrat de partenariat...).
- Qualification de contrats administratifs par la jurisprudence :

- condition de principe : l'un des cocontractants doit être **une personne publique**. Exception : les contrats, conclus par deux personnes privées, mais liés aux travaux routiers sont soumis au régime juridique des travaux publics.
- **et** il faut que l'une ou l'autre des deux conditions suivantes soit réalisée (chacune des deux conditions est donc suffisante) : **ou bien** que le contrat comporte des clauses **exorbitantes du droit commun**, **ou bien** que le contrat ait pour objet **l'exécution même du service public**.

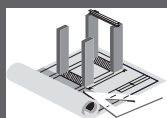
Dans un contrat administratif, l'Administration va bénéficier de certaines prérogatives.

Dans un contrat administratif le cocontractant va bénéficier en contrepartie de garanties financières reconnues dans différentes théories jurisprudentielles :

- la théorie du fait du Prince,
- la théorie de l'imprévision,
- la théorie des sujétions imprévues.

Sont des contrats administratifs, notamment :

- le marché,
- la délégation de service public,
- le bail emphytéotique administratif (BEA et BEH),
- le contrat de partenariat,
- l'autorisation d'occupation temporaire (AOT/LOA),
- le mandat de maîtrise d'ouvrage,
- le contrat de conduite d'opération.



7

LES TRAVAUX PUBLICS ET LES OUVRAGES PUBLICS

Partie
2

Après avoir étudié (chapitre 6) les contrats du secteur public, il est nécessaire de préciser les notions de travaux publics et d'ouvrages publics.

1. Notions de travaux publics et d'ouvrages publics

La distinction des travaux publics et des travaux privés est une construction fondamentale du droit administratif français depuis l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII qui est toujours en vigueur et donc systématiquement cité dans les arrêts où un problème de compétence juridictionnelle se pose. Mais cette simple attribution de compétence à l'ordre administratif des travaux publics s'est accompagnée, comme c'est presque toujours le cas en droit français, d'une différenciation des règles de fond applicables.

Il ne faut pas perdre de vue que les travaux publics, au sens juridique, ont une importance économique considérable, plus grande que celle des travaux privés, et qu'en jurisprudence, le contentieux des travaux publics représente un fort pourcentage du contentieux administratif.

Mais cette notion de travaux publics, essentielle puisqu'elle détermine la compétence de la juridiction administrative et les règles applicables, n'est pas définie par la loi du 28 pluviôse an VIII.

La définition des travaux publics est donc, pour l'essentiel, jurisprudentielle, quelques lois ayant néanmoins défini des catégories particulières de travaux publics.

Dans le langage courant, l'expression « travaux publics » est ambiguë. Elle désigne la réalisation de travaux, mais elle désigne aussi le résultat des travaux appelé plus précisément « ouvrage public ». Cette ambiguïté du terme s'explique par une coïncidence fréquente des deux notions, car la plupart des ouvrages publics résultent de travaux publics et la plupart des travaux publics débouchent sur des ouvrages publics. Les deux notions de travaux publics et d'ouvrage public sont cependant distinctes.

1.1. Les travaux publics

La qualification de « travaux publics » résulte parfois d'un texte, le plus souvent de la jurisprudence. Cependant lorsque la qualification de « travaux publics »

résulte d'un texte, il ne donne pas de définition des travaux publics et donc même dans les cas où existent des textes, la jurisprudence a un rôle essentiel à jouer.

1.1.1. La notion de « travaux publics » résultant de la loi

Les textes qui ont qualifié de « travaux publics » certaines activités sont peu nombreux. Citons, sans cependant être exhaustif, les travaux de la SNCF sur le domaine public ferroviaire, les travaux de construction des pipe-lines d'intérêt général, les travaux de démoustication, les travaux de déminage.

1.1.2. La notion de travaux publics résultant de la jurisprudence

La jurisprudence a dégagé la notion de travaux publics à partir de trois éléments.

Un critère obligatoire tenant à l'objet des travaux

Les travaux publics sont nécessairement des travaux « immobiliers », c'est-à-dire qui portent sur un immeuble au sens juridique du terme. La notion d'immeuble est définie par application des articles 517 et 518 du Code civil, le critère étant celui de la fixation au sol.

Dès lors que les travaux portent sur un immeuble, ils peuvent être des travaux publics. La catégorie la plus importante est celle des travaux de construction ou de reconstruction, y compris les prestations intellectuelles comme celles des architectes. Les opérations d'amélioration des immeubles existants sont des travaux publics, la jurisprudence ayant d'ailleurs une conception très large puisqu'elle qualifie de travaux publics les opérations de remembrement foncier. S'agissant des travaux de maintenance et d'entretien, la jurisprudence est également très compréhensive puisqu'elle qualifie de travaux publics les travaux de débroussaillage. De simples travaux de nettoyage ne sont pas, en revanche, des travaux publics.

Outre cette condition tenant à l'objet des travaux, il faut que l'une ou l'autre des conditions suivantes soit remplie.

Deux critères alternatifs

Le travail immobilier sera exécuté pour le compte d'une personne publique.

Selon la définition traditionnelle, sont des travaux publics les travaux effectués sur un immeuble appartenant à une personne publique ou destiné à lui appartenir, notamment en fin de concession.

En revanche, les travaux effectués pour le compte d'une personne privée ne sont pas des travaux publics s'ils ne peuvent relever de la deuxième définition. C'est ainsi que les travaux des organismes d'HLM sont des travaux publics quand ils sont réalisés par un office d'HLM, tandis que ceux des sociétés anonymes d'HLM sont des travaux privés. Des travaux effectués à la fois pour une personne publique et pour une personne privée sont globalement des travaux publics.

Presque tous les travaux pour le compte d'une personne publique sont des travaux publics, qu'ils soient réalisés directement par la collectivité publique (en régie) ou le plus souvent par un entrepreneur ou un concessionnaire. La jurisprudence n'exige pas que les travaux soient effectués dans un but de service public ; un simple but d'intérêt général est suffisant.

Les exceptions

Les rares cas où des travaux effectués pour des personnes publiques ne sont pas des travaux publics sont des travaux effectués sur le domaine privé. Le domaine privé est la partie du patrimoine des personnes publiques qui n'est affecté ni à l'usage du public, ni à un service public, et qui sert donc à des fins essentiellement patrimoniales. Ainsi les travaux effectués à des fins purement pécuniaires sur le domaine privé des personnes publiques sont des travaux privés. Cependant, même des travaux sur le domaine privé peuvent être des travaux publics s'ils sont effectués dans un but d'intérêt général (c'est notamment le cas des travaux sur les immeubles d'habitation des offices d'HLM).

Le travail immobilier sera exécuté pour le compte d'une personne privée dans le cadre d'une mission de service public.

Le Tribunal des conflits a tranché en faveur de la compétence administrative par le célèbre arrêt Effimieff (TC 28 mars 1955, Effimieff, Leb., p. 617, AJDA, 1955, II,332) bien que ces travaux fussent effectués pour le compte de personnes privées. La jurisprudence Effimieff a été appliquée à d'autres travaux que les travaux de reconstruction. Elle concerne notamment les travaux de reboisement de terrains privés.

Il est également des situations où les deux définitions se recoupent. Ainsi sont des travaux publics les travaux effectués sur une propriété privée pour le compte et par une personne publique les ayant financés. Tel est le cas des travaux d'entretien d'une voie privée par une ville. Ces travaux sont réputés exécutés pour le compte d'une personne publique parce qu'ils ne sont pas réalisés dans l'intérêt exclusif du propriétaire, mais aussi dans un but d'intérêt général, tel la sécurité ou la circulation, bien proche en réalité d'une mission de service public.

1.2. Les ouvrages publics

Sans être aussi essentielle que celle de travaux publics, la notion « d'ouvrage public » a une importance non négligeable quant au régime juridique applicable.

D'une manière générale, le régime juridique de l'ouvrage public est le même que celui des travaux publics. De plus, la qualification « d'ouvrage public » entraîne quelques conséquences particulières. La plus importante **est la règle de l'intangibilité de l'ouvrage public** qui interdit au juge, judiciaire ou administratif, d'ordonner la démolition d'un ouvrage public dont la construction a violé le droit, fût-ce par une voie de fait, alors que normalement la voie de fait autorise le juge à prononcer des injonctions à l'égard de l'administration.

Le cas le plus fréquent est la construction sur une propriété privée. Elle ne sera pas sanctionnée par la démolition de l'ouvrage public, mais uniquement par des dommages et intérêts.

En revanche, le juge judiciaire peut, en cas de voie de fait, ordonner l'interruption des travaux publics de construction d'un ouvrage public. Pas plus que pour les travaux publics, on ne peut donner une définition simple de l'ouvrage public. Si, en première approximation, il est permis de dire que la plupart des ouvrages publics résultent de travaux publics, la coïncidence n'est pas absolue.

La première exigence pour qualifier un ouvrage d'ouvrage public est que l'ouvrage soit un immeuble.

La seconde exigence est que l'immeuble soit aménagé.

Tous les immeubles au sens juridique ne peuvent être des ouvrages publics. Les terrains nus notamment sont exclus de cette qualification et il n'existe pas d'ouvrages publics naturels. Ainsi, une aire communale de stationnement est un ouvrage public à l'inverse d'une plage.

L'idée d'affectation sert à restreindre la notion d'ouvrage public qui, sans cela, serait démesurément vaste.

Pour les biens du domaine public, l'affectation est le plus souvent réalisée sous la forme de l'affectation à l'usage du public ou à un service public :

- les ouvrages appartenant au domaine public (c'est-à-dire affectés au public ou aménagés spécialement pour un service public) ;
- les biens appartenant au domaine privé ;
- les ouvrages appartenant en propre à EDF ;
- les immeubles des offices d'HLM et des offices publics d'aménagement et de construction.

De manière plus étonnante, la jurisprudence reconnaît la qualité d'ouvrage public à des biens appartenant à des personnes privées.

C'est d'abord le cas de biens appartenant à des personnes de droit privé chargées de la gestion d'un service public. Ainsi, la qualité d'ouvrage public a été admise pour des biens appartenant à un organisme de sécurité sociale ou à des concessionnaires.

La qualité d'ouvrage public est également étendue à des biens appartenant à des simples particuliers, tels les voies privées ouvertes à la circulation publique et même aux branchements des canalisations d'eau d'électricité ou de gaz.

Il arrive assez fréquemment que des ouvrages privés résultent de travaux publics.

C'est le cas notamment des logements en accession à la propriété réalisés par des offices d'HLM ou par des offices publics d'aménagement et de construction (OPAC). Les travaux sont publics mais l'ouvrage est privé. Dans ce cas, s'il y a litiges entre les propriétaires privés de l'ouvrage et les constructeurs, la juri-

diction administrative est compétente, comme l'avait déjà jugé le Tribunal des conflits pour une action en garantie décennale engagée par les propriétaires d'un logement construit par un OPHLM.

Réciproquement, il est fréquent qu'un ouvrage public résulte de travaux privés parce qu'une personne publique l'a acquis après sa construction. C'est notamment le cas des voiries des ensembles d'habitations, incorporées au domaine public des communes, le transfert de propriété entraînant la qualification d'ouvrage public.

Les deux notions d'ouvrage public et de travaux publics sont donc autonomes, la qualité d'ouvrage public s'appréciant concrètement indépendamment de la nature des travaux.

2. Régime juridique des travaux publics

Ces définitions assez complexes sont particulièrement nécessaires puisqu'elles déterminent à la fois la compétence juridictionnelle (tribunal administratif) et les règles de fond applicables (non-application de la règle du préalable).

2.1. Le caractère attractif des travaux publics : compétence des tribunaux administratifs

Bien que la loi de pluviôse an VIII ne mentionne que les litiges relatifs aux marchés de travaux publics, le Conseil d'État et le Tribunal des conflits ont étendu la compétence du juge administratif à d'autres contrats et à des litiges extracontractuels. Cet effet attractif n'est cependant pas sans limites.

2.1.1. L'effet attractif de la notion de travaux publics

L'effet attractif des travaux publics joue non seulement dans le domaine contractuel, mais également à l'occasion de contentieux liés à l'exécution des travaux et plus largement dans le domaine de la responsabilité délictuelle.

1. Dans le domaine contractuel

En dehors des marchés de travaux expressément visés par la loi du 28 pluviôse an VIII, le bloc le plus important de contrats, qui sont administratifs parce qu'ils portent sur des travaux publics, est constitué par les contrats passés avec les architectes.

Les contrats à objet financier tels que les contrats de nantissement ou les contrats de cautionnement sont susceptibles d'être des contrats administratifs sous réserve d'être accessoires à un contrat de prêt lui-même administratif.

De même, les contrats tels que les transactions, tendant à régler à l'amiable les différends nés de l'exécution de travaux publics, sont assimilés à des contrats de travaux publics, que le litige ainsi réglé soit contractuel ou délictuel.

2. Dans le domaine extracontractuel (responsabilité délictuelle)

Le contentieux né de l'exécution des travaux publics relève également de la compétence administrative quand le litige n'est pas rattaché à un contrat de droit privé.

Ainsi les dommages de travaux publics relèvent toujours du juge administratif quand l'action est délictuelle.

Cette règle s'applique même entre personnes privées, par exemple :

- entre un architecte et une entreprise ou un bureau d'études non liés ensemble par un contrat ;
- pour la mise en cause de la responsabilité d'un préposé d'une entreprise par un tiers victime ;
- pour la mise en jeu de la responsabilité délictuelle d'un sous-traitant par le maître d'ouvrage ;
- ou symétriquement pour la mise en jeu de la responsabilité du maître d'ouvrage à l'égard du sous-traitant, qu'elle soit quasi délictuelle ou quasi contractuelle.

Il en est de même des litiges entre sous-traitants.

Lorsqu'un tiers est victime d'un dommage de travaux publics, la compétence est toujours administrative, quelle que soit la personne mise en cause (maître d'ouvrage, entrepreneur, sous-traitant, etc.).

Mais si la victime et le responsable sont liés ensemble par un contrat de droit privé, la compétence est judiciaire :

- dans le cas d'un litige entre l'entrepreneur principal et son sous-traitant ;
- l'action directe de la victime contre l'assureur du responsable relève toujours du juge judiciaire, car elle est fondée sur le contrat d'assurance, contrat de droit privé ;
- dans le cas d'un litige entre cotraitants liés par une convention de groupement d'entreprises (GME).

2.1.2. Les exceptions à l'effet attractif de la notion de travaux publics

Si la notion de travaux publics attire la compétence administrative, d'autres notions entraînent à l'inverse la compétence judiciaire. Dans trois de ces cas, la compétence judiciaire prévaut.

Une exception législative importante résulte de la loi du 31 décembre 1957 qui attribue aux juridictions judiciaires la compétence pour tous les accidents causés par les véhicules (sauf ceux causés au domaine public).

Cette loi est d'interprétation extrêmement large et la jurisprudence a estimé que la compétence judiciaire qu'elle a instituée prévaut sur la compétence au titre des dommages de travaux publics.

La jurisprudence tant judiciaire qu'administrative considère que les rapports entre les services publics industriels et commerciaux (EDF, SNCF, etc.) et leurs usagers sont des rapports de droit privé, y compris en matière de responsabilité délictuelle.

Cette solution est également appliquée aux usagers des offices publics d'HLM, bien qu'il s'agisse de services publics à caractère administratif.

La notion de voie de fait est extrêmement complexe

Il s'agit d'une irrégularité grossière et manifestement illégale portant atteinte soit à la propriété privée (immobilière ou mobilière), soit à une liberté publique. Il faut en outre qu'il s'agisse d'un acte matériel ; mais l'illégalité manifeste peut résulter aussi bien de l'absence de titre juridique autorisant les actes matériels, que de l'illégalité grossière d'un tel titre ou d'une inexécution forcée illégale de l'acte juridique autorisant la mesure matérielle.

La notion de voie de fait entraîne la compétence du juge judiciaire tant pour la constater que pour la réparer. C'est une théorie traditionnelle qui, en droit, se justifie par le principe que l'autorité judiciaire est gardienne de la propriété privée et des libertés publiques. Sa raison d'être est surtout que le juge judiciaire, à la différence du juge administratif, se reconnaît un pouvoir d'injonction à l'égard de l'administration, encore que ce pouvoir soit, en matière de travaux publics, singulièrement autolimité par le principe selon lequel « l'ouvrage public mal planté ne se détruit pas ».

2.2. Les particularités du contentieux de travaux publics : la non-application de la règle du préalable

La qualification de travaux publics entraîne non seulement la compétence de la juridiction administrative, mais aussi l'application des règles de procédures spéciales propres aux litiges de travaux publics.

En principe, la justice administrative ne peut être saisie que par la voie d'un recours (pour excès de pouvoir ou de plein contentieux) et uniquement contre une décision administrative ; mais celle-ci peut être tacite, le silence de l'administration pendant quatre mois valant refus de prendre la décision demandée. Cette règle s'applique même si le requérant demande simplement une indemnité pour un préjudice subi.

Actuellement prévue par le décret du 11 janvier 1965 (art. 1^{er}, al. 1^{er}), cette règle, dite règle du préalable, ne s'applique pas en vertu du même texte, en matière de travaux publics. Le requérant peut donc saisir la justice administrative directement et sans délai, sous réserve de la déchéance quadriennale (prescription des dettes de l'administration au terme de la 4^e année civile suivant celle où le fait générateur de la dette a eu lieu) et sous réserve, le cas échéant, des clauses pouvant exiger dans le contrat une tentative préalable de conciliation.

2.3. Les privilèges attachés aux travaux et ouvrages publics

La qualité d'ouvrage public implique l'application d'un régime privilégié, protégeant l'ouvrage, facilitant son fonctionnement ou sa réalisation.

Selon un vieil adage, *ouvrage public mal planté ne se détruit pas*. Cet adage signifie qu'aucun juge ne peut ordonner la destruction d'un ouvrage public achevé, voire en voie d'achèvement, même en cas de voie de fait. On l'explique par la finalité de l'ouvrage public qui sert un but d'intérêt général. Les juridictions des deux ordres en font une application constante. Cependant, en cas de voie de fait, le juge judiciaire peut ordonner l'interruption des travaux de réalisation d'un ouvrage public.

Dans le même esprit, le Code pénal sanctionne de manière particulière la dégradation de monuments et objets d'intérêt public.

Outre les servitudes domaniales qui s'appliquent chaque fois que l'ouvrage public fait partie du domaine public, hypothèse de loin la plus fréquente, il existe un certain nombre de servitudes destinées à faciliter la réalisation de travaux publics. La plus importante est la servitude d'occupation temporaire qui permet à l'administration ou aux exécutants du travail public (concessionnaire, titulaires de marché, etc.) de pénétrer dans des propriétés privées pour effectuer des études préalables, d'y déposer temporairement des matériaux ou en extraire.

3. En résumé

3.1. Notion de travaux publics et d'ouvrages publics

Les travaux publics

Un critère obligatoire tenant à l'objet des travaux :

- les travaux publics sont nécessairement des travaux immobiliers.

Deux critères alternatifs :

- le travail immobilier sera exécuté pour le compte d'une personne publique (immeuble appartenant à une personne publique ou destiné à lui appartenir) ;
- ou le travail immobilier sera exécuté pour le compte d'une personne privée dans le cadre d'une mission de service public.

Les ouvrages publics : intangibilité d'un ouvrage public

L'ouvrage doit être un immeuble (notion assez souple).

L'immeuble doit être aménagé (un terrain nu n'est pas un ouvrage public).

Les ouvrages appartenant au domaine public sont des ouvrages publics dès lors qu'ils sont affectés au public, ou sont aménagés spécialement pour un service public.

Mais la jurisprudence admet la qualification d'ouvrage public pour des biens appartenant au domaine privé ou même à des personnes privées : les immeubles des offices d'HLM et des OPAC et les immeubles appartenant à des personnes privées mais chargées d'un service public (les concessionnaires).

Il arrive que des ouvrages privés résultent de travaux publics (ex. : logements en accession à la propriété réalisés par des offices publics d'HLM).

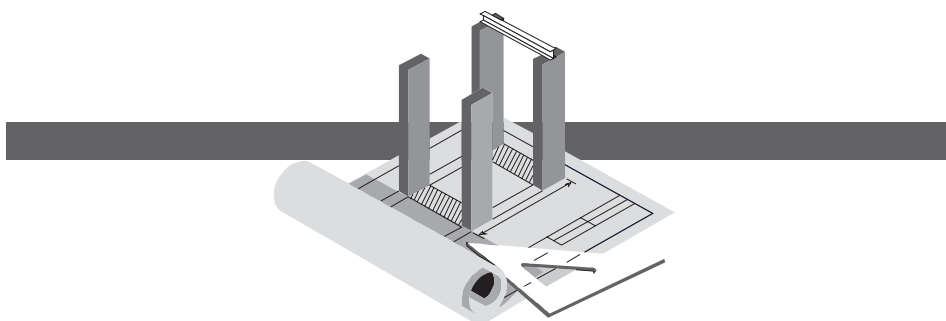
Réciproquement, un ouvrage public peut résulter de travaux privés (ex. : voiries d'un ensemble d'habitations incorporées au domaine public d'une commune).

3.2. Régime juridique des travaux publics

Ces notions complexes sont nécessaires puisqu'elles détermineront à la fois la compétence juridictionnelle et les règles de fond applicables.

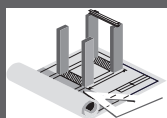
- Compétence juridictionnelle des tribunaux administratifs
- Effet attractif de la notion de travaux publics :
 - sur d'autres contrats :
 - ~ contrats passés avec les architectes,
 - ~ contrat de nantissement,
 - ~ contrats de cautionnement,
 - ~ les transactions.
 - sur les litiges extracontractuels (c'est-à-dire non rattachés à un contrat) :
 - ~ architecte et entreprise,
 - ~ BET et autre BET,
 - ~ sous-traitant et maître d'ouvrage,
 - ~ maître d'ouvrage et sous-traitant,
 - ~ sous-traitants entre eux.

Tous ces contentieux extracontractuels nés de l'exécution de travaux publics entraînent la compétence du juge administratif même s'ils concernent deux personnes privées.



Partie 3 LES MARCHÉS





1. Généralités

1.1. L'entrée en vigueur du Code des marchés publics 2006

Les marchés notifiés avant le 1^{er} septembre 2006 restent soumis pour leur passation comme pour leur exécution aux seules dispositions du Code des marchés publics en vigueur jusqu'au 31 août 2006 (c'est-à-dire le Code du 7 janvier 2004 modifié). Les difficultés et les litiges qui sont susceptibles de survenir concernant ces marchés ne seront donc pas concernés par les dispositions du nouveau Code des marchés publics 2006.

Les marchés pour lesquels une consultation aura été engagée (ou un avis d'appel public à la concurrence aura été envoyé) à compter du 1^{er} septembre 2006 sont soumis aux seules dispositions du nouveau Code des marchés publics tant pour leur passation que pour leur exécution et pour leurs difficultés et leurs litiges (décret n° 2006-975 du 1^{er} août 2006 portant Code des marchés publics, JO du 4 août 2006, et circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du Code des marchés publics, JO du 4 août 2006).

Ces documents sont téléchargeables sur le site du ministère de l'Économie et des finances : www.minefi.gouv.fr

Les marchés pour lesquels une consultation a été engagée (ou un avis d'appel public à la concurrence a été envoyé) avant le 1^{er} septembre 2006, le marché étant notifié après cette date, sont soumis, pour leur seule passation, aux dispositions du Code des marchés publics de 2004 et, pour leur seule exécution, aux dispositions du nouveau Code 2006. Les difficultés et litiges concernant leur passation, et notamment les règles de publicité, la production des attestations fiscales et sociales, le choix des candidats et des offres, sont concernés par les dispositions du Code 2004, alors que les difficultés et litiges concernant l'exécution, et notamment les avenants, les conditions de résiliation, de paiement, sont concernés par les dispositions du Code 2006.

1.2. Les différentes catégories de marchés publics et les accords-cadres

1.2.1. Les marchés simples

De loin les plus courants, ils sont utilisés lorsque le pouvoir adjudicateur peut déterminer avec certitude les caractéristiques et le volume des prestations à exécuter.

1.2.2. Les marchés à bons de commande

Un marché à **bons de commande** est un marché conclu avec **un ou plusieurs opérateurs économiques** et exécuté au fur et à mesure de l'émission de bons de commandes (art. 77 du CMP).

Les bons de commandes peuvent porter, par exemple, sur des fournitures courantes, des services ou des travaux d'entretien.

Le marché **peut prévoir un minimum et un maximum** en valeur ou en quantité ou être conclu sans minimum ni maximum.

L'émission de bons de commande s'effectue sans négociation ni remise en concurrence préalable des titulaires, selon des modalités expressément prévues par le marché.

La durée d'un marché à bons de commande (sauf exceptions) ne peut dépasser quatre ans.

1.2.3. Les marchés à tranches conditionnelles

Le marché à tranches conditionnelles comporte une tranche ferme et une ou plusieurs tranches conditionnelles.

Le marché définit la consistance, le prix ou ses modalités de détermination et les modalités d'exécution des prestations de chaque tranche (art. 72 du CMP).

L'entreprise est engagée pour la totalité du marché (tranche ferme et tranche(s) conditionnelle(s)). Dès lors que le pouvoir adjudicateur décide d'affermir une tranche conditionnelle, l'entreprise doit l'exécuter aux conditions définies par le marché.

En revanche, le pouvoir adjudicateur n'est engagé que sur la tranche ferme. Il garde toute latitude pour affermir ou non la ou les tranches conditionnelles. Toutefois, s'il décide d'affermir une tranche conditionnelle, il a l'obligation de la confier à l'entrepreneur avec qui il a passé le marché à tranches conditionnelles.

1.2.4. Les accords-cadres

C'est une nouveauté du Code des marchés publics 2006 (art. 76).

Un accord-cadre est un dispositif qui **permet de sélectionner un certain nombre d'entreprises qui seront ultérieurement remises en concurrence lors de la survenance du besoin**.

C'est un contrat conclu entre le pouvoir adjudicateur et un ou plusieurs opérateurs économiques (entreprises) définissant un cadre général destiné à servir de base à leurs futurs marchés publics.

L'accord cadre n'est donc pas un marché. Ce contrat pose les bases essentielles de la passation de marchés ultérieurs pris sur son fondement et accorde en con-

séquence une exclusivité unique ou partagée aux prestataires ainsi retenus pour une durée déterminée.

Il fixe le prix et parfois les quantités. Il peut prévoir un minimum et un maximum en quantité.

Il peut avoir une durée de quatre ans.

On distingue deux phases principales : la conclusion des accords-cadres, puis, dans un deuxième temps, la passation des marchés sur le fondement de l'accord.

La publicité et le choix de la procédure de passation sont à effectuer en fonction du montant global.

L'accord dont le montant est inférieur à 210 000 € HT peut être passé selon une procédure adaptée. Au-dessus de ce seuil, il doit être passé par une procédure formalisée (art. 1^{er}, 12-III et art. 76 du CMP et point 6.2.2 du manuel d'application du Code).

Les marchés ultérieurs, passés sur le fondement de cet accord, peuvent compléter les dispositions de l'accord-cadre sans le modifier substantiellement.

1.3. Le prix

1.3.1. Marché à prix forfaitaire ou marché à prix unitaires

Un marché public doit obligatoirement indiquer la forme du prix :

- **Sont forfaitaires**, les prix appliqués à tout ou partie du marché quelles que soient les quantités exécutées. Les marchés forfaitaires sont ceux dans lesquels la consistance et l'étendue sont arrêtées et peuvent donc être prises en compte dans un prix global forfaitaire déterminé à l'avance (art. 17 du CMP). On parle alors de « marchés forfaitaires » ou de « marchés à forfait » ou de « marchés à prix global et forfaitaire ». Le marché à prix forfaitaire est un système présentant davantage de risques pour l'entreprise puisque le régime du marché restera marqué par son prix global d'origine, y compris en cas de sujétions techniques imprévues. À noter toutefois que, si les aléas restent à la charge de l'entreprise, ce sont à la fois les bons et les mauvais aléas qui doivent être laissés à la charge de l'entreprise.
- **Sont unitaires**, les prix qui s'appliquent à une prestation ou à une unité de mesure (m², m³, tonne, etc.) dont les quantités ne sont indiquées dans le marché qu'à titre prévisionnel. Le paiement du prix au cocontractant sera donc établi en fonction des quantités réalisées ou livrées par celui-ci. On parle alors de marchés à prix unitaires.
- Les prix sont mixtes lorsque, dans un même marché, une partie des prestations est rémunérée au forfait, une autre partie à prix unitaires. Les deux formes de prix sont donc combinées au sein d'un même marché. À titre d'exemple, les fondations peuvent être traitées à prix unitaires et la superstructure à prix forfaitaires.

1.3.2. Marché actualisable et/ou révisable (art. 18 du Code des marchés publics)

L'actualisation du prix

Lorsqu'un marché est conclu à prix ferme, il prévoit les modalités d'actualisation de son prix. Le prix ainsi actualisé reste ferme pendant toute la période d'exécution des prestations et constitue le prix de règlement.

L'actualisation du prix prend donc en compte les variations économiques **une seule fois**, lors du démarrage des travaux.

Le marché doit préciser :

- que ce prix sera actualisé si un délai supérieur à trois mois s'écoule **entre la date à laquelle le candidat a fixé son prix dans l'offre** (et non plus la date d'établissement des prix) **et la date de début d'exécution des prestations** ;
- et que l'actualisation se fera aux conditions économiques correspondant à une date antérieure de trois mois à la date de début d'exécution des prestations.

La révision du prix

Un prix révisable est l'opposé d'un prix ferme. La révision du prix prend en compte les variations économiques **pendant toute la durée du marché**.

Lorsque le marché est révisable, il fixe la date d'établissement du prix initial, les modalités de calcul de la révision ainsi que la périodicité de sa mise en œuvre. Les modalités de calcul de la révision du prix sont fixées soit en fonction d'une référence, soit par application d'une formule représentative de l'évolution du coût de la prestation.

Dans le Code 2006 la formule de révision ne prend en compte que les différents éléments du coût de la prestation et **peut inclure un terme fixe. C'est une nouveauté**, puisque dans le décret du 23 août 2001 (abrogé) **la formule de révision devait inclure un terme fixe dont la valeur minimale était de 12,5 %** du prix initial.

Enfin, les marchés de travaux d'une **durée d'exécution supérieure à trois mois qui nécessitent, pour leur réalisation, le recours à une part importante de fournitures dont le prix est directement affecté par les fluctuations de cours mondiaux, comportent une clause de révision de prix**. Pour être intervenue à de multiples reprises auprès des pouvoirs publics pour la prise en compte de la fluctuation des prix des matières premières dans les marchés de travaux, la FFB se réjouit de l'obligation d'insérer désormais une clause de révision pour ce type de marché (aciers, zinc, pétrole, cuivre...).

1.4. Les pièces constitutives des marchés publics

Les marchés publics de travaux sont des contrats écrits, à l'exception de ceux passés selon une procédure adaptée.

Pour les marchés formalisés, les pièces contractuelles sont :

L'acte d'engagement

C'est la pièce signée par un candidat à un marché public dans laquelle il présente son offre ou sa proposition dans le respect des clauses du cahier des charges qui déterminent les conditions dans lesquelles le marché est exécuté. Cet acte d'engagement est ensuite signé par la personne publique (art. 11 du CMP).

Une fois signé par l'autorité compétente, il crée le lien contractuel entre les parties.

Les autres pièces constitutives des marchés

- le cahier des clauses administratives particulières (**CCAP**) fixe plus précisément les engagements contractuels du titulaire du marché ;
- le cahier des clauses techniques particulières (**CCTP**) rassemble les clauses techniques d'un marché déterminé. Ce sont les stipulations qui donnent une description précise des prestations à réaliser ;
- **le bordereau des prix unitaires ou le devis** établi par l'entreprise ;
- le cahier des clauses techniques générales (**CCTG**) s'il en existe un ;
- le cahier des clauses administratives générales applicable au marché (**CCAG**) ;
- les annexes administratives ou techniques (plans, plannings, maquettes, cahiers des clauses comptables, etc.).

Le marché indique l'ordre de priorité des pièces contractuelles

Cet ordre est très important car en cas de contradiction entre les différentes pièces composant le marché, celles-ci (sauf cas d'erreur manifeste) prévalent dans l'ordre où elles sont énumérées (art. 12- 5° du Code des marchés publics).

2. Le respect des principes

La réglementation des marchés publics repose sur le respect de principes fondamentaux et ce, quel que soit le montant du marché.

Ces principes sont affirmés dès l'article premier du Code des marchés publics et tout maître d'ouvrage public est impérativement tenu de les respecter (cf. CE 23 février 2005 Association pour la transparence et la moralité dans les marchés publics, CE 7 octobre 2005 (Région Nord Pas de Calais)).

La personne publique doit, pour assurer l'efficacité de la commande publique et pour un bon usage des deniers publics, respecter :

- l'égalité de traitement des candidats,
- la liberté d'accès à la commande publique,
- la transparence des procédures.

2.1. Le principe d'égalité des candidats

Toutes les entreprises doivent pouvoir faire acte de candidature ou remettre une offre.

À toutes les étapes de la procédure, elles doivent bénéficier des **mêmes informations** et des **mêmes règles** de compétition.

Leur candidature et leur offre doivent **être analysées dans des conditions identiques**, à partir de critères préalablement définis.

2.2. La liberté d'accès à la commande publique

Quels que soient leur taille et leur statut, les entreprises peuvent librement accéder aux marchés publics sous réserve qu'elles soient en règle avec le fisc, les régimes de cotisation sociale et les règles du Code du travail.

Le principe de liberté d'accès **interdit d'exclure des candidats** qui remplissent toutes les conditions requises par le règlement de la consultation, qui ne doit comporter aucune exigence qui ne serait pas justifiée par l'objet du marché.

La personne publique doit veiller à ce que les clauses du marché et les critères de sélection des candidats et des offres **n'aboutissent pas à écarter certaines catégories** de candidats **ou à en favoriser d'autres**.

La jurisprudence a reconnu la possibilité pour une personne publique de se porter candidate à un marché public. Ce principe est reconnu même si les personnes publiques ne sont pas soumises aux mêmes obligations fiscales et sociales que les candidats privés, ces dérogations n'étant pas par elles-mêmes de nature à fausser la concurrence (CE, avis, 8 novembre 2000, société Jean-Louis Bernard Consultants).

2.3. Le principe de transparence

Cette obligation de transparence qui incombe à l'acheteur public consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, **un degré de publicité adéquat** permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de **l'impartialité des procédures** de passation.

Il existe une obligation de conserver la **preuve de la mise en concurrence**, et de son déroulement.

Le pouvoir adjudicateur doit **informer tous les candidats** de sa décision et, suite à leur demande écrite, leur donner, dans un délai maximum de 15 jours, les motifs détaillés qui l'ont conduit à retenir l'un et rejeter les autres.

Pour les procédures formalisées, un **avis d'attribution** doit être publié dans un délai maximal de 48 jours à compter de la notification.

Une **publicité** des marchés conclus dans l'année devra être effectuée, en précisant le nom des attributaires.

2.4. Sanctions du non-respect de ces principes

La méconnaissance des principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats et de transparence constitue un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence au sens de l'article L 551-1 du Code de justice administrative, relatif au **référé précontractuel** devant les juridictions administratives.

Elle expose également son auteur à des sanctions pénales pour **délit de favoritisme** (octroi d'un avantage injustifié) lequel est puni par l'article 432-14 du Code pénal de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende.

3. La publicité

L'efficacité de la publicité constitue une composante essentielle de la régularité du marché.

Les modalités de publicité doivent être choisies avec soin et une attention toute particulière doit être portée au choix des supports utilisés, et ce, compte tenu de l'évolution de la jurisprudence.

En dessous du seuil de 4 000 € HT : publicité non obligatoire

La publicité et la mise en concurrence ne sont pas obligatoires en dessous de 4 000 € HT.

L'article 28 du Code des marchés publics indique que le pouvoir adjudicateur peut décider que le marché sera passé **sans** publicité **ni** mise en concurrence préalables :

- si les circonstances le justifient ;
- ou si son montant estimé est **inférieur à 4 000 € HT** ;
- ou en cas d'**urgence impérieuse**, dans l'hypothèse où **aucune offre ou candidature n'a été déposée ou d'offres inappropriées**, ou encore pour les **marchés complémentaires** (situations décrites au II de l'article 35).

Il a été estimé que, dans ces hypothèses bien particulières ou pour ce faible montant, une publicité peut devenir un élément d'alourdissement et une dépense inutile.

3.2. Entre les seuils de 4 000 € HT et de 90 000 € HT : une publicité adaptée

Entre 4 000 € HT et 90 000 € HT, le pouvoir adjudicateur **choisit librement les modalités de publicité adaptées** en fonction :

- des **caractéristiques du marché**,
- notamment du **montant**,

– et de la **nature des travaux**, des fournitures ou des services en cause.

Il convient de garder à l'esprit l'idée de proportionnalité des mesures de publicité à mettre en œuvre. Il est évident que plus les montants augmentent, plus il faudra que les mesures de publicité soient augmentées.

L'achat sera regardé comme effectué dans des conditions satisfaisantes au regard des principes de la commande publique si les moyens de publicité utilisés permettent aux **prestataires potentiels d'être informés** de l'intention d'acheter des collectivités publiques et du contenu de l'achat, en vue d'aboutir à une diversité d'offres suffisante pour garantir une réelle mise en concurrence.

S'agissant du recours à Internet, lorsque les acheteurs disposent ou utilisent des **sites dédiés à l'achat public à forte audience**, on peut considérer ce moyen de publicité comme un moyen unique suffisant dans la mesure où la collectivité publique a procédé préalablement à une information générale des candidats potentiels sur son intention de publier ses avis par ce moyen.

En revanche, pour des **sites à audience plus réduite**, il convient de ne considérer ce mode d'information que comme un moyen de publicité complémentaire venant appuyer une publication par voie de presse, mais qui renverrait pour les détails à l'annonce mise en ligne.

Le juge s'attache tout particulièrement à vérifier que la publicité touche bien l'ensemble des candidats potentiels :

- Dans sa décision « **Région Nord-Pas-de-Calais** » du **7 octobre 2005**, le **Conseil d'État** a jugé qu'un marché de programmation, même d'un montant très faible (35 000 €), pouvait **par son objet, nécessiter la mise en œuvre de mesures de publicité allant au-delà de la région**. La haute juridiction a ainsi annulé la procédure de passation du marché relatif à la programmation de l'implantation d'une antenne du musée du Louvre à Lens, estimant que la région Nord-Pas-de-Calais n'avait pas respecté les obligations de publicité et de mise en concurrence qui lui incombait en diffusant l'avis d'appel public à la concurrence sur son site Internet pendant quinze jours et en le publiant dans la Voix du Nord, titre de presse quotidienne régionale.
- Le **14 mars 2006**, c'est le **tribunal administratif de Montpellier** qui a jugé, dans une décision « Société Azur BTP », que la passation d'un marché négocié de travaux de 3,5 millions d'euros devait faire l'objet d'une **publicité allant au-delà de la région**, cette fois **en raison de son montant**. Le marché portait sur la construction d'une caserne de gendarmerie et de quinze villas d'habitation. La publicité avait été faite dans deux journaux d'annonces légales, *le Midi Libre* et *l'Indépendant* qui couvrent l'ensemble de la région Languedoc-Roussillon et le département de l'Aveyron. Le juge a estimé qu'il y avait lieu d'ajouter à ces publicités une publication dans un journal spécialisé correspondant au secteur économique concerné.
- Enfin, le **tribunal de Mamoudzou** (Mayotte) a jugé le **2 mai 2006** que *les modalités de publicité arrêtées par la personne responsable du marché, doivent s'avérer en adéquation non seulement avec le montant du marché mais également avec son objet, et doivent tenir compte du degré de concurrence effectif entre les candidats potentiels.*

Autrement dit, l'objet de la publicité n'est donc pas de toucher la zone géographique où l'acheteur est implanté mais d'atteindre « les candidats potentiels ».

Par ailleurs, un marché passé selon la procédure doit indiquer dès l'avis d'appel à la concurrence les critères de choix des offres (TA Melun 5 juillet 2006, sté Natexis Intertitres).

Pour prouver, si nécessaire, qu'il a pris toute mesure pour susciter une réelle mise en concurrence, l'acheteur pourra produire divers justificatifs : **envoi des publicités, justificatifs de mise en ligne ou demandes de présentation de devis.**

3.3. Entre le seuil de 90 000 € HT et celui de 5 270 000 € HT

Au-dessus de 90 000 € HT, les avis d'appel public à la concurrence sont **obligatoirement conformes aux modèles** fixés par l'arrêté du 28 août 2006.

Ils sont **publiés soit au BOAMP** (bulletin officiel des annonces de marchés publics), **soit dans un journal d'annonces légales.**

Le maître d'ouvrage apprécie de plus si, compte tenu de la nature ou du montant des travaux en cause, **une publication dans un journal spécialisé** correspondant au secteur économique concerné est par ailleurs **nécessaire** pour assurer une publicité conforme aux principes du Code des marchés public.

Les avis adressés au BOAMP sont obligatoirement transmis par téléprocédure.

3.4. Au-dessus du seuil communautaire de 5 270 000 € HT

Au-dessus de 5 270 000 € HT, le maître d'ouvrage a l'obligation de procéder à une publicité nationale et européenne : **BOAMP et JOUE** (Journal officiel de l'Union européenne). Les avis publiés sur ces supports doivent comporter les mêmes renseignements (CE 10 mai 2006, syndicat intercommunal des services de l'agglomération valentinoise).

3.5. Absence de publicité : exceptions très limitées (art. 28, alinéa 4, et art. 35 II du CMP)

- si les circonstances le justifient,
- si le montant estimé du marché est **inférieur à 4 000 € HT**,
- en cas d'**urgence impérieuse**, lorsque qu'**aucune offre ou candidature n'a été déposée**, en cas d'**offres inappropriées** ou encore, pour les **marchés complémentaires** (situations décrites au II de l'article 35).

Ces cas sont dispensés de publicité et de mise en concurrence.

3.6. Le calcul des seuils : les notions d'ouvrage et d'opération (art. 27 du CMP et point 7.1.1 de la circulaire)

Le mode de publicité ou le choix de la procédure à mettre en œuvre se déterminent en fonction de seuils.

Le calcul de ces seuils s'effectue à partir des notions d'ouvrage et d'opération. La méthode est valable pour tous les seuils, que ce soit ceux de 4 000 € HT, 90 000 € HT ou 5 270 000 € HT permettant de savoir quel niveau de publicité effectuer ou ceux de 210 000 € HT et 5 270 000 € HT permettant de décider quelle procédure de passation utiliser.

Pour évaluer le montant d'un marché de travaux, **il convient de prendre en compte la valeur globale des travaux se rapportant à une même opération, opération qui peut porter sur un ou plusieurs ouvrages.**

L'opération de travaux est un ensemble de travaux qui, en considération de leur objet, des procédés techniques utilisés ou de leur financement, ne peuvent être dissociés et que le maître d'ouvrage a décidé d'exécuter dans une même période de temps et sur une zone géographique donnée.

Une opération peut concerner plusieurs ouvrages (la réfection des toitures des écoles d'une même commune ou la réalisation de trottoirs dans différents quartiers de la ville) ou certains travaux réalisés sur un même ouvrage, de nature différente, programmés au même moment (en matière de réhabilitation).

L'ouvrage est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment (ou de génie civil) destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique. C'est concrètement la construction obtenue au terme des travaux réalisés.

Le principe de l'annualité budgétaire est déconnecté des notions d'opération ou d'ouvrage qui, bien évidemment, peuvent être pluriannuels ; dans ce cas, c'est le montant total des travaux relatifs à un ouvrage ou une opération qu'il faut prendre en compte y compris sur plusieurs exercices budgétaires.

C'est la personne publique, sous le contrôle du juge, qui décide de rattacher ses marchés de travaux à un ouvrage ou à une opération plus globale et cette prise de décision se traduira par une programmation unique dans l'année ou pluriannuelle selon les moyens disponibles.

Une convention visant le réaménagement urbain d'un quartier d'une ville, dont la valeur du marché doit être déterminée en considérant le volume global de l'opération d'aménagement, constitue un marché public de travaux (CJCE, 18 janvier 2007, Jean Aurox c/ commune de Roanne).

4. La sélection des candidats

4.1. Interdictions de soumissionner (art. 43 du CMP et point 10.1 de la circulaire)

Les interdictions de soumissionner aux marchés (et accords-cadres) soumis au Code s'appliquent conformément aux dispositions de l'article 38 de l'ordonnance du 6 juin 2005 et de l'article 29 de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées.

En d'autres termes, le maître d'ouvrage doit déclarer **non recevables** les candidatures des personnes ou entreprises :

- en état de **liquidation judiciaire** ou de faillite personnelle ;
- en état de **redressement judiciaire** et qui ne peuvent justifier être habilitées à poursuivre leur activité pendant la durée prévisible d'exécution du marché ;

Le fait pour une entreprise de dissimuler une situation de redressement judiciaire est constitutif d'une fraude et autorise la commission d'appel d'offres ou le pouvoir adjudicateur à reprendre l'examen des offres (CE, 8 décembre 1997, sté A2IL). Mais la fraude est strictement interprétée, et n'est pas reconnue lorsque le pouvoir adjudicateur a omis de vérifier la régularité de la situation du candidat : c'est alors la procédure entière qui est entachée d'irrégularité (CAA Paris, 23 novembre 2004, département de Seine-Saint-Denis).

- qui ont fait l'objet au cours des cinq dernières années d'une **condamnation définitive pour certaines infractions prévues par le Code pénal**, au titre desquelles l'escroquerie, l'abus de confiance, le blanchiment, la corruption ou les faux ;
- qui ont fait l'objet au cours des cinq dernières années d'une condamnation inscrite au bulletin n° 2 du casier judiciaire pour **travail dissimulé** ;
- qui ne sont **pas en règle au niveau de leur situation fiscale et sociale** au 31 décembre de l'année précédant celle du lancement de la consultation conformément à la liste des impôts et cotisations sociales énumérées dans l'arrêté du 31 janvier 2003.

Sont toutefois considérées comme en situation régulière les personnes qui, au 31 décembre de l'année précédant celle au cours de laquelle a eu lieu le lancement de la consultation, ont, en l'absence de toute mesure d'exécution du comptable, soit acquitté les divers produits devenus exigibles à la date du lancement de la consultation, soit constitué des garanties jugées suffisantes par le comptable ;

- qui, étant assujetties à l'obligation définie à l'article L 323-1 du Code du travail (emploi de travailleurs handicapés), n'ont pas au cours de l'année précédent celle au cours de laquelle a eu lieu le lancement de la consultation souscrit la déclaration visée à l'article L 323-8-5 du Code du travail **ou** n'ont pas, si elles en sont redevables (plus de 20 salariés), versé la contribution visée à l'article L 323-8-2 du Code du travail (art. 44-1 du Code des marchés publics).

Attention : ces règles sont impératives pour tout candidat à un marché public, quel que soit son montant (art. L 622-9 et L 620-1 du Code de commerce, lois n° 54-404 du 10 avril 1954, n° 52-401 du 14 avril 1952, n° 97-210 du 11 mars 1997 et décret n° 97-638 du 31 mai 1997).

En pratique, ces interdictions sont récapitulées dans la dernière page de la déclaration du candidat (DC 5), rubrique *Attestations*, et dans les notes de bas de page n° 10 et 11 de la circulaire du 3 août 2006.

4.2. Documents à produire par tous les candidats (ou sélection des candidatures) (art. 44 et 45 du CMP et point 10.2 de la circulaire)

Le candidat produit à l'appui de sa candidature :

- la copie du ou des jugements prononcés (s'il est en redressement judiciaire),
- une déclaration sur l'honneur pour justifier qu'il n'entre dans aucun des cas d'interdiction de soumissionner (voir ci-dessus),
- et les documents et renseignements demandés par le pouvoir adjudicateur.

La liste des renseignements et documents à fournir par le candidat est fixée par **l'article 45** du Code des marchés publics et précisée par **l'arrêté du 28 août 2006** du ministre chargé de l'économie fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats.

Il s'agit d'une **liste limitative**. Le pouvoir adjudicateur ne peut exiger des candidats que des renseignements ou documents permettant d'évaluer leur expérience, leurs capacités professionnelles, techniques et financières ainsi que des documents relatifs aux pouvoirs des personnes habilitées à les engager.

Le maître d'ouvrage doit choisir dans cette liste les documents ou les renseignements qu'il demandera aux candidats dans la mesure où ils sont nécessaires à l'appréciation des capacités des candidats et ce, en fonction de l'objet du marché.

Ces renseignements ou documents doivent permettre d'évaluer l'expérience, les capacités professionnelles, techniques et financières du candidat.

Au stade des candidatures, l'arrêté du 28 août 2006 permet de demander aux entreprises de nouveaux documents par rapport à l'arrêté précédent du 26 février 2004, et ce, **pour faciliter la preuve de leur crédibilité financière**.

Il s'agit :

- d'une déclaration appropriée de banques ou de la preuve d'une assurance pour les risques professionnels. Concrètement, il pourra s'agir d'**un courrier de l'assureur** attestant que l'entreprise candidate est assurée en responsabilité civile et en responsabilité décennale ;
- **des bilans ou extraits de bilans**, concernant **les trois dernières années**, des opérateurs économiques (des entreprises) pour lesquels l'établissement des bilans est obligatoire en vertu de la loi (c'est-à-dire les sociétés commerciales, les associa-

tions fiscalisées). En pratique, il devrait s'agir des tableaux 2050, 2051, 2052 et 2053 de la liasse fiscale correspondant à l'actif, au passif et au compte de résultat ;

- de la liste des travaux exécutés au cours des cinq dernières années qui peut, dorénavant, être appuyée d'attestation de bonne exécution pour les travaux les plus importants. Ces attestations doivent préciser, outre le montant, l'époque et le lieu d'exécution des travaux, **si les travaux ont été effectués selon les règles de l'art et menés régulièrement à bonne fin.**

Les autres renseignements à apporter par le candidat ne sont pas modifiés par rapport au précédent arrêté du 26 février 2004.

Il s'agit de la déclaration du **chiffre d'affaires, de l'effectif de l'entreprise, des titres d'études et professionnels de l'entreprise, de la déclaration du matériel, des certificats de qualification professionnelle.** A noter *qu'en imposant aux candidats à un marché de justifier d'un chiffre d'affaires égal au montant cumulé des trois lots du marché, sans justifier qu'une telle exigence était rendue nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser, la personne publique méconnaît ses obligations de mise en concurrence (CE 17 novembre 2006).*

Il ne peut être exigé des candidats **que des niveaux minimaux de capacités liés et proportionnés à l'objet du marché.** Une même personne ne peut représenter plus d'un candidat pour un même marché.

Par ailleurs, pour justifier de ses capacités professionnelles, techniques et financières, le candidat, même s'il s'agit d'un groupement, **peut demander** que soient également **prises en compte les capacités** professionnelles, techniques et financières **d'autres opérateurs économiques**, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre ces opérateurs et lui. Dans ce cas, il justifie des capacités de ce ou ces opérateurs économiques et apporte la preuve qu'il en disposera pour l'exécution du marché.

Peuvent également être demandés, le cas échéant, des renseignements sur le respect de l'obligation d'emploi de personnes handicapées mentionnée à l'article L 323-1 du Code du travail.

Un modèle de déclaration du candidat est élaboré par le ministère de l'Économie, des finances et le l'industrie (www.finances.gouv.fr). Cette déclaration du candidat ainsi que les documents qui peuvent y être annexés ou indiqués constituent un élément essentiel pour connaître notamment les effectifs de l'entreprise candidate, son chiffre d'affaires, ses bilans, ses comptes, sa solvabilité, ses attestations bancaires, ses moyens techniques, son savoir-faire, son efficacité, son expérience, sa fiabilité, la preuve de la bonne exécution de ses marchés précédents et ses méthodes de contrôle de la qualité.

Au niveau des candidatures, le pouvoir adjudicateur doit impérativement faire figurer dans l'avis d'appel à la concurrence les critères qu'il privilégiera. Si ce document ne fait que renvoyer au règlement de la consultation pour le contenu de ces critères, la décision de passation du marché est entachée d'illégalité (TA Paris, 28 avril 2006, sté Ipsos Loyalty).

4.3. Pièces absentes ou incomplètes (art. 52 du CMP et point 10.3 de la circulaire)

Au stade de la sélection des candidatures, les pouvoirs adjudicateurs peuvent demander aux candidats de régulariser le contenu de la première enveloppe en cas d'oubli ou de production incomplète d'une pièce réclamée dans le dossier de candidature et ainsi permettre à ces candidats de rester dans la compétition.

Les pièces ou renseignements manquants doivent être fournis dans un délai identique pour tous les candidats concernés, délai qui ne saurait être supérieur à dix jours.

Le Code n'impose pas au pouvoir adjudicateur de demander aux soumissionnaires les pièces manquantes, mais **s'il procède à cette demande, c'est au bénéfice de tous les candidats.**

Les candidats qui sont dans un cas d'interdiction de soumissionner un marché, ou qui ne produisent pas les pièces demandées, ne sont pas admis à participer à la suite de la procédure.

4.4. Documents à produire par le seul attributaire (art. 46 et 47 du CMP et point 10.4 de la circulaire)

Le candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché produit également, tous les six mois jusqu'à la fin de l'exécution du marché :

- les pièces prévues aux articles R 324-4 ou R 324-7 du Code du travail (concernant le travail illégal). Ces pièces sont obligatoires dès que le contrat atteint 3 000 €.
- les attestations et certificats prouvant qu'il a satisfait à ses obligations fiscales et sociales.

Le marché ne peut être attribué au candidat dont l'offre a été retenue que si celui-ci produit dans le délai imparti les certificats et attestations prévus. S'il ne peut produire ces documents dans le délai imparti, son offre est rejetée et le candidat est éliminé. Le candidat dont l'offre a été classée immédiatement après la sienne est sollicité pour produire les certificats et attestations nécessaires avant que le marché ne lui soit attribué.

5. La sélection des offres

5.1. Les critères de sélection des offres : l'offre économiquement la plus avantageuse (art 53 du CMP et points 12, 12.1. de la circulaire)

Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, **le pouvoir adjudicateur se fonde** soit :

- **sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché**, notamment **la qualité, le prix, la valeur technique**, le caractère esthétique et fonctionnel, les performances en matière de protection de l'environnement, les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le coût global d'utilisation, la rentabilité, le caractère innovant, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison, **le délai de livraison ou d'exécution**.

D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché.

En cas de pluralité des critères, le pouvoir adjudicateur a le choix des critères d'attribution du marché en fonction de l'objet de celui-ci. De ce fait, le critère prix n'a pas à être obligatoirement pris en compte en cas de pluralité de critères (CE, 28 avril 2006, commune de Toulouse).

- **compte tenu de l'objet du marché, sur un seul critère, qui est celui du prix**. Cela signifie que le maître d'ouvrage devra être en mesure de justifier que, pour cette consultation, seul le prix peut permettre de sélectionner les entreprises.

5.2. Pondération des critères (art. 53 du CMP et point 12.1 de la circulaire)

La **jurisprudence** a mis en évidence l'insuffisance de la hiérarchisation qui conduit à appliquer à l'offre chaque critère l'un après l'autre, par ordre décroissant d'importance. Dans la réalité, cette seule hiérarchisation conduit le plus souvent à favoriser le premier critère, en général le prix, et à neutraliser les autres critères.

La juridiction administrative a tout d'abord considéré que si la pondération des critères était impossible, la personne publique pouvait se borner à procéder à leur hiérarchisation (CE 29 juin 2005, commune de la Seyne-sur Mer, req. n° 267992). Dans une seconde décision (CE, 7 octobre 2005, communauté urbaine de Marseille-Provence-Métropole, n° 276867) la Haute Juridiction va beaucoup plus loin et sanctionne la communauté d'agglomération de Marseille-Provence-Métropole car elle ne justifiait pas d'une impossibilité de pondérer et qu'elle n'avait donc pu légalement se borner dans les documents de la consultation à hiérarchiser les critères d'attribution du marché litigieux.

Ainsi, le fait de recourir dans le règlement de la consultation à la simple hiérarchisation des critères sans justifier de l'impossibilité de pouvoir pondérer est constitutif d'un manquement aux obligations de publicité et de concurrence.

C'est pourquoi le Code des marchés publics 2006 impose la pondération des critères.

Pour les marchés passés selon une procédure formalisée et lorsque plusieurs critères sont prévus, le pouvoir adjudicateur précise leur pondération.

Le poids de chaque critère peut être exprimé par **une fourchette** dont l'écart maximal est approprié.

L'attention de l'acheteur public est appelée sur l'obligation et l'intérêt de la pondération des critères, telle que **publiée dans l'avis de publicité** ou dans les documents de la consultation.

C'est **seulement**, lorsque le pouvoir adjudicateur estime pouvoir démontrer que **la pondération n'est pas possible**, notamment du fait de la complexité du marché, qu'il **hiérarchise les critères par ordre décroissant d'importance**.

Rappel : L'obligation de retenir « l'offre économiquement la plus avantageuse » vaut pour toutes les procédures, quel que soit le montant du marché et non pas pour la seule procédure de l'appel d'offres.

Elle concerne toutes les procédures de passation, y compris les marchés passés selon une procédure adaptée. Toutefois, dans une procédure adaptée, la pondération ou la hiérarchisation des critères pourront être remplacées par une simple énumération des critères qui entreront dans le choix de la collectivité : le choix se fera alors à partir d'une appréciation d'ensemble.

OAB : En présence d'une offre suspecte, le pouvoir adjudicateur ne peut rejeter celle-ci comme anormalement basse en utilisant des motifs concernant des points sur lesquels ni justifications ni précisions n'ont été demandées (CAA Bordeaux, 7 avril 2005, commune de Bordeaux).

5.3. Variantes et options (art. 50. du CMP et point 4.4. de la circulaire)

Lorsque le pouvoir adjudicateur se fonde sur plusieurs critères pour attribuer le marché, **il peut autoriser les candidats à présenter des variantes**.

Le pouvoir adjudicateur indique dans l'avis d'appel public à la concurrence (ou dans les documents de la consultation) s'il autorise ou non les variantes. **À défaut d'indication, les variantes ne sont pas admises.**

Les documents de la consultation mentionnent les exigences minimales que les variantes doivent respecter ainsi que les modalités de leur présentation. Seules les variantes répondant à ces exigences minimales peuvent être prises en considération.

Les variantes sont proposées avec l'offre de base.

Le pouvoir adjudicateur peut également demander des **options**. Les options sont des prestations complémentaires qui doivent être limitées de façon à ne pas fausser le jeu de la concurrence.

La distinction existant entre la variante et l'option ne porte pas sur le fond, elle repose sur la personne qui est à l'origine de cette forme d'offre. Il s'agit d'une **option si c'est une demande du pouvoir adjudicateur** et d'une **variante lorsqu'il s'agit d'une proposition du candidat**.

6. Les procédures de passation des marchés publics

6.1. Les marchés à procédure adaptée (MAPA)

Généralités

Un maître d'ouvrage public a la possibilité de passer des marchés passés selon une procédure adaptée en dessous du seuil de 210 000 € HT pour les marchés de travaux, qu'il s'agisse d'un marché de l'État ou d'un marché d'une collectivité territoriale (art. 28 du CMP).

Les modalités du marché à procédure adaptée sont **librement fixées** par le pouvoir adjudicateur **en fonction** :

- de la **nature et des caractéristiques du besoin** à satisfaire,
- du **nombre**,
- ou de la **localisation des opérateurs économiques** susceptibles d'y répondre,
- ainsi que des **circonstances de l'achat**.

L'acheteur public doit définir lui-même cette procédure en respectant diverses obligations juridiques imposées par le Code, qui, en réalité, constituent des objectifs juridiques à atteindre.

Cette liberté accrue va dans le sens d'une plus grande responsabilisation du maître d'ouvrage.

Le Code ne fixe plus les moyens du maître d'ouvrage, à lui de déterminer ceux qui sont les plus adaptés, mais il impose une obligation de résultat, celle notamment de respecter les principes généraux.

Le pouvoir adjudicateur **peut** néanmoins **s'inspirer** des procédures formalisées prévues par le Code, sans pour autant que les marchés en cause ne soient alors soumis aux règles formelles applicables à ces procédures.

En revanche, s'il se réfère expressément à l'une des procédures formalisées prévues par le Code, le pouvoir adjudicateur est tenu d'appliquer les modalités prévues par le Code des marchés publics.

Quel que soit son choix, le pouvoir adjudicateur ne peut exiger des opérateurs économiques, au stade des candidatures, plus de renseignements ou de documents que ceux prévus pour les procédures formalisées.

Une procédure adaptée doit donc respecter :

- les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures,
- une bonne définition des besoins du pouvoir adjudicateur,
- le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse,
- une **publicité préalable** selon des modalités adaptées en fonction des caractéristiques du marché, de son montant et de la nature des travaux, dans un support efficace permettant de toucher les candidats potentiels (art. 40 II),

- les règles relatives à l'allotissement (art. 10),
- une **durée** d'exécution (art. 16),
- un **prix** unitaire ou forfaitaire, actualisable et/ou révisable (art. 17 à 19),
- une **notification** du marché avant tout commencement d'exécution (art. 81).

Une procédure adaptée doit également respecter les conditions d'exécution déterminées par le titre V du Code dont :

- la remise d'une **avance** dès 50 000 € HT et dans la mesure où le délai d'exécution est supérieur à deux mois (art. 88),
- le versement d'**acomptes mensuels** pour les marchés de travaux (art. 91),
- le **remplacement éventuel de la retenue de garantie par une caution** personnelle et solidaire ou par une garantie à première demande (art. 101 à 103),
- le **paiement dans un délai maximum de 45 jours** (art. 98),
- le respect des règles de **sous-traitance** (art. 112 et suiv.),
- le recensement annuel des marchés (art. 131).

Quel que soit le montant prévisible du marché, la démarche sera toujours la même :

- analyse des besoins ;
- rédaction d'un document de consultation (il peut être précisé dans l'avis dans une publication que les offres seront étudiées par la commune tout à la fois du point de vue de leur prix, de la qualité des matériaux et du délai d'exécution) ;
- réception des offres et sélection (il est conseillé à la commission ou au bureau du conseil municipal consulté pour avis d'attribuer une note à chaque offre, pour chacun des critères qui semblent les plus importants par ordre d'importance décroissant. Mis côte à côte sous forme de tableau, les avantages/inconvénients de chaque offre gagnent alors en clarté et le choix s'impose en général) ;
- négociation s'il y a lieu ;
- signature des documents du marché ;
- réception des travaux.

Procédure adaptée et caractère écrit du contrat. Pour les marchés en procédure adaptée, la forme écrite prévue par le Code n'est **pas une obligation**. Pour les petits achats, l'acheteur peut utiliser un contrat écrit sous forme libre (lettre, télécopie, coupon de commande...). Une commande verbale peut également être acceptée. Toutefois, certaines réglementations imposent un contrat écrit y compris pour les marchés en procédure adaptée (ex. : marchés de maîtrise d'œuvre en application de la loi MOP).

Procédure adaptée et personne responsable du marché. Un marché en procédure adaptée **peut être conclu et signé par toute personne dûment habilitée** par l'autorité compétente en vertu des délégations propres à chaque organisme.

Procédure adaptée et commission d'appel d'offres. L'intervention d'une commission d'appel d'offres ou d'un jury n'est **pas obligatoire** pour sélectionner des candidats ou attribuer un marché dans le cadre d'une procédure adaptée. La décision d'y faire appel relève, dans ce cas, de la seule responsabilité de la personne publique. L'intervention de la commission d'appel d'offres est cependant obligatoire en cas d'avenant augmentant de plus de 5 % le montant initial d'un marché en procédure adaptée (art. 40 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 modifiée par la loi n° 95-127 du 8 février 1995).

Procédure adaptée et négociation avec les candidats. La souplesse d'une procédure adaptée permet de favoriser la négociation entre la personne publique et les candidats. Dans ce cadre, la personne publique doit veiller à assurer la **traçabilité** de l'action engagée et des échanges intervenus.

Procédure adaptée et délais de remise des candidatures ou des offres. Une procédure adaptée n'est soumise à aucune condition de délai pour la remise des candidatures ou des offres. Il appartient à la personne publique de **fixer des délais raisonnables** qui soient compatibles avec l'objet, l'importance et la complexité du marché. Le délai fixé doit, en tout état de cause, permettre aux prestataires potentiels d'être informés de l'intention d'acheter de la personne publique et de réagir en conséquence de sorte que la consultation aboutisse à une diversité d'offres suffisante pour garantir une réelle mise en concurrence. La transparence de la procédure et l'égalité de traitement des candidats imposent à la personne publique d'indiquer ces délais dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation.

Procédure adaptée et critères de sélection des candidatures et de choix des offres. Les principes généraux de la commande publique imposent également à la personne publique **d'indiquer les critères de sélection des candidatures et les critères de choix des offres** dans l'avis de publicité ou dans le règlement de la consultation. La seule condition à observer est que les candidats connaissent au préalable les règles qui régissent la consultation.

Procédure adaptée et information des candidats. Pour les mêmes raisons de transparence et d'égalité de traitement, les candidats dont la candidature ou l'offre a été écartée doivent en être informés. Cependant, le délai de 10 jours prévu par l'article 80 du Code ne s'applique pas en principe aux marchés passés en procédure adaptée. Il convient cependant de réserver pour ces marchés **un délai raisonnable entre l'information des candidats et la signature du marché** dans la mesure où cette contrainte, issue du droit communautaire, s'applique à tous les marchés (CJCE, Alcatel Austria, 28 octobre 1999). Cette obligation d'information des candidats ne s'applique pas aux marchés en procédure adaptée qui ne donnent pas lieu à une mise en concurrence (marchés de très faible montant).

Procédure adaptée et remise des certificats fiscaux et sociaux par l'attributaire du marché. Les dispositions de l'article 46 du Code des marchés publics relatives à la production par le candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché, des pièces mentionnées à l'article R 324-4 du Code du travail ainsi que des certificats fiscaux et sociaux, ne s'appliquent pas aux marchés en procédure

adaptée. Toutefois, l'article **L 324-14 du Code du travail impose à tout acheteur, pour tout contrat d'un montant au moins égal à 3 000 €,** de vérifier que son cocontractant s'est acquitté de ses obligations au regard de l'article L 324-10 qui porte, notamment, sur l'obligation de déclaration aux organismes de protection sociale ou à l'administration fiscale.

Procédure adaptée et notification. La rédaction de l'article 81 du Code rend **obligatoire** la notification des marchés en procédure adaptée **avant tout commencement d'exécution**. Il appartient à l'acheteur d'adapter les modalités de notification (supports, forme) en fonction du montant du marché concerné. En cas de commande verbale, la notification doit être réputée effectuée au moment où le fournisseur en a connaissance et est mis en mesure d'exécuter le marché. Si l'acheteur émet par voie postale ou par voie dématérialisée un bon de commande signé, la notification intervient lorsque le fournisseur reçoit la commande soit par l'intermédiaire de la Poste, soit par le biais de sa lecture sur l'écran de son ordinateur.

Cas particuliers des petits lots (art. 27 III du CMP)

Les lots inférieurs à 80 000 € HT dans les marchés inférieurs à 5 270 000 € HT (et les lots inférieurs à 1 000 000 € HT dans les marchés supérieurs à 5 270 000 € HT) peuvent faire l'objet d'une dévolution par procédure adaptée si le montant cumulé des lots ainsi traités est inférieur ou égal à 20 % de l'ensemble.

Cette condition s'apprécie de la façon suivante :

- si la valeur globale des « petits lots » est supérieure au plafond ci-dessus, la personne publique peut sélectionner parmi ces lots ceux qu'elle souhaite soumettre à une procédure adaptée, les autres « petits lots » étant passés selon la procédure applicable au marché pris dans son ensemble (ex. : appel d'offres) ;
- si la valeur globale des « petits lots » est inférieure au plafond, tous ces lots ou certains d'entre eux, peuvent faire l'objet d'une procédure adaptée.

6.2. Les trois catégories de marchés formalisés

Rappel : Il est toujours possible, même en dessous du seuil de 210 000 € HT, de passer un marché formalisé.

Les marchés compris entre 210 000 € HT et 5 270 000 € HT sont des marchés formalisés. Que ce soit pour l'État ou pour les collectivités territoriales, pour ces marchés de travaux, le maître d'ouvrage public pourra librement opter soit :

- pour un appel d'offres, **ouvert ou restreint** ;
- pour une procédure négociée ;
- pour la procédure de dialogue compétitif.

6.2.1. Définition et déroulement de l'appel d'offres dans le CMP (art. 33, 57 et 60)

1. Définition de l'appel d'offres

L'appel d'offres est la procédure par laquelle la personne publique choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, **sans négociation**, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats.

L'appel d'offres peut être **ouvert ou restreint**.

L'appel d'offres est dit ouvert lorsque tout candidat peut remettre une offre.

L'appel d'offres est dit restreint lorsque seuls peuvent remettre des offres les candidats qui y ont été autorisés après sélection.

La personne responsable du marché est libre de choisir entre les deux formes d'appel d'offres.

Le marché est attribué par la personne responsable du marché après avis de la commission d'appel d'offres pour l'État ainsi que pour les établissements publics de santé et les établissements publics médico-sociaux, ou **par la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales**.

Toute négociation est formellement interdite.

2. Déroulement de l'appel d'offres ouvert (art. 57 et suiv.)

a) Délai de réception des offres

Un avis d'appel public à la concurrence est publié.

Le délai de réception des offres ne peut être inférieur à 22 jours pour les marchés de travaux dont le montant est inférieur à 5 270 000 € HT (ce délai peut être ramené à **15 jours** en cas d'urgence ne résultant pas du fait du pouvoir adjudicateur).

Le délai minimal de réception des offres et des candidatures peut être réduit en cas d'urgence, mais les circonstances de passation du marché doivent alors remplir trois conditions cumulatives : la nécessité de procéder dans l'urgence doit être réelle, l'événement justifiant le recours à l'urgence doit être imprévisible, et il doit être indépendant de la volonté de l'acheteur public (CAA Lyon, 18 décembre 2003, préfet du Rhône). Si l'une de ces conditions manque, par exemple l'imprévisibilité, l'urgence n'est pas constituée et la procédure est irrégulière (CE Ass., 5 mars 1999, président de l'Assemblée nationale).

Ce délai peut être **réduit de 7 jours** (lorsque l'avis d'appel public à la concurrence est envoyé par voie électronique).

Ce délai peut être **réduit de 5 jours** (lorsque le pouvoir adjudicateur offre, par voie électronique et à compter de la publication de l'avis d'appel public à la concurrence, un accès libre, direct et complet aux documents de la consultation en indiquant dans le texte de l'avis l'adresse Internet à laquelle ces documents peuvent être consultés).

Les réductions de délai peuvent être cumulées.

b) Le contenu des dossiers

Les dossiers des candidats sont transmis par tout moyen permettant de déterminer de façon certaine la date et l'heure de leur réception et d'en garantir la confidentialité.

Chaque candidat remet **une enveloppe contenant les documents relatifs à la candidature et une enveloppe contenant l'offre.**

c) Conditions d'ouverture des plis

L'ouverture des plis n'est pas publique ; les candidats n'y sont pas admis. Seuls peuvent être ouverts les plis qui ont été reçus au plus tard à la date et à l'heure limites qui ont été annoncées.

Le pouvoir adjudicateur qui constate que **des pièces dont la production était réclamée sont absentes ou incomplètes**, peut demander aux candidats de compléter leur dossier.

Avant l'ouverture des enveloppes contenant les offres et au vu des seuls renseignements relatifs aux candidatures, les candidatures qui ne peuvent être admises sont éliminées par la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales (ou après avis de la commission d'appel d'offres pour l'État, les établissements publics de santé et les établissements publics sociaux ou médico-sociaux). Les candidats non retenus en sont informés. Les enveloppes contenant les offres des candidats éliminés leur sont rendues sans avoir été ouvertes.

La commission d'appel d'offres ouvre les enveloppes contenant les offres et enregistre le contenu.

Les offres inappropriées ainsi que **les offres irrégulières ou inacceptables sont éliminées** par la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales (ou après avis de la commission d'appel d'offres pour l'État, les établissements publics de santé et les établissements publics sociaux ou médico-sociaux).

d) Interdiction de négociier

Il ne peut y avoir de négociation avec les candidats. Il est seulement possible de demander aux candidats de préciser ou de compléter la teneur de leur offre.

Si la négociation avec les candidats est clairement prohibée, tout contact entre la personne responsable du marché pour l'État ou la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales et le candidat n'est pas interdit.

La personne responsable du marché, ou la commission d'appel d'offres selon le cas, peut discuter avec les candidats pour leur **faire préciser ou compléter la teneur de leurs offres**. Ces précisions ou compléments ne peuvent être réclamés que dans le souci d'ajuster la teneur et le degré de précision des offres entre elles. Il s'agit uniquement de permettre une comparaison réelle de celles-ci sans affecter le jeu de la concurrence.

Lorsque plusieurs offres présentent des imprécisions, chacune des entreprises concernées doit être sollicitée.

La mise au point du marché ne peut constituer qu'un aménagement de l'offre, et doit rentrer dans le cadre des *modifications non substantielles des conditions d'exécution du marché* qui sont appréciées au cas par cas par le juge, lequel

vérifie si la mise au point était de nature à remettre en cause les conditions de l'appel à la concurrence (CE, 27 juillet 1984, sté Biro). Une mise au point introduisant dans certaines circonstances des pénalités pouvant dépasser le montant du marché est abusive : la clause la matérialisant est abusive (TA Nice, 24 mars 2006, société Degremont).

e) Choix de l'offre économiquement la plus avantageuse

La personne responsable du marché pour l'État ou la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales, après avoir analysé et comparé les offres, choisit « l'offre économiquement la plus avantageuse ».

Pour procéder à ce choix, la personne responsable du marché ou la commission d'appel d'offres **se fonde sur les critères qu'elle a préalablement indiqués** dans l'avis d'appel public à la concurrence ou **dans le règlement de la consultation** (*cf. supra*).

f) L'attribution du marché

Après classement des offres l'offre économiquement la plus avantageuse est choisie par la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales (ou après avis de la commission d'appel d'offres pour l'État, les établissements publics de santé et les établissements publics sociaux ou médico-sociaux).

Les deux autorités sont **liées par les critères d'attribution énumérés et hiérarchisés ou pondérés** dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le règlement de la consultation.

Il est possible, en accord avec le candidat retenu, de procéder à une mise au point des composantes du marché sans que ces modifications puissent remettre en cause les caractéristiques substantielles de l'offre ni le classement des offres.

Si le candidat dont l'offre a été retenue ne peut produire les attestations et certificats, son offre est rejetée.

Les candidats dont l'offre n'a pas été retenue sont **informés de son rejet**.

g) Le rejet des candidatures et des offres (art. 80 et 83 du CMP et point 13 de la circulaire)

Pour les marchés passés selon une des procédures formalisées, le pouvoir adjudicateur **avise**, dès qu'il a fait son choix sur les candidatures ou sur les offres, **tous les autres candidats du rejet de leurs candidatures ou de leurs offres, en indiquant les motifs de ce rejet**. Le pouvoir adjudicateur devra toutefois attendre que le candidat retenu ait fourni les attestations fiscales et sociales mentionnées à l'article 46 du CMP pour s'assurer de l'attribution définitive du marché.

Un délai d'au moins 10 jours est respecté entre la date à laquelle la décision de rejet est notifiée aux candidats dont l'offre n'a pas été retenue et la date de signature du marché (ou de l'accord-cadre).

En cas d'urgence ne permettant pas de respecter ce délai de 10 jours, il est réduit dans des proportions adaptées à la situation. Ce **délai** n'est en revanche **pas exigé ni dans les situations d'urgence impérieuse** (justifiant la négociation sans publicité préalable avec un seul soumissionnaire) **ni**, dans le cas des appels d'offres, des marchés négociés ou des marchés passés sur le fondement

d'un accord-cadre, **lorsque le marché est attribué au seul candidat ayant présenté une offre** (qui répond aux exigences indiquées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation).

Si un **candidat demande par écrit** au pouvoir adjudicateur **les motifs détaillés** du rejet de sa candidature ou de son offre, et (si son offre était conforme) les caractéristiques et les avantages de l'offre retenue ainsi que le nom du ou des attributaires du marché (ou de l'accord-cadre), **le pouvoir adjudicateur est tenu de fournir ces renseignements dans un délai de 15 jours à compter de la réception de cette demande écrite.**

La circulaire recommande aux acheteurs d'organiser des rencontres afin d'expliquer oralement aux candidats les raisons qui ont conduit à leur éviction (élément de transparence qui peut éviter de nombreux contentieux).

Pour les marchés passés en procédure adaptée, la circulaire recommande de prévoir **un délai raisonnable** entre l'information des candidats évincés du rejet de leur offre et la signature du marché afin de permettre à un candidat qui s'estimerait irrégulièrement écarté de formuler un recours avant la conclusion du marché.

h) La notification du marché (art. 81 et 82 du CMP)

Les marchés d'un montant supérieur à 4 000 € HT sont notifiés avant tout commencement d'exécution.

Pour les marchés (et accords-cadres) passés selon une procédure formalisée, la notification consiste en un envoi d'une copie du marché signé au titulaire. La date de notification est la date de réception de cette copie par le titulaire.

Le marché prend effet à cette date.

i) Avis d'attribution (art. 85 du CMP et point 15.1 de la circulaire)

Pour les marchés donnant lieu à l'une des **procédures formalisées**, le pouvoir adjudicateur envoie pour publication, **dans un délai maximal de 48 jours à compter de la notification du marché** (ou de l'accord-cadre), **un avis d'attribution**. Le pouvoir adjudicateur est dispensé d'envoyer un avis d'attribution pour les marchés fondés sur un accord-cadre.

L'avis d'attribution est publié **dans l'organe qui a assuré la publication de l'avis d'appel public à la concurrence.**

Pour les marchés de travaux compris entre 210 000 € HT et 5 270 000 € HT, les avis sont publiés **au Bulletin officiel** des annonces des marchés publics **ou dans un journal habilité** à recevoir des annonces légales.

j) Appel d'offres infructueux

Lorsque aucune candidature ou aucune offre n'a été remise ou lorsqu'il n'a été proposé que des offres inappropriées ou des offres irrégulières ou inacceptables, **l'appel d'offres est déclaré sans suite ou infructueux** par la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales (ou après avis de la commission d'appel d'offres pour l'État, pour les établissements publics de santé et les établissements publics sociaux ou médico-sociaux).

Lorsque l'appel d'offres est **déclaré infructueux**, il est possible de mettre en œuvre soit :

- **un nouvel appel d'offres**,
- si les conditions initiales du marché ne sont pas substantiellement modifiées, **un marché négocié sans publicité et sans mise en concurrence préalables** dans le cas d'offres inappropriées,
- **un marché négocié avec publicité et mise en concurrence** dans le cas d'offres irrégulières ou inacceptables,
- s'il s'agit d'un « petit lot », **une procédure adaptée**.

À tout moment, la **procédure peut être déclarée sans suite** pour des motifs d'intérêt général. Les candidats en sont informés.

La décision de ne pas donner suite à l'appel d'offres pour un motif d'intérêt général doit être soigneusement distinguée de la déclaration d'infructuosité.

La commission d'appel d'offres intervient forcément dans la décision d'infructuosité, alors que l'auteur de la déclaration sans suite n'est pas précisé dans le Code, ce qui pourrait dans certains cas conduire à écarter la commission d'appel d'offres au profit de l'autorité exécutive. De plus, l'infructuosité vise des situations comme la carence d'offre, des offres inappropriées ou des offres inacceptables ou irrégulières, alors que la déclaration sans suite est potentiellement plus large et peut s'appuyer sur tout motif d'intérêt général. Par ailleurs, la déclaration sans suite peut intervenir à tout stade de la procédure, ce qui n'est pas le cas de la déclaration d'infructuosité. Enfin, la déclaration d'infructuosité remplace et ouvre la procédure en la réorientant éventuellement vers un nouvel appel d'offres, une procédure négociée ou une procédure adaptée, alors que la déclaration sans suite met fin à la procédure sans produire d'autre effet.

3. Le déroulement d'un appel d'offres restreint dans le CMP (art. 60 et suiv.)

Comme pour l'appel d'offres ouvert, l'appel d'offres restreint est organisé par étapes depuis la définition du besoin jusqu'à la notification du marché

En appel d'offres ouvert, retirent le dossier de consultation les entreprises qui le souhaitent, même si les offres reçues ne sont pas toutes examinées en raison de l'élimination des concurrents ne répondant pas aux critères de régularité et de capacité ; en revanche, **en appel d'offres restreint, ne reçoivent le dossier de consultation que les entreprises préalablement sélectionnées par la collectivité** contractante au vu des garanties, notamment professionnelles et financières, qui lui sont apportées.

Dans les deux cas, l'élimination des candidats intervient par application de critères objectifs de sélection énumérés dans l'avis d'appel à la concurrence.

L'appel d'offres restreint s'articule autour de deux phases bien distinctes : la sélection des candidats et l'attribution du marché.

a) La sélection des candidatures

Le pouvoir adjudicateur **peut décider de limiter le nombre de candidats** qui seront admis à présenter une offre. Il mentionne cette décision dans l'avis

d'appel public à la concurrence. Il fixe dans cet avis un nombre minimum de candidats admis à présenter une offre et peut également en fixer un nombre maximum. Ce nombre minimum ne peut être inférieur à cinq.

En outre, le pouvoir adjudicateur peut fixer un nombre minimum de petites et moyennes entreprises qui seront admises à présenter une offre, sous réserve que le nombre des petites et moyennes entreprises retenues en application des critères de sélection des candidatures soit suffisant. Cette décision est mentionnée dans l'avis d'appel public à la concurrence.

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.

Le délai minimal de réception des offres et des candidatures peut être réduit en cas d'urgence, mais les circonstances de passation du marché doivent alors remplir trois conditions cumulatives : la nécessité de procéder dans l'urgence doit être réelle, l'événement justifiant le recours à l'urgence doit être imprévisible, et il doit être indépendant de la volonté de l'acheteur public (CAA Lyon, 18 décembre 2003, préfet du Rhône). Si l'une de ces conditions manque, par exemple l'imprévisibilité, l'urgence n'est pas constituée et la procédure est irrégulière (CE Ass., 5 mars 1999, président de l'Assemblée nationale).

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.

L'ouverture des plis n'est pas publique ; les candidats n'y sont pas admis. Seuls peuvent être ouverts les plis qui ont été reçus au plus tard à la date et à l'heure limites qui ont été annoncées.

Avant de procéder à l'examen des candidatures, **le pouvoir adjudicateur qui constate que des pièces dont la production était réclamée sont absentes ou incomplètes**, peut demander aux candidats de compléter leur dossier.

Au vu des seuls renseignements relatifs aux candidatures, **la liste des candidats autorisés à présenter une offre** est établie par la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales (ou après avis de la commission d'appel d'offres pour l'État, les établissements publics de santé et les établissements publics sociaux ou médico-sociaux).

Les candidats non retenus en sont informés.

b) La sélection des offres

Une lettre de consultation est envoyée simultanément à tous les candidats sélectionnés. Cette lettre de consultation comporte au moins les documents de la consultation, ou les conditions d'accès à ces documents s'ils sont mis à disposition directe par voie électronique, la date et l'heure limites de réception des offres, l'adresse à laquelle elles sont transmises, les références de l'avis d'appel public à la concurrence publié, la liste des documents à fournir avec l'offre.

Le délai de réception des offres ne peut être inférieur à 22 jours pour les marchés de travaux dont le montant est inférieur à 5 270 000 € HT.

Les délais de réception des offres peuvent être **réduits de 5 jours** (lorsque le pouvoir adjudicateur offre, par moyen électronique et à compter de la publica-

tion de l'avis d'appel public à la concurrence, l'accès libre, direct et complet aux documents de la consultation et à tout document complémentaire, en indiquant dans le texte de l'avis l'adresse Internet à laquelle ces documents peuvent être consultés).

Les offres 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.

La commission d'appel d'offres procède à l'ouverture et à l'enregistrement des offres. La séance d'ouverture des plis contenant les offres n'est pas publique. Les candidats n'y sont pas admis.

Seuls peuvent être ouverts les plis qui ont été reçus au plus tard à la date et l'heure limites qui ont été annoncées dans la lettre de consultation.

Les offres inappropriées ainsi que **les offres irrégulières ou inacceptables sont éliminées** par la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales (ou après avis de la commission d'appel d'offres pour l'État, les établissements publics de santé et les établissements publics sociaux ou médico-sociaux).

Il ne peut y avoir de négociation avec les candidats. Il est seulement possible de demander aux candidats **de préciser ou de compléter** la teneur de leur offre.

Après classement des offres, **l'offre économiquement la plus avantageuse est choisie** par la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales (ou après avis de la commission d'appel d'offres pour l'État, les établissements publics de santé et les établissements publics sociaux ou médico-sociaux).

Il est possible, en accord avec le candidat retenu, de procéder à **une mise au point des composantes du marché** sans que ces modifications puissent remettre en cause les caractéristiques substantielles de l'offre ni le classement des offres.

Si le candidat dont l'offre a été retenue ne peut produire les attestations et certificats, **son offre est rejetée**.

Les candidats dont l'offre n'a pas été retenue sont **informés de son rejet**.

Le marché est notifié et un avis d'attribution est publié.

6.2.2. La procédure de marchés négociés (art. 34, 35, 65 et 66)

1. Définition d'une procédure négociée

Une procédure négociée (art. 34, 35, 65 et 66 du CMP et points 11.1.2, 11.2 et 11.3.2 de la circulaire) une procédure dans laquelle le pouvoir adjudicateur négocie les conditions du marché avec un ou plusieurs opérateurs économiques.

À la différence de la procédure d'appel d'offres, la personne publique dispose d'une **marge de manœuvre importante**. En effet, elle peut, de plein droit et dans le respect des principes d'égalité et de transparence, négocier avec les candidats, et cette négociation a pour objet et peut légitimement avoir pour effet de les conduire à adapter leurs offres. Aux termes des négociations, l'offre économiquement la plus avantageuse sera retenue.

Il convient toutefois de noter que les négociations ne peuvent conduire à modifier les conditions du marché.

Le respect de la concurrence implique que, sauf exceptions prévues par l'article 35, les négociations soient conduites avec plusieurs candidats. Ceci permet d'assurer l'accès le plus large à la commande publique et garantit à la personne publique un choix réel entre plusieurs offres concurrentes.

2. Les cas possibles de recours aux marchés négociés dans le CMP

Le Code des marchés publics précise que les pouvoirs adjudicateurs peuvent passer des marchés négociés dans les cas visés à l'article 35 du Code des marchés publics. Pour les marchés de travaux, les cas sont les suivants :

Article 35-I Marchés négociés APRÈS publicité préalable ET mise en concurrence :

1°) Les **marchés** (et les accords-cadres) pour lesquels, **après appel d'offres** (ou dialogue compétitif), il n'a été proposé que des **offres irrégulières ou inacceptables** que le pouvoir adjudicateur est tenu de rejeter.

Une offre irrégulière est une offre qui, tout en apportant une réponse au besoin du pouvoir adjudicateur, est **incomplète** ou **ne respecte pas les exigences formulées** dans les documents de la consultation.

Une offre est inacceptable si les conditions qui sont prévues pour son exécution **méconnaissent la législation** en vigueur, ou si les crédits budgétaires alloués au marché après évaluation du besoin à satisfaire **ne permettent pas** au pouvoir adjudicateur **de la financer**.

Les conditions initiales du marché ne doivent toutefois pas être substantiellement modifiées.

Le pouvoir adjudicateur est dispensé de procéder à une nouvelle mesure de publicité s'il ne fait participer à la négociation que le ou les candidats qui, lors de la procédure antérieure, ont soumis des offres respectant les exigences relatives aux délais et modalités formelles de présentation des offres.

....

5°) **Marchés** (et les accords-cadres) de travaux dont le **montant est compris entre 210 000 € HT et 5 270 000 € HT**.

Article 35-II Marchés négociés sans publicité préalable et sans mise en concurrence :

1°) Les marchés (et les accords-cadres) conclus pour faire face à une **urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles** pour le pouvoir adjudicateur **et** dont les conditions de passation ne sont pas compatibles avec les délais exigés par les différentes procédures formalisées (et notamment les marchés conclus pour faire face à des situations d'urgence impérieuse) **liées à une catastrophe technologique ou naturelle**.

Peuvent également être conclus selon cette procédure les marchés rendus nécessaires pour **l'exécution d'office**, en urgence, des travaux réalisés par des pouvoirs adjudicateurs, en cas notamment de bâtiments – publics ou privés – menaçant ruine ou d'insécurité constatée ou de menace grave ou imminente.

...

3°) Les marchés (et les accords-cadres) passés selon la procédure de l'appel d'offres, pour lesquels **aucune candidature ou aucune offre n'a été déposée** ou pour lesquels **seules des offres inappropriées ont été déposées**, pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées. **Est inappropriée** une offre qui apporte une réponse sans rapport avec le besoin du pouvoir adjudicateur et qui peut en conséquence être **assimilée à une absence d'offre**.

...

5°) **Les marchés complémentaires de travaux** (qui consistent en des **prestations** qui ne figurent pas dans le marché initialement conclu mais qui sont **devenues nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue**) à condition que l'attribution soit faite à l'opérateur économique qui a réalisé l'ouvrage initial lorsque ces travaux complémentaires **ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché principal** sans inconvénient majeur pour le pouvoir adjudicateur ou lorsque ces travaux, quoiqu'ils soient séparables de l'exécution du marché initial, sont **strictement nécessaires** à son parfait achèvement.

Le montant cumulé de ces marchés complémentaires ne doit pas dépasser 50 % du montant du marché principal.

6°) Les marchés de travaux ayant pour objet la réalisation de **prestations similaires** à celles qui ont été confiées au titulaire d'un marché précédent passé après mise en concurrence.

Le premier marché doit avoir indiqué la possibilité de recourir à cette procédure pour la réalisation de prestations similaires. Sa mise en concurrence doit également avoir pris en compte le montant total envisagé, y compris celui des nouveaux travaux. La durée pendant laquelle les nouveaux marchés peuvent être conclus ne peut dépasser trois ans à compter de la notification du marché initial.

Sans qu'il soit besoin d'apprécier si le reste de la procédure est régulier, **le seul recours à la procédure négociée hors des cas prévus par le Code suffit à entacher la procédure de nullité**, et ne peut faire naître d'obligation entre les parties (CE, 28 juillet 2000, Monsieur Jacquier).

3. Le déroulement d'une procédure de marchés négociés

a) Les mesures en faveur des PME

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

Le pouvoir adjudicateur peut fixer un nombre minimum de petites et moyennes entreprises (pour la définition de la PME, voir paragraphe « Part PME – art. 38 du CMP), qui seront admises à présenter une offre, sous réserve que le nombre des PME retenues en application des critères de sélection des candidatures soit suffisant. Cette décision est mentionnée dans l'avis d'appel public à la concurrence.

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.

b) Le délai de réception des candidatures

Le délai minimal de réception des candidatures pour les marchés de travaux dont le montant est inférieur à 5 270 000 € HT est de **22 jours** (à compter de la date d'envoi de l'avis) ou de **15 jours** (si l'avis a été envoyé par voie électronique).

En cas d'urgence ne résultant pas du fait du pouvoir adjudicateur, ce délai minimal peut être ramené à **15 jours** (ou à 10 jours si l'avis a été envoyé par voie électronique).

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. Seuls peuvent être ouverts les plis qui ont été reçus au plus tard à la date et à l'heure limites annoncées.

Avant de procéder à l'examen des candidatures, **le pouvoir adjudicateur qui constate que des pièces dont la production était réclamée sont absentes ou incomplètes**, peut demander aux candidats de compléter leur dossier.

c) Établissement de la liste des candidats invités à négocier

Au vu des seuls renseignements relatifs aux candidatures, la liste des candidats invités à négocier est établie. Les candidats non retenus en sont informés.

Une lettre de consultation est envoyée simultanément à tous les candidats sélectionnés. Cette lettre de consultation comporte au moins les documents de la consultation ou les conditions d'accès à ces documents s'ils sont mis à disposition directe par voie électronique, la date et l'heure limites de réception des offres, l'adresse à laquelle elles sont transmises, les références de l'avis d'appel public à la concurrence publié, la date limite pour demander des documents complémentaires le cas échéant, la liste des documents à fournir avec l'offre.

Le délai de réception des offres est librement fixé par le pouvoir adjudicateur.

Les offres 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.

Seuls peuvent être ouverts les plis qui ont été reçus au plus tard à la date et l'heure limites. Les offres inappropriées sont éliminées.

d) La négociation

La négociation ne peut porter sur l'objet du marché ni modifier substantiellement les caractéristiques et les conditions d'exécution du marché telles qu'elles sont définies dans les documents de la consultation.

La négociation est conduite **dans le respect du principe d'égalité de traitement** de tous les candidats. Les informations données aux candidats ne peuvent être de nature à avantager certains d'entre eux. Le pouvoir adjudicateur ne peut révéler aux autres candidats des solutions proposées ou des informations confi-

dentielles communiquées par un candidat dans le cadre de la négociation, sans l'accord de celui-ci.

La procédure négociée **peut se dérouler en phases successives** à l'issue desquelles certains candidats sont éliminés, par application des critères de sélection des offres. Le recours à cette faculté est prévu dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation.

Le principe d'égalité est respecté, dès lors que le pouvoir adjudicateur a, au cours de la négociation, mené les négociations dans les mêmes conditions avec tous les candidats, et a permis à chacun d'eux de modifier son offre. Le candidat qui présente l'offre la plus intéressante n'a pas à se justifier, hors le cas de l'offre anormalement basse (CAA Bordeaux, 14 février 2006, syndicat intercommunal d'alimentation en eau potable du Confolentais).

e) Attribution du marché

Au terme des négociations, après classement des offres, l'offre économiquement la plus avantageuse est choisie.

Si le candidat dont l'offre a été retenue ne peut produire les attestations et certificats, son offre est rejetée. Lorsque le candidat dont l'offre a été retenue produit les attestations et certificats, les candidats dont l'offre n'a pas été retenue sont informés du rejet de celle-ci.

La décision d'attribuer le marché à l'issue de la négociation à l'entreprise la moins-disante est constitutif d'un motif d'annulation du marché, dès lors que le règlement de la consultation faisait état de plusieurs critères faisant l'objet d'une pondération (CAA Lyon, 30 décembre 2003, préfet de l'Ain).

Le marché est notifié et un avis d'attribution est publié.

6.2.3. La procédure du dialogue compétitif (art. 36 et 67 du CMP)

1. Définition

La procédure de dialogue compétitif est une procédure dans laquelle le pouvoir adjudicateur conduit un dialogue avec les candidats admis à y participer **en vue de définir ou de développer une ou plusieurs solutions de nature à répondre à ses besoins** et sur la base de laquelle ou desquelles les participants au dialogue seront invités à remettre une offre.

Aucune condition n'est exigée pour recourir au dialogue compétitif pour les marchés de **travaux compris entre 210 000 € HT et 5 270 000 € HT**.

Dans les autres cas, le recours à la procédure de dialogue compétitif est possible lorsqu'un marché public est considéré comme **complexe**, c'est-à-dire si le pouvoir adjudicateur n'est **objectivement pas en mesure de définir seul et à l'avance les moyens techniques** pouvant répondre à ses besoins **ou** s'il n'est **objectivement pas en mesure d'établir le montage juridique ou financier d'un projet**.

La procédure de dialogue compétitif n'est pas un élément d'accélération des procédures mais d'amélioration de la définition des besoins.

2. Déroulement de la procédure

Un avis d'appel public à la concurrence est publié. **Les besoins et exigences sont définis** par le pouvoir adjudicateur dans cet avis.

Les modalités du dialogue sont définies dans l'avis d'appel public à la concurrence (ou dans les documents de la consultation).

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

En outre, le pouvoir adjudicateur **peut fixer un nombre minimum de petites et moyennes entreprises** qui seront admises à présenter une offre, sous réserve que le nombre des petites et moyennes entreprises retenues en application des critères de sélection des candidatures soit suffisant. Cette décision est mentionnée dans l'avis d'appel public à la concurrence.

Le délai minimal de réception des candidatures est de 37 jours (à compter de la date d'envoi de l'avis) ou de 30 jours (si l'avis a été envoyé par voie électronique).

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.

Seuls peuvent être ouverts les plis qui ont été reçus au plus tard à la date et l'heure limites qui ont été annoncées.

Le pouvoir adjudicateur, qui constate que **des pièces dont la production était réclamée sont absentes ou incomplètes**, peut demander aux candidats de compléter leur dossier.

Au vu des seuls renseignements relatifs aux candidatures, la liste des candidats invités à dialoguer est établie. Les candidats non retenus en sont informés.

Les candidats sélectionnés sont simultanément invités, par écrit, à participer au dialogue.

L'invitation à participer au dialogue comporte au moins les documents de la consultation, les références de l'avis d'appel public à la concurrence, la date et le lieu de déroulement du dialogue et la liste des documents à fournir.

Le dialogue s'ouvre avec les candidats sélectionnés.

L'objet du dialogue est l'identification et la définition des moyens propres à satisfaire au mieux les besoins. Tous les aspects du marché peuvent être discutés avec les candidats sélectionnés.

La procédure peut se dérouler en phases successives nécessaires à la personne publique pour définir son besoin. Il peut être demandé aux candidats de modifier les propositions successives issues du dialogue.

À l'issue de chaque phase, le pouvoir adjudicateur peut écarter les propositions des candidats qui se révèlent inadaptées à son besoin en fonction des critères fixés dans les documents de la consultation. Il en informe alors le ou les candidats concernés et poursuit le dialogue avec les candidats restants.

Le dialogue se poursuit jusqu'à ce que soient identifiées, éventuellement après avoir été comparées, **la ou les solutions** qui sont susceptibles de répondre aux besoins, pour autant qu'il y ait un nombre suffisant de solutions appropriées.

Au cours du dialogue, chaque candidat est entendu dans des conditions d'égalité. Le pouvoir adjudicateur ne peut donner à certains candidats des informations susceptibles de les avantager par rapport à d'autres. Il ne peut révéler aux autres candidats des solutions proposées ou des informations confidentielles communiquées par un candidat dans le cadre de la discussion, sans l'accord de celui-ci.

Lorsqu'il estime que la discussion est arrivée à son terme, le pouvoir adjudicateur en informe les candidats qui ont participé à toutes les phases de la consultation. Il les **invite à remettre leur offre finale sur la base de la ou des solutions qu'ils ont présentées et spécifiées au cours du dialogue**, dans un délai qui ne peut être inférieur à quinze jours.

L'invitation à remettre leur offre finale comporte au moins la date et l'heure limites de réception de ces offres, l'adresse à laquelle elles seront transmises et l'indication de l'obligation de les rédiger en langue française. Ces offres comprennent tous les éléments requis et nécessaires pour la réalisation du marché.

Il peut être prévu qu'une prime sera allouée.

L'offre économiquement la plus avantageuse est choisie.

Le marché est notifié et un avis d'attribution est publié.

Le dialogue compétitif peut être **déclaré sans suite ou infructueux**.

7. La négociation

Dans les marchés de travaux la négociation peut être présente dans les marchés à procédure adaptée (MAPA) et pour les marchés compris entre 210 000 € HT et 5 270 000 € HT.

Cette consécration impose aux personnes publiques soumises au Code des marchés publics la maîtrise de la méthodologie de la négociation.

7.1. La négociation peut porter sur :

- les propositions techniques (bases, variantes, etc.),
- les délais (incidence sur le prix des exigences en terme de délai, etc.),
- les quantités (vérification de la quantité nécessaire, etc.),

- la qualité (vérification de la bonne estimation de la qualité, suffisante ou au contraire surestimée au regard des besoins, etc.),
- le prix (l'actualisation, la révision, etc.),
- les garanties de bonne exécution du marché (primes, pénalités, résiliation, etc.),
- les délais de règlement,
- les variantes proposées par le candidat,
- etc.

Le principe d'égalité est respecté, dès lors que le pouvoir adjudicateur a, au cours de la négociation, mené les négociations dans les mêmes conditions avec tous les candidats, et a permis à chacun d'eux de modifier son offre. Le candidat qui présente l'offre la plus intéressante n'a pas à se justifier, hors le cas de l'offre anormalement basse (CAA Bordeaux, 14 février 2006, syndicat intercommunal d'alimentation en eau potable du Confolentais).

7.2. La négociation ne doit pas remettre en cause :

- l'objet du marché,
- les critères de sélection des candidatures et des offres énoncés dans les supports de publicité ou dans les documents de consultation,
- et, d'une façon générale, les caractéristiques principales du dossier de consultation.

7.3. La négociation n'est autorisée que dans :

- les **procédures adaptées** (art. 28 du CMP),
- les **procédures négociées** autorisées par l'article 35 du CMP :
 - les marchés négociés passés **après** publicité préalable **et** mise en concurrence (art. 35 du CMP I) [notamment en cas d'offres irrégulières ou inacceptables et les marchés de travaux dont le montant est compris entre 210 000 € HT et 5 270 000 € HT] ;
 - les marchés négociés passés **sans** publicité préalable **et sans** mise en concurrence (art. 35 du CMP II) [notamment en cas d'urgence impérieuse, d'offre inappropriée, de marchés complémentaires et de marchés similaires] ;
- la **procédure de dialogue compétitif** (art. 36 du CMP) [notamment sans condition d'accès de 210 000 € HT à 5 270 000 € HT pour les marchés de travaux].

La négociation est formellement interdite dans les appels d'offres. Dans ce cadre, seules des précisions peuvent être demandées aux entreprises.

7.4. La négociation doit tenir compte :

- du principe d'**égalité de traitement des candidats**, tout au long de la procédure ;

- du principe de **transparence** qui doit être organisé dans le respect du secret industriel et commercial entourant le savoir-faire des candidats ;
- feuille de style et s'appuyer sur l'analyse des offres sur le plan technique et financier (ouverture des plis et analyse des offres) dans l'objectif du choix de l'offre économiquement la plus avantageuse.

L'acheteur doit donc particulièrement veiller à la **traçabilité des échanges** effectués avec chacun des candidats ainsi qu'à les maintenir à un **même niveau d'information**.

7.5. Différence entre une procédure adaptée et une procédure négociée :

- dans une procédure négociée la souplesse n'existe que dans la négociation elle-même puisqu'il faut respecter le formalisme des articles 65 et 66 du Code, alors que dans une procédure adaptée la personne responsable du marché dispose d'une réelle souplesse dans la fixation des modalités de la procédure ;
- la négociation s'impose nécessairement dans le cadre d'une procédure négociée, alors que ce n'est pas le cas dans une procédure adaptée ;
- les délais minimaux de mise en concurrence fixés à l'article 65 du CMP s'appliquent uniquement en procédure négociée et pas impérativement en procédure adaptée ;
- l'attribution du marché est faite après avis de la commission d'appel d'offres (État), ou par la commission d'appel d'offres au vu d'une proposition de classement des offres (collectivités territoriales), dans les procédures négociées, ce qui n'est pas nécessairement le cas en procédure adaptée.

8. La dématérialisation des procédures de passation

8.1. De quoi s'agit-il ?

La dématérialisation est le simple remplacement d'une passation des marchés publics sur *support papier* par une passation par *voie électronique*.

Le changement est plus culturel que juridique.

La dématérialisation ne change rien aux droits et obligations du client et des entreprises, pas plus qu'elle ne modifie les étapes de passation prévues par la procédure *papier*.

Tous les marchés publics, quel qu'en soit le montant, et quelle que soit la procédure de passation choisie, peuvent être dématérialisés. Un marché de dix mille euros, passé en procédure adaptée, comme un marché de 10 millions d'euros, passé en appel d'offres, peuvent faire l'objet d'une dématérialisation.

8.2. Que prévoit le Code des marchés publics ? (art. 56 du CMP et point 10.5 de la circulaire)

8.2.1. Dématérialisation des documents de la consultation.

Le Code prévoit que les documents écrits, règlement de la consultation, lettre de consultation et cahier des charges peuvent être remplacés par un échange électronique.

Toutefois, les candidats **peuvent toujours demander que les documents de la consultation leur soient envoyés par voie postale** : sur support papier (ou, si le règlement de la consultation le permet, sur support physique électronique).

ATTENTION : Ne pas confondre *transmission par voie électronique* (via le réseau Internet) et *transmission d'un support électronique* (CD-Rom, DVD-Rom, clé USB...) par voie postale, cette dernière étant assimilée à une transmission sur support papier.

De même, le fait qu'un candidat ait **consulté par la voie électronique les documents mis en ligne** par le pouvoir adjudicateur ne fait **pas obstacle à ce qu'il puisse adresser sa candidature et son offre sur support papier** (ou si le règlement de la consultation le permet sur support physique électronique).

Illégalité de l'obligation de présenter les candidatures et les offres par voie électronique (TA Lyon, 2 mars 2006, association lyonnaise).

8.2.2. Les obligations du maître d'ouvrage

- Il peut remplacer les documents écrits par un échange électronique.
- Il précise les modalités d'accès au réseau dans la publicité et permet le téléchargement du règlement de la consultation (procédure formalisée).
- Il assure la sécurité des transactions sur un réseau informatique de façon non discriminatoire (procédure formalisée).
- Il doit garantir la sécurité et la confidentialité des informations.
- Il indique dans la publicité le mode de transmission des candidatures et des offres.
- Il ne peut refuser de recevoir les candidatures et les offres des entreprises qui n'auraient pas respecté son choix (sauf MAPA).
- Il pourra exiger la transmission des candidatures et des offres par voie électronique en 2010.
- Il doit accepter toutes les catégories de certificats de signature électronique figurant sur la liste du ministère des Finances.

8.2.3. Les obligations de l'entreprise

- Elle a les frais d'accès au réseau à sa charge.
- Elle envoie sa candidature et son offre dans des conditions qui permettent d'authentifier sa signature (sauf MAPA).
- Elle fournit une adresse électronique.

- Elle désigne la personne physique habilitée à remettre une offre pour son compte.
- Elle a les frais de signature électronique à sa charge.
- **Elle peut demander un envoi postal sur support papier** (ou si le règlement de la consultation le prévoit sur support physique électronique) **si les documents sont mis en ligne.**
- **Elle peut adresser sa candidature et son offre sur support papier** (ou si le règlement de la consultation le prévoit sur support physique électronique) **si elle a consulté les documents mis en ligne.**
- Elle doit présenter les dossiers de candidature et d'offre séparément (fichiers distincts ou supports distincts).
- **Elle peut envoyer une copie de sauvegarde.**

8.2.4. La signature électronique

Pour signer électroniquement, sont nécessaires un **certificat de signature électronique** et un logiciel de signature. Toutefois, l'intéressé n'a pas besoin de disposer d'un logiciel de signature s'il utilise un portail.

Un certificat de signature électronique est un document sous forme électronique qui a pour but d'authentifier l'identité de la personne signataire (carte d'identité), l'intégrité des documents échangés (protection contre toute altération) et l'assurance de non-répudiation (impossibilité de renier sa signature).

Pour signer électroniquement sa candidature et son acte d'engagement, l'entreprise choisit librement une catégorie de certificats de signature électronique. **Le certificat est nominatif, il est délivré aux personnes habilitées pour engager la personne morale.**

La liste des catégories de certificats de signature électronique référencées est publiée sur le **site Internet du ministre** chargé de la réforme de l'État à l'adresse suivante :

<http://www.entreprises.minefi.gouv.fr/certificats/>

Cette liste est évolutive, elle est en effet actualisée au fur et à mesure des référencements.

L'arrêté du 28 août 2006 simplifie le dispositif de signature dans la mesure où il garantit aux entreprises que **toutes les catégories de certificats de signature électronique référencées sont acceptées par tous les pouvoirs adjudicateurs (État, collectivités territoriales, établissements publics)**. Par ailleurs, de tels certificats peuvent également être utilisés pour d'autres téléservices (TéléTV @, téléc@rte grise, déclarations sociales...).

8.2.5. La copie de sauvegarde

La copie de sauvegarde est une copie des dossiers des candidatures et des offres destinée à se substituer, en cas d'anomalie, aux dossiers des candidatures et des

offres transmises par voie électronique au pouvoir adjudicateur. Cette notion de copie de sauvegarde est donc différente de celle d'archivage des données.

Parallèlement à l'envoi électronique, les opérateurs économiques peuvent ainsi faire parvenir au pouvoir adjudicateur une copie de sauvegarde **sur support physique électronique** (CD-Rom, DVD-Rom, clé USB...) **ou bien sur support papier**.

Lorsque l'entreprise envoie une copie de sauvegarde sur support physique électronique (ou sur support papier), elle doit :

- l'adresser dans les délais impartis ;
- la placer dans un pli scellé ;
- lui faire porter la mention « copie de sauvegarde ».

Cette copie de sauvegarde peut être ouverte :

- lorsqu'un virus informatique est détecté ;
- si la candidature ou l'offre électronique n'est pas parvenue dans les délais ;
- si elle n'a pas pu être ouverte par le pouvoir adjudicateur.

Les acteurs de la commande publique peuvent **trouver** toutes les **informations utiles dans le vade-mecum** juridique de la dématérialisation des marchés publics téléchargeable sur le site :

<http://www.minefi.gouv.fr/>

(rubrique « marchés publics »).

À compter du 1^{er} janvier 2010, le pouvoir adjudicateur pourra exiger la transmission des candidatures et des offres par voie électronique.

8.2.6. Ni enchères électroniques, ni système d'acquisition dynamique en marchés de travaux

- Le client public ne peut recourir à l'enchère électronique **que pour les marchés de fournitures** d'un montant supérieur à 210 000 € HT.
- Le système d'acquisition dynamique (procédure entièrement électronique de passation de marché public) est réservé aux **fournitures courantes**.

8.2.7. Constat

- Beaucoup d'entreprises consultent les différents sites Internet et ont accès aux publicités dématérialisées.
- Beaucoup d'entreprises téléchargent les dossiers de consultation.
- En revanche, très peu d'entreprises répondent par voie électronique (moins de 1 %).
- Il y a beaucoup trop de plates-formes, avec des ergonomies très différentes.
- Des difficultés liées aux délais d'acheminement.
- Des difficultés liées à la fiabilité de l'acheminement.

- Des problèmes dus à la restitution des documents.
- Une absence de ressources matérielles de certaines petites collectivités.

MALGRÉ CES OBSTACLES, LA DÉMATÉRIALISATION EST INÉLUCTABLE

Aussi est-il très important d'envisager dès maintenant la réponse électronique non seulement pour les procédures formalisées, mais aussi pour les procédures adaptées. Ceci est d'ailleurs facilité, depuis le 1^{er} septembre 2006, par le système de la copie de sauvegarde qui permet aux entreprises de prendre moins de risques.

9. La passation des marchés privés

9.1. La passation des marchés privés non réglementés

9.1.1. Le principe : liberté contractuelle

Les maîtres d'ouvrage privés ne sont soumis à aucune règle obligatoire en matière de passation de leurs marchés. Les dispositions contractuelles d'un marché ont force de loi entre les parties (art. 1134 du Code civil).

Les maîtres d'ouvrage privés (particuliers, commerçants, industriels, promoteurs...) ne sont obligés de respecter ni le Code des marchés publics, ni l'ordonnance du 6 juin 2005, ni la loi MOP du 12 juillet 1985.

Ils ne sont pas tenus au respect des principes de transparence et d'égalité des candidats et n'ont, de ce fait, aucune obligation en matière de publicité, ou de mise en concurrence et ne sont pas obligés de passer leurs marchés après un appel d'offres.

Le principe de la liberté contractuelle prévaut. Les marchés privés non réglementés ne sont cependant pas dispensés de respecter les lois d'ordre public. De ce fait, certaines clauses, contraires à ces dispositions légales ou réglementaires d'une particulière importance, seront écartées de plein droit.

L'existence de règles d'ordre public vient ainsi limiter le principe fondamental de liberté des conventions.

9.1.2. Les exceptions : le respect des règles d'ordre public

Sont prohibées les clauses contraires :

- aux articles **1792 et suivant du Code civil** sur la responsabilité des constructeurs (se reporter au chapitre sur la réception des travaux) ;
- aux dispositions de la **loi du 31 décembre 1975**, relative à la sous-traitance (se reporter au chapitre sur la dévolution des marchés) ;
- aux dispositions de la **loi du 16 juillet 1971** sur la retenue de garantie (se reporter au chapitre sur les garanties) ;

- aux dispositions **de l'article 1799-1 du Code civil** sur la garantie de paiement des entrepreneurs (se reporter au chapitre sur les garanties).

De telles clauses seraient considérées comme non écrites ou annulables. De plus, en cas de litige, un juge doit en principe soulever d'office l'inefficacité de telles stipulations.

Ces mécanismes, restrictifs de la liberté contractuelle, assurent l'efficacité des dispositifs de protection voulus par le législateur, en évitant que la partie la plus forte n'impose ses règles à la plus faible.

Cela est encore renforcé lorsqu'un contrat d'entreprise est conclu entre un professionnel et un non-professionnel, par le jeu de l'interdiction des clauses abusives.

9.2. Le devis

9.2.1. Le devis est établi par l'entrepreneur

Le devis peut constituer **un préalable à la signature du marché**. Il peut être **le marché lui-même** lorsqu'il est accepté et donc signé par le maître d'ouvrage.

Un devis est un document détaillant les travaux à accomplir, les matériaux à utiliser et leur prix ; il est établi par l'entrepreneur et proposé au maître d'ouvrage.

Lorsque le devis est suffisamment précis et détaillé, il s'analyse juridiquement en une offre de l'entrepreneur, par laquelle celui-ci s'engage fermement. **L'approbation sans réserve du devis** par le maître d'ouvrage **vaut** alors **conclusion du marché**.

9.2.2. Lorsque le maître d'ouvrage est un consommateur

Les règles relatives au devis sont plus nombreuses lorsque le maître d'ouvrage est un particulier.

L'obligation d'information sur les prix impose alors à l'entrepreneur de faire figurer sur le devis la somme totale TTC que devra payer le maître d'ouvrage. Ne pourront y être ajoutées lors du règlement que les sommes correspondant à des travaux supplémentaires exceptionnels expressément réclamés par le consommateur et dont il a préalablement accepté le coût.

Lorsque l'exécution des travaux n'est pas immédiate, l'entrepreneur doit indiquer sur son devis **la date limite d'exécution des travaux**. À défaut, en cas d'absence de cette date ou de non-respect de celle-ci, le client pourra résilier le marché pour inexécution d'une obligation contractuelle.

9.2.3. Dans certains cas le devis est obligatoire

L'arrêté du 2 mars 1990 relatif à la publicité des prix des **prestations de dépannage, de réparation et d'entretien** dans le secteur du bâtiment et de l'électroménager rend obligatoire l'élaboration d'un devis dans ces secteurs, et en

réglemente le contenu. En outre, il oblige l'entrepreneur à rédiger un ordre de réparation.

L'annexe de l'arrêté fixe la liste des prestations entrant dans le champ d'application de la loi : **maçonnerie, menuiserie, plomberie, peinture**, etc.

Lorsque le montant estimé des travaux, devis compris, est **supérieur à 150 € TTC**, ou si le maître d'ouvrage consommateur le demande, l'entrepreneur doit préparer un devis détaillé : établi en double exemplaire, il comporte l'indication manuscrite, datée et signée du consommateur « **devis reçu avant l'exécution des travaux** ».

Il doit comporter certaines mentions :

- date de rédaction,
- noms et adresses de l'entreprise et du maître d'ouvrage,
- décompte détaillé en quantité et en prix de chaque prestation et produit nécessaire à l'opération prévue,
- frais de déplacement le cas échéant,
- somme globale à payer, HT et TTC,
- durée de validité de l'offre,
- et indication du caractère gratuit ou payant du devis.

Le devis n'est **pas obligatoire** lorsque l'entreprise intervient dans le cadre de contrats d'entretien ou de garantie pour des prestations couvertes par un forfait déjà payé ou en cas **d'urgence absolue**. Dans ce dernier cas toutefois, l'établissement d'un ordre de réparation reste obligatoire.

9.3. La passation des marchés réglementés

9.3.1. Les procédures de passation des marchés des SEM et des SA d'HLM agissant en qualité de mandataire (maître d'ouvrage délégué)

Depuis la loi du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'œuvre privée, dite loi MOP, les SEM et les SA d'HLM sont légalement habilitées à être maître d'ouvrage délégué (mandataire) d'un autre maître d'ouvrage réglementé (art. 4 de la loi MOP).

Cependant, avant juin 2004, les SA d'HLM ne pouvaient être mandataires qu'au profit d'autres organismes d'habitation à loyer modéré et uniquement pour des ouvrages réalisés portant sur une opération de logements aidés.

Depuis juin 2004, l'article 4 (modifié) de la loi MOP permet à un maître d'ouvrage soumis à la loi MOP de donner mandat à **toute personne publique ou privée** qui n'exerce pas directement ou indirectement une mission de maîtrise d'œuvre, de réalisation de travaux ou de contrôle technique portant sur l'ouvrage à réaliser. L'énumération limitative des personnes pouvant être mandataires a donc été supprimée.

Ainsi, les SEM et les SA d'HLM peuvent être dorénavant maître d'ouvrage délégué (mandataire) d'un maître d'ouvrage soumis à la loi MOP sans autre restriction que de ne pas, directement ou indirectement, exercer une mission de maîtrise d'œuvre, de réalisation de travaux ou de contrôle technique portant sur l'ouvrage à réaliser.

Lorsque la SEM (ou la SA d'HLM) est mandataire d'un maître d'ouvrage, elle est dans ce cas maître d'ouvrage délégué et agit pour le compte de ce maître d'ouvrage. Les règles de passation des contrats signés par le mandataire sont donc les **règles de passation applicables au mandant, le maître d'ouvrage**. Ainsi, si la SEM est mandataire d'une commune, ses marchés seront, dans ce cas, soumis au Code des marchés publics puisque les marchés des communes sont soumis à ce Code ou, si la SA d'HLM est mandataire d'une autre SA d'HLM, ses marchés, seront soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005, puisque les marchés **des SA d'HLM sont soumis à cette ordonnance** (cf. supra chap. 1 – la maîtrise d'ouvrage déléguée et point suivant du présent chapitre).

9.3.2. Les procédures de passation des marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics

1. Les textes

L'ordonnance n° 2005-659 du 6 juin 2005, relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées NON soumises au Code des marchés publics, réunit en un seul et unique texte l'ensemble des dispositions législatives applicables aux organismes non soumis au Code des marchés, mais soumis aux directives marchés publics, qui figuraient dans les lois du 3 janvier 1991, du 11 décembre 1992 et du 29 janvier 1993.

Elle est complétée, pour la partie réglementaire, par deux décrets :

- celui du 20 octobre 2005 (n° 1308) pour les opérateurs de réseaux (eau, énergie, transports et services postaux), qui ne sera pas traité ici ;
- et celui du 30 décembre 2005 (n° 1742) qui concerne les secteurs dits classiques, dont celui du bâtiment et du génie civil.

2. Les maîtres d'ouvrage concernés

En pratique, sont concernés les marchés (et accords-cadres) passés par les pouvoirs adjudicateurs (maîtres d'ouvrage) suivants :

- **les organismes privés d'HLM** (sociétés anonymes, coopératives d'HLM et sociétés de crédit immobilier),
- **les SEM de construction et de gestion de logements sociaux,**
- **les sociétés d'économie mixte (SEM),**
- la Banque de France,
- la Caisse des dépôts et consignations.

Plus généralement, les marchés passés par :

- **les organismes de droit privé ou les organismes de droit public** (autres que ceux soumis au CMP), **dotés de la personnalité juridique** et qui ont été créés pour satisfaire spécifiquement des **besoins d'intérêt général** (ayant un caractère autre qu'industriel et commercial), dont soit :
 - a) **l'activité est financée majoritairement par** un pouvoir adjudicateur soumis au CMP ou à l'ordonnance du 6 juin 2005,
 - b) **la gestion est soumise à un contrôle par** un pouvoir adjudicateur soumis au CMP ou à l'ordonnance,
 - c) **l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres** dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur soumis au Code des marchés publics ou à l'ordonnance du 6 juin 2005.
- **Les organismes de droit privé, dotés de la personnalité juridique**, constitués en vue de **réaliser certaines activités en commun**, soit :
 - a) **par** des pouvoirs adjudicateurs soumis au CMP,
 - b) **par** des pouvoirs adjudicateurs soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005,
 - c) **par** des pouvoirs adjudicateurs soumis au CMP **et** à l'ordonnance du 6 juin 2005.

Et enfin :

- les **marchés subventionnés** directement à **plus de 50 %** par un pouvoir adjudicateur soumis au CMP ou à l'ordonnance du 6 juin 2005 et qui **ou bien** concernent des **activités de génie civil ou bien** ont pour objet de réaliser ou de faire réaliser **tous travaux de bâtiment** relatifs à des établissements de **santé**, des équipements **sportifs, récréatifs** ou de **loisir**, des bâtiments **scolaires** ou **universitaires** ou des bâtiments à **usage administratif**.

ATTENTION : Les dispositions de l'ordonnance s'appliquent sans condition de seuil.

Les dispositions du décret du 30 décembre 2005 ne s'appliquent obligatoirement que pour les opérations d'un montant supérieur à 5 270 000 € HT.

3. Principales dispositions de l'ordonnance du 6 juin 2005

- L'ordonnance s'applique sans condition de seuil.
- Elle détermine les règles qui sont applicables à la fois aux pouvoirs adjudicateurs et aux entités adjudicatrices. **Les marchés de travaux de bâtiment ne sont concernés que par les mesures concernant les pouvoirs adjudicateurs.**
- Les marchés (et accords-cadres) soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005 doivent **respecter les principes** de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures (art. 6).
- Ne peuvent soumissionner ces marchés que les personnes qui peuvent soumissionner un marché public (art. 8).
- Attribution du marché (ou de l'accord-cadre) à **l'offre économiquement la plus avantageuse** (art. 14).

- Recours précontractuels possibles, y compris pour les contrats de droit privé (art. 24).

4. Principaux articles du décret du 30 décembre 2005

- Les dispositions du décret ne s'appliquent obligatoirement qu'au-dessus de 5 270 000 € HT.
- Spécifications techniques (art. 2 et 3)
- Clauses sociales et environnementales (art. 4)
- Durée du marché (art. 5)
- Prix, actualisation, révision (art. 6)
- Seuils et procédures (art. 7 à 10). **Pour les marchés de travaux, au-dessus de 5 270 000 € HT, les marchés sont passés selon une procédure formalisée qui peut être, soit un appel d'offres (ouvert ou restreint), soit une procédure négociée, soit une procédure du dialogue compétitif. Au-dessous de ce seuil, les marchés sont passés selon des modalités librement définies par le pouvoir adjudicateur.**
- Notion d'opération (art. 11)
- Confidentialité (art. 13)
- Dématérialisation (art. 14)
- Publicité (art. 15 et 16)
- Présentation des candidatures (art. 17 à 19)
- Présentation des offres (art. 20 et 21)
- Sélection des candidatures (art. 23)
- Offre économiquement la plus avantageuse et pondération (art. 24)
- Enchères électroniques (art. 25). **Les marchés de travaux, quel que soit leur seuil, ne sont pas concernés par les enchères électroniques.**
- OAB (art. 26)
- Appel d'offres (art. 28 à 32)
- Procédures négociées (art. 33 à 37)
- Dialogue compétitif (art. 38 à 40)
- Accords-cadres et marchés à bons de commandes (art. 42 et 43)
- Rapport de présentation, motifs de l'éviction, avis d'attribution (art. 45 à 47)

5. Les organismes HLM

En outre, les organismes privés d'HLM et les SEM de construction et de logements sociaux doivent respecter les dispositions prévues dans les articles R 433-6, 10, 18, et R 433-20 à 23 du Code de la construction et de l'habitation :

- R 433-6 du CCH : Commission d'appel d'offres et rapport annuel au Conseil d'administration.
- R 433-10 du CCH : Construction et maintenance d'un ouvrage.
- R 433-18 du CCH : Avances, acomptes et variation de prix.

- R 433-20 du CCH : Contrats de maîtrise d’œuvre.
- R 433-21 du CCH : Concours.
- R 433-22 du CCH : Conception et réalisation.
- R 433-23 du CCH : Recherche, essais ou expérimentation.

RAPPELS à propos des organismes privés d’HLM :

- les marchés des organismes privés d’HLM (et ceux des SEM de construction et de gestion de logements sociaux) sont **des marchés privés** ;
- **avant 1993**, ces marchés privés n’étaient **pas réglementés**,
- ils ne sont réglementés que depuis la loi Sapin de janvier 1993 et ses décrets d’application de mars 1993, abrogés par l’ordonnance du 6 juin 2005 ;
- **de 1993 à 2001**, la passation des marchés des organismes privés d’HLM était très proche de la passation des marchés du CMP, avec un **appel d’offres obligatoire pour les marchés supérieurs à 700 000 F TTC (90 000 € HT)** ;
- ce n’est que depuis le Code des marchés de 2001 (du fait de l’abrogation inopportune d’une disposition), que les marchés des HLM sont dépourvus de seuil à partir duquel faire obligatoirement un appel d’offres. Ceci a contraint, en pratique, les conseils d’administration des organismes HLM à prendre des dispositions, fixant **par SA d’HLM**, le seuil des procédures formalisées.

C’est ainsi qu’en pratique, depuis 2001, aucun texte n’impose plus de seuil à partir duquel faire un appel d’offres pour les marchés des HLM. **Les entreprises sont donc habituées à cette absence de réglementation en dessous de 5 270 000 € HT et, de ce fait, à des règles qui peuvent être parfois différentes d’un organisme à l’autre.**

Entrée en vigueur : 1^{er} janvier 2006 : Passation et exécution des marchés pour lesquels une consultation a été engagée (ou un avis d’appel public à la concurrence a été envoyé) après cette date. **Exécution** des marchés notifiés (ou en l’absence de notification exécution des marchés signés) après cette date.

9.3.3. Les procédures de passation des marchés des organismes de sécurité sociale

1. Généralités

Les marchés des organismes de sécurité sociale sont **soumis au Code des marchés publics** sous réserve des dispositions spécifiques **d’un arrêté du 4 octobre 2005** portant réglementation sur les marchés des organismes de sécurité sociale **modifié par un arrêté du 2 mars 2006 (JO du 17 mars)**.

Il est important toutefois de souligner que ces marchés sont toujours des contrats de droit privé et donc, de ce fait, soumis en cas de contentieux à l’appréciation **des tribunaux de l’ordre judiciaire**.

Toutefois, ce sont les dispositions législatives et réglementaires relatives aux conditions de **passation et d’exécution des marchés publics de l’État** et de ses établissements publics qui sont applicables aux marchés des organismes de

sécurité sociale. En effet, l'arrêté du 4 octobre 2005 est un texte qui précise une disposition législative (l'article L.124-4 du Code de la sécurité sociale) qui fixe les principes de base du droit des marchés passés par les organismes privés de sécurité sociale, et notamment le fait que ces marchés doivent respecter les garanties des marchés de l'état.

En d'autres termes, ces marchés doivent **notamment** respecter :

- **les grands principes** du Code des marchés publics : l'égalité des candidats, la liberté d'accès à la commande publique, la transparence, la publicité et la mise en concurrence, la définition préalable de ses besoins par le maître d'ouvrage et l'offre économiquement la plus avantageuse ;
- **les procédures de passation** : procédure adaptée en dessous de 210 000 € HT, procédure formalisée (appel d'offres, marchés négociés ou dialogue compétitif) au-dessus de 210 000 € HT ;
- le délai global maximum de paiement de 45 jours ;
- mais également l'obligation du paiement direct des sous-traitants de rang un (article 112 et suivants du Code des marchés publics).

L'arrêté du 4 octobre 2005 est publié au Journal officiel du 25 octobre 2005. Il abroge l'arrêté du 31 janvier 2002 portant règlement sur les marchés des organismes de sécurité sociale.

Il est entré en vigueur le 26 octobre 2005 (art. 20 du décret).

2. Sont concernés :

- tous les organismes privés assurant en tout ou partie la gestion d'un régime obligatoire de sécurité sociale, qu'ils soient régis par le Code de la Sécurité sociale ou le Code rural (à l'exclusion des organismes mentionnés aux articles L 211-4, L 381-9, L 611-3 et L 712-6 du Code de la Sécurité sociale) ;
- l'Union des caisses nationales de sécurité sociale ;
- les unions, associations ou fédérations desdits organismes ;
- les groupements d'intérêt économique et les groupements d'intérêt public lorsqu'ils sont financés majoritairement d'organismes relevant de la sphère Sécurité sociale.

9.4. La dématérialisation dans les marchés privés

Il n'existe pas, comme pour les marchés publics, de réglementation spécifique organisant la dématérialisation des dossiers.

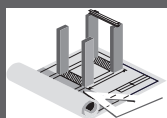
Cependant, la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance électronique dans l'économie numérique fixe des obligations pour la conservation des documents dématérialisés et la passation des contrats électroniques.

Tout professionnel qui propose, par voie électronique, la fourniture de biens ou la prestation de services met à la disposition les conditions contractuelles applicables d'une manière qui permette leur conservation et leur reproduction (art. 2 du décret du 30 avril 2002).

Au-delà d'un certain montant (déterminé par décret à paraître), le contractant professionnel assure la conservation de l'écrit qui constate le contrat conclu par voie électronique pendant un délai déterminé (art. L 134-2 du Code civil).

Les contrats qui ne sont soumis à aucune formalité particulière peuvent être passés sous la forme électronique (art. 1108-1 et 1108-2 du Code civil).

Les obligations d'informations relatives à une offre électronique et à la conclusion d'un contrat électronique relèvent des dispositions générales de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004.



Ce chapitre est consacré à toutes les garanties : celles que le maître d'ouvrage public peut exiger de l'entrepreneur (section 1), celles que le maître d'ouvrage privé peut exiger de l'entrepreneur (section 2), celles qui doivent être fournies par l'entrepreneur principal au sous-traitant dans un contrat de sous-traitance (section 3), celles que le maître d'ouvrage privé doit fournir à l'entrepreneur (section 4).

1. Les garanties que le maître d'ouvrage peut exiger de l'entrepreneur dans les marchés soumis au CMP

1.1. La retenue de garantie et son remplacement par une caution ou par une garantie à première demande

La retenue de garantie consiste à prélever 5 % maximum de chaque acompte versé à l'entreprise titulaire au titre de l'exécution du marché. La retenue de garantie est restituée à l'entreprise dans le mois qui suit l'expiration du délai de garantie contractuelle, généralement 12 mois.

La caution personnelle et solidaire est une sûreté générale contractée par l'entreprise auprès d'un établissement agréé (banques, assurances, mutuelles, caisses de caution, etc.). La caution s'engage à rembourser les sommes réclamées par l'administration à l'entreprise dans la limite du plafond déterminé par le marché et, en tout état de cause, à hauteur de 5 % maximum. La caution est libérée dans le délai d'un mois qui suit l'expiration du délai de garantie contractuelle, sauf si le titulaire n'a pas rempli ses obligations. Elle peut opposer toutes les exceptions que pourrait opposer l'entreprise.

La garantie à première demande est une garantie autonome. À la différence de la caution personnelle et solidaire, elle joue automatiquement sans que l'organisme de garantie puisse opposer à l'administration des circonstances tendant à diminuer la dette garantie.

Nous étudierons successivement la retenue de garantie, la caution personnelle et solidaire et la garantie à première demande.

Les articles 101, 102 et 103 du Code issu du décret du 1^{er} août 2006 sont ainsi rédigés :

Article 101

Le marché peut prévoir, à la charge du titulaire, une retenue de garantie qui est prélevée par fractions sur chacun des versements autres qu'une avance. Le montant de la retenue de garantie ne peut être supérieur à 5 % du montant initial augmenté, le cas échéant, du montant des avenants. La retenue de garantie a pour seul objet de couvrir les réserves à la réception des travaux, fournitures ou services ainsi que celles formulées, le cas échéant, pendant le délai de garantie. Le délai de garantie est le délai, qui peut être prévu par le marché, pendant lequel le pouvoir adjudicateur peut formuler des réserves sur des mal-façons qui n'étaient pas apparentes ou dont les conséquences n'étaient pas identifiables au moment de la réception.

Dans l'hypothèse où le montant des sommes dues au titulaire ne permettrait pas de procéder au prélèvement de la retenue de garantie, celui-ci est tenu de constituer une garantie à première demande selon les modalités fixées à l'article 102.

Cette disposition n'est pas applicable aux organismes publics titulaires d'un marché.

Article 102

La retenue de garantie peut être remplacée au gré du titulaire par une garantie à première demande ou, si le pouvoir adjudicateur ne s'y oppose pas, par une caution personnelle et solidaire. Le montant de la garantie à première demande ou de la caution personnelle et solidaire ne peut être supérieur à celui de la retenue de garantie qu'elles remplacent. Leur objet est identique à celui de la retenue de garantie qu'elles remplacent.

La garantie à première demande ou la caution personnelle et solidaire est établie selon un modèle fixé par un arrêté du ministre chargé de l'économie.

L'organisme apportant sa garantie est choisi parmi les tiers agréés par le comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement mentionné à l'article L. 612-1 du Code monétaire et financier. Lorsque cet organisme est étranger, il est choisi parmi les tiers agréés dans son pays d'origine. Le pouvoir adjudicateur peut refuser l'organisme qui doit apporter sa garantie.

Lorsque le titulaire du marché est un groupement solidaire, la garantie est fournie par le mandataire pour le montant total du marché, avenants compris.

Lorsque le titulaire est un groupement conjoint, chaque membre du groupement fournit une garantie correspondant aux prestations qui lui sont confiées. Si le mandataire du groupement conjoint est solidaire de chacun des membres du groupement, la garantie peut être fournie par le mandataire pour la totalité du marché.

Dans l'hypothèse où la garantie ou la caution ne serait pas constituée ou complétée au plus tard à la date à laquelle le titulaire remet la demande de paiement correspondant au premier acompte, la fraction de la retenue de garantie correspondant à l'acompte est prélevée.

Le titulaire a la possibilité, pendant toute la durée du marché, de substituer une garantie à première demande ou, si le pouvoir adjudicateur ne s'y oppose pas, une caution personnelle et solidaire à la retenue de garantie. Toutefois, cette garantie à première demande ou cette caution personnelle et solidaire est constituée pour le montant total du marché y compris les avenants. Les montants prélevés au titre de la retenue de garantie sont reversés au titulaire après constitution de la garantie de substitution.

Article 103

La retenue de garantie est remboursée un mois au plus tard après l'expiration du délai de garantie.

En cas de retard de remboursement, des intérêts moratoires sont versés selon les modalités définies par le décret mentionné à l'article 98.

Les établissements ayant accordé leur caution ou leur garantie à première demande sont libérés un mois au plus tard après l'expiration du délai de garantie.

Toutefois, si des réserves ont été notifiées au titulaire du marché ou aux établissements ayant accordé leur caution ou leur garantie à première demande pendant le délai de garantie et si elles n'ont pas été levées avant l'expiration de ce délai, les établissements sont libérés de leurs engagements un mois au plus tard après la date de leur levée.

1.1.1. La retenue de garantie

Définition

La retenue de garantie est une retenue que **le pouvoir adjudicateur peut opérer** sur le règlement des prestations effectuées par le cocontractant **en vue de garantir le remboursement des sommes** dont le cocontractant pourrait se trouver éventuellement redevable **au titre des réserves faites à la réception des travaux ou pendant le délai de garantie et non levées dans les délais.**

La retenue de garantie est remboursée un mois au plus tard après l'expiration du délai de garantie (généralement pendant le mois qui suit l'expiration de la période de parfait achèvement, soit dans le 13^e mois après la réception des travaux).

Si, jusqu'à l'expiration de ce délai, le titulaire ne remédie pas aux malfaçons ayant fait l'objet de réserves, et si l'administration les reprend à ses frais et risques, la présence d'une retenue de garantie dans ses caisses lui permettra de « se rembourser » en évitant en tout ou partie les aléas d'une procédure de recouvrement.

La retenue de garantie ne s'applique que si elle est **prévue dans le marché** et si celui-ci stipule un délai de garantie.

Le montant de la retenue de garantie **ne peut être supérieur à 5 %**, augmenté le cas échéant, du montant des avenants.

Son remplacement

L'article 102 du Code des marchés publics indique que la retenue de garantie peut être remplacée :

- au gré du titulaire **par une garantie à première demande ;**
- ou, si le pouvoir adjudicateur ne s'y oppose pas, **par une caution personnelle et solidaire.**

Le montant de la garantie à première demande ou de la caution personnelle et solidaire ne peut être supérieur à celui de la retenue de garantie qu'elles remplacent.

Leur objet est identique à celui de la retenue de garantie qu'elles remplacent.

Le titulaire a la possibilité, **pendant toute la durée du marché**, de substituer une garantie à première demande ou, si le pouvoir adjudicateur ne s'y oppose pas, une caution personnelle et solidaire à la retenue de garantie.

Toutefois, cette garantie à première demande ou cette caution personnelle et solidaire est constituée pour le montant total du marché, y compris les avenants. Les montants prélevés au titre de la retenue de garantie sont reversés au titulaire après constitution de la garantie de substitution.

Son objet

L'article 101 du Code issu du décret du 1^{er} août 2006 précise que la retenue de garantie a pour seul objet de **couvrir les réserves à la réception des travaux, fournitures ou services, ainsi que celles formulées, le cas échéant, pendant le délai de garantie.**

Le délai de garantie est le délai, qui peut être prévu par le marché, pendant lequel le pouvoir adjudicateur peut formuler des réserves sur des malfaçons qui n'étaient pas apparentes ou dont les conséquences n'étaient pas identifiables au moment de la réception.

Ainsi, la seule fonction de la retenue de garantie est de permettre de remédier aux malfaçons ayant fait l'objet de réserves à la réception des travaux, fournitures ou services ainsi que celles formulées pendant le délai de garantie et que l'entrepreneur n'aurait pas levées dans les délais.

La retenue de garantie ne peut être utilisée à d'autres fins.

Son remboursement

L'article 103 précise que la retenue de garantie est **remboursée un mois au plus tard après l'expiration du délai de garantie** (soit le plus généralement 12 mois après la réception de l'ouvrage + 1 mois), à condition que des réserves n'aient pas été notifiées par le pouvoir adjudicateur au contractant avant l'expiration dudit délai de garantie.

La libération tardive de la retenue de garantie en l'absence de malfaçons est sanctionnée par le versement d'intérêts moratoires.

L'absence de remboursement de la retenue de garantie est régulière, dès lors que le pouvoir adjudicateur avait émis des réserves lors de la réception des travaux et qu'il avait été contraint, après mise en demeure infructueuse du titulaire du marché, de recourir à une entreprise tierce pour un montant supérieur à la somme consignée (CAA Bordeaux, 2 décembre 2004, Montagut).

Plus de régime particulier des artisans

Sous l'empire du Code issu du décret de 1992, la retenue de garantie ne s'appliquait pas pour les marchés passés avec des sociétés coopératives de production (SCOP), des artisans, des sociétés coopératives d'artisans ou des sociétés coopératives d'artistes (ancien art. 143 du CMP).

Dorénavant, tous les fournisseurs peuvent être amenés à fournir une retenue de garantie, sans exception, si le marché la prévoit.

1.1.2. La caution personnelle et solidaire

Définition et nature juridique de la caution

Aux termes de l'article 102 du Code des marchés publics, la retenue de garantie peut être remplacée, si le pouvoir adjudicateur ne s'y oppose pas, par une caution personnelle et solidaire.

La caution personnelle et solidaire est une **sûreté générale contractée par l'entreprise** auprès d'un **établissement agréé** (banques, assurances, mutuelles, caisses de caution, etc.). La caution s'engage à rembourser les sommes réclamées par le pouvoir adjudicateur à l'entreprise dans la limite du plafond déterminé par le marché et, en tout état de cause, à hauteur de 5 % maximum.

La caution peut opposer toutes les exceptions que pourrait opposer l'entreprise : en effet, l'article 2313 du Code civil dispose que la caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal et qui sont inhérentes à la dette.

Une caution, même solidaire, ne peut donc payer sans justification.

Le contrat de cautionnement par lequel la caution s'engage envers le créancier à garantir l'exécution d'un contrat administratif **est lui-même administratif** (CE, 2 février 1972, OPHLM du Calvados et Caisse franco-néerlandaise de cautionnement, Lebon p. 35).

Forme de l'engagement de la caution

L'objet (réserves à la réception et réserves pendant la période de parfait achèvement non levées dans les délais) et le montant (5 %) de la caution sont identiques à ceux de la retenue de garantie.

Le montant de la caution ne peut donc être supérieur à celui de la retenue de garantie que la caution remplace, c'est-à-dire qu'il ne peut excéder 5 % du montant initial du marché augmenté, le cas échéant du montant des avenants, toutes

taxes comprises, avant application des clauses de prise en compte des variations des conditions économiques.

L'objet de la caution est donc limité aux sommes dont l'entrepreneur est débiteur auprès de la personne publique pour couvrir les réserves à la réception des travaux, ainsi que celles formulées pendant le délai de garantie du marché.

L'engagement de la caution doit, en application de l'article 102 du Code des marchés publics, être établi selon un modèle (obligatoire) fixé par arrêté du ministre chargé de l'Économie et des finances. Il s'agit de l'arrêté du 3 janvier 2005 modifié par l'arrêté du 28 août 2006 pris en application de l'article 102 du Code des marchés publics.

L'organisme apportant sa garantie est choisi parmi les tiers agréés par le comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement mentionné à l'article L 612-1 du Code monétaire et financier. Lorsque cet organisme est étranger, il est choisi parmi les tiers agréés dans son pays d'origine. Le pouvoir adjudicateur peut récuser l'organisme qui doit apporter sa garantie.

Lorsque le titulaire du marché est un groupement solidaire, la garantie est fournie par le mandataire pour le montant total du marché, avenants compris.

Lorsque le titulaire est un groupement conjoint, chaque membre du groupement fournit une garantie correspondant aux prestations qui lui sont confiées. Si le mandataire du groupement conjoint est solidaire de chacun des membres du groupement, la garantie peut être fournie par le mandataire pour la totalité du marché.

Délai imparti au titulaire pour constituer la caution

Sous l'empire des Codes des marchés publics de 1992, 2001 et 2004 les cautions devaient être constituées en totalité et au plus tard à la date à laquelle le titulaire remettait la demande de paiement correspondant au premier acompte. À défaut de constitution de la caution dans ce délai, le titulaire du marché perdait jusqu'à la fin du marché, c'est-à-dire jusqu'à la fin du délai de garantie, la possibilité de substituer une caution à la retenue de garantie.

Le Code des marchés publics 2006 supprime cette obligation puisque l'article 102 dernier alinéa indique que le titulaire a la possibilité, **pendant toute la durée du marché**, de substituer, si le pouvoir adjudicateur ne s'y oppose pas, une caution personnelle et solidaire à la retenue de garantie. Toutefois, cette caution personnelle et solidaire est constituée pour le montant total du marché y compris les avenants. Les montants prélevés au titre de la retenue de garantie sont reversés au titulaire après constitution de la garantie de substitution.

Libération de la caution

Aspect réglementaire (art. 103)

L'article 103 prévoit que les établissements ayant accordé leur caution sont libérés un mois au plus tard après l'expiration du délai de garantie.

Ainsi, en cas d'exécution correcte du marché, la libération de l'établissement bancaire ayant accordé sa caution **intervient un mois au plus tard après l'expiration du délai de garantie.**

Dans ce cas, il s'agit d'une **mainlevée automatique.**

Toutefois, si des réserves ont été notifiées aux établissements ayant accordé leur caution pendant le délai de garantie **et** si elles n'ont pas été levées avant l'expiration de ce délai, les établissements sont libérés de leurs engagements un mois au plus tard après la date de leur levée.

Ainsi, par la notification des réserves, le pouvoir adjudicateur peut faire obstacle à la libération des établissements ayant accordé leur garantie, et ce, avant l'expiration du délai de garantie.

En ce cas, il ne peut être mis fin à l'engagement de la caution que par mainlevée délivrée par l'administration contractante (**mainlevée expresse**).

Jurisprudence relative à la libération de la caution

La jurisprudence dominante lie la libération de la caution à la réception de l'ouvrage, point de départ du délai d'un an à l'issue duquel la caution est libérée automatiquement.

Mais certaines décisions considèrent cependant qu'il n'y a pas lieu de maintenir la caution même en l'absence de réception dès lors que le titulaire a accompli l'essentiel de ses obligations.

Libération de la caution liée à la réception de l'ouvrage

Pour déterminer la date à partir de laquelle la caution doit être libérée, le Conseil d'État retient habituellement la réception des prestations. Si le maître d'ouvrage n'a plus, à cette date précise, aucune créance à faire valoir contre l'entrepreneur, le refus de mainlevée est irrégulier.

En l'absence de stipulations contractuelles, le Conseil d'État retient la date à laquelle l'entrepreneur peut être regardé comme ayant exécuté l'ensemble de ses obligations ; cette date est en principe celle de la réception définitive.

À défaut de réception, libération de la caution liée à l'exécution des obligations contractuelles de l'entrepreneur.

Le refus du maître de l'ouvrage de prononcer la réception des travaux fait normalement obstacle à la libération de la caution. Mais le Conseil d'État considère que ce refus est injustifié ainsi de ce fait que le maintien intégral de la caution, lorsque le montant des prestations à accomplir représente une valeur marginale par rapport au montant du marché. Le Conseil d'État a ainsi admis que la caution aurait dû être libérée, au moins en grande partie, le peu d'importance des malfaçons constatées n'étant pas de nature à empêcher la réception définitive de l'ouvrage (cf. CE 21 octobre 1974, OPHLM de Pantin et C^{ie} générale industrielle de travaux de construction MP, n° 130, mai-juin 1975).

De même, à propos d'une affaire dans laquelle l'entreprise n'était plus redevable envers le maître de l'ouvrage que de 8 198 F, le Conseil d'État a jugé que, compte tenu du peu d'importance de cette somme et des travaux correspondants, l'office aurait dû libérer la caution pour le surplus, et il a condamné le maître de l'ouvrage à rembourser à l'entreprise une partie des frais de cautionnement (cf. 12 octobre 1988, OPHLM de la communauté urbaine de Bordeaux, Lebon, p. 897).

Ainsi, parce que le critère principal de la libération de la caution est l'accomplissement par le titulaire du marché de ses obligations, la date à laquelle cette libération doit avoir lieu est déterminée en principe par la réception des ouvrages, l'expiration du délai de garantie et/ou l'établissement du décompte définitif mais aussi, exceptionnellement, quand ces actes tardent à intervenir, par la réalisation presque complète des obligations contractuelles du titulaire du marché.

1.1.3. La garantie à première demande

Constitution de la garantie à première demande

Champ d'application

La garantie à première demande peut être utilisée **au gré du titulaire** comme substitution à la retenue de garantie (art. 102 du CMP). Le titulaire peut remplacer la retenue de garantie par une garantie à première demande **sans l'accord du pouvoir adjudicateur** (qui ne peut même pas s'y opposer).

L'objet (réserves à la réception et réserves pendant la période de parfait achèvement non levées dans les délais) et le montant (5%) de la garantie à première demande sont identiques à ceux de la retenue de garantie qu'elle remplace.

La garantie à première demande est une garantie qui, souscrite par un donneur d'ordres (le titulaire du marché) au profit d'un bénéficiaire (l'administration), doit être exécutée par le garant (établissement bancaire), dès lors que le bénéficiaire décide de l'appeler.

À la différence de la caution, le garant du marché ne peut opposer aucune exception tirée du contrat de base pour s'exonérer de son obligation de paiement, sauf cas de fraude ou d'abus manifeste.

Le titulaire peut remplacer la retenue de garantie à première demande sans l'accord du pouvoir adjudicateur.

Caractéristiques

À la différence d'une caution solidaire, une garantie à première demande doit s'exécuter sans que le maître d'ouvrage qui en bénéficie ait à démontrer préalablement la défaillance de l'entreprise dans l'une de ses obligations contractuelles.

Inconnue du Code civil, la garantie à première demande s'est développée dans le cadre du commerce international.

Il s'agit d'une garantie autonome par rapport à la créance qu'elle a pour objet de garantir. Le garant doit payer dès qu'il en est requis et sans pouvoir se prévaloir des exceptions que le débiteur principal pourrait éventuellement soulever.

Autrement dit, cette garantie équivaut à un blanc-seing donné par l'entreprise sur son compte en banque, puisque évidemment la banque garante débitera immédiatement le compte de l'entreprise dès que la garantie aura été appelée par le maître de l'ouvrage.

Par ailleurs, cette garantie génère de graves distorsions de concurrence entre les entreprises susceptibles de présenter ce type de garantie et d'en supporter les conséquences, et les autres.

Forme de l'engagement à première demande

L'engagement de la garantie à première demande, en application de l'article 102 du Code des marchés publics, est établi **selon un modèle (obligatoire)** fixé par l'arrêté du ministre de l'Économie et des finances. Il s'agit de l'arrêté du 3 janvier 2005 modifié par arrêté du 28 août 2006 pris en application de l'article 102 du Code des marchés publics.

L'établissement financier s'engage à payer à première demande, dans la limite du montant garanti, les sommes que la personne publique pourrait demander pour couvrir les réserves à la réception des travaux, fournitures ou services ainsi que celles formulées pendant le délai de garantie du marché.

Le montant de la garantie à première demande ne peut donc être supérieur à celui de la retenue de garantie que la garantie à première demande remplace, c'est-à-dire qu'il ne peut excéder 5 % du montant initial du marché augmenté, le cas échéant, du montant des avenants, toutes taxes comprises, avant application des clauses de prise en compte des variations des conditions économiques.

L'objet de la garantie à première demande est donc limité aux sommes dont l'entrepreneur est débiteur auprès de la personne publique pour couvrir les réserves à la réception des travaux, ainsi que celles formulées pendant le délai de garantie du marché.

L'organisme apportant sa garantie est choisi parmi les tiers agréés par le comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, mentionné à l'article L 612-1 du Code monétaire et financier. Lorsque cet organisme est étranger, il est choisi parmi les tiers agréés dans son pays d'origine. Le pouvoir adjudicateur peut refuser l'organisme qui doit apporter sa garantie.

Lorsque le titulaire du marché est un groupement solidaire, la garantie est fournie par le mandataire pour le montant total du marché, avenants compris.

Lorsque le titulaire est un groupement conjoint, chaque membre du groupement fournit une garantie correspondant aux prestations qui lui sont confiées. Si le mandataire du groupement conjoint est solidaire de chacun des membres du groupement, la garantie peut être fournie par le mandataire pour la totalité du marché.

Dans l'hypothèse où la garantie ou la caution ne serait pas constituée ou complétée au plus tard à la date à laquelle le titulaire remet la demande de paiement correspondant au premier acompte, la fraction de la retenue de garantie correspondant à l'acompte est prélevée.

Délai imparti au titulaire pour constituer la garantie à première demande

Comme pour la caution personnelle et solidaire, la garantie à première demande devait être constituée en totalité et au plus tard à la date à laquelle le titulaire du marché remettait la demande de paiement correspondant au premier acompte. À défaut, il perdait jusqu'à la fin du marché, c'est-à-dire jusqu'à l'expiration du délai de garantie, la possibilité de substituer une garantie à première demande à la retenue de garantie.

Le Code des marchés publics 2006 supprime cette obligation puisque l'article 102 dernier alinéa indique que le titulaire a la possibilité, **pendant toute la durée du marché**, de substituer, une garantie à première demande à la retenue de garantie (le pouvoir adjudicateur ne peut pas s'y opposer). Toutefois, cette garantie à première demande doit être constituée pour le montant total du marché, y compris les avenants. Les montants prélevés au titre de la retenue de garantie sont reversés au titulaire après constitution de la garantie de substitution.

Libération de la garantie à première demande

L'article 103 prévoit que les établissements ayant accordé leur garantie à première demande sont libérés un mois au plus tard après l'expiration du délai de garantie.

Ainsi, comme pour la caution, en cas d'exécution correcte du marché, la libération de l'établissement bancaire ayant accordé sa garantie intervient dans le mois qui suit l'expiration du délai de garantie.

C'est une mainlevée automatique.

Toutefois, si des réserves ont été notifiées au titulaire du marché ou aux établissements ayant accordé leur garantie à première demande pendant le délai de garantie et si elles n'ont pas été levées avant l'expiration de ce délai, les établissements sont libérés de leurs engagements un mois au plus tard après la date de leur levée.

Ainsi, lorsque des réserves sont notifiées, le pouvoir adjudicateur peut faire obstacle à la libération des établissements ayant accordé leur garantie, et ce, avant l'expiration du délai de garantie.

En ce cas, il ne peut être mis fin à l'engagement de la garantie à première demande que par **mainlevée expresse** délivrée par le pouvoir adjudicateur.

1.1.4. En résumé

La retenue de garantie doit être prévue au contrat.

Elle est de 5 % maximum.

Elle a pour seul objet de couvrir les réserves faites à la réception, ainsi que celles formulées pendant le délai de garantie.

Elle peut être remplacée (modèles obligatoires) :

- au gré du titulaire par une garantie à première demande,
- si le pouvoir adjudicateur ne s’y oppose pas par une caution personnelle et solidaire,
- et ce, **pendant toute la durée du marché.**

Mainlevée automatique dans le mois qui suit l’expiration de la période de parfait achèvement (réception + 1 an + 1 mois) sauf notification de réserves pendant cette année,

Si le remboursement est effectué avec retard, des intérêts moratoires sont à verser à l’entrepreneur.

1.2. Les autres garanties

1.2.1. En contrepartie d’une avance (art. 87 et suiv.) (cf. infra chap. 12, 1.3.1)

Rappel : l’article 87 du Code des marchés publics précise qu’une avance forfaitaire est accordée au titulaire d’un marché lorsque le montant initial du marché ou de la tranche affermie est supérieur à 50 000 € HT et dans la mesure où le délai d’exécution est supérieur à deux mois. Cette avance n’est due au titulaire du marché que sur la part du marché qui ne fait pas l’objet de sous-traitance.

L’article 89 du Code des marchés publics dispose que, lorsque le montant de l’avance est inférieur ou égal à 60 % du montant du marché, les collectivités territoriales peuvent conditionner son versement à la constitution d’une garantie à première demande portant sur tout ou partie du remboursement de l’avance. Les deux parties peuvent s’accorder pour substituer à cette garantie une caution personnelle et solidaire. Cette disposition n’est pas applicable aux organismes publics titulaires d’un marché.

L’article 90 du Code des marchés publics indique que, lorsque le montant de l’avance est supérieur à 30 % du montant du marché, le titulaire du marché ne peut recevoir cette avance qu’après avoir constitué une garantie à première demande. La constitution de cette garantie n’est toutefois pas exigée des organismes publics titulaires d’un marché.

1.2.2. Pour l’exécution d’un engagement particulier

L’article 105 du Code indique que *les cahiers des charges déterminent, s’il y a lieu, les autres garanties qui peuvent être demandées aux titulaires de marchés pour l’exécution d’un engagement particulier.*

Cet article vise notamment, en matière de marchés de prestations intellectuelles, les garanties contre les revendications concernant les droits de propriété littéraire, artistique ou industrielle.

Par ailleurs, le CCAG Travaux mentionne différents cas où le titulaire doit prendre en charge, en tout ou partie, les conséquences des dégradations causées aux voies publiques et, de façon plus générale, les dommages divers causés par la conduite des travaux ou les modalités de leur exécution.

1.2.3. En cas de résiliation d'un marché

L'article 104 prévoit qu'en cas de résiliation d'un marché qui n'a pas prévu de retenue de garantie, lorsqu'un délai est accordé au titulaire dans les conditions prévues à l'article 95 pour reverser au pouvoir adjudicateur 80 % du montant de l'éventuel solde créditeur apparu au profit de celui-ci, le titulaire fournit une garantie à première demande ou, si le pouvoir adjudicateur ne s'y oppose pas, une caution personnelle et solidaire.

Ainsi, si la liquidation provisoire d'un marché, après résiliation totale ou partielle, fait apparaître un solde créditeur au profit de l'administration, celle-ci peut, sans attendre la liquidation définitive, exiger du titulaire du marché le reversement de 80 % du montant de ce solde ; toutefois, un délai peut être accordé au titulaire pour s'acquitter de sa dette, sous réserve que celui-ci fournisse une garantie à première demande ou, si les deux parties en sont d'accord, une caution personnelle et solidaire.

2. Les garanties que le maître d'ouvrage peut exiger de l'entrepreneur dans les marchés privés (loi du 16 juillet 1971)

2.1. La retenue de garantie ou son remplacement par une caution

La loi n° 71-584 du 16 juillet 1971 tend à réglementer les retenues de garantie en matière de marchés privés.

Cette loi est d'ordre public et l'on ne peut donc y déroger (art. 3 de la loi).

Elle concerne tous les marchés privés : les marchés privés « libres » (maître d'ouvrages privés occasionnels ou institutionnels, SCL, etc.), réglementés (organismes privés d'HLM, organismes de sécurité sociale, SEM), mais aussi les marchés passés entre une entreprise principale et son sous-traitant.

L'article 1^{er} de la loi prévoit que les paiements des acomptes peuvent être amputés d'une retenue égale au plus à 5 % de leur montant TTC.

Le maître d'ouvrage doit consigner le montant de la retenue de garantie entre les mains d'un consignataire accepté par les deux parties (art. 1^{er} de la loi, alinéa 2). En pratique, cette obligation n'est jamais remplie.

En marchés privés, l'objet de la retenue de garantie est strictement limité aux réserves faites éventuellement à la réception (art. 1^{er} de la loi).

La retenue de garantie ou la caution qui la remplace n'est jamais une obligation. Les parties peuvent convenir qu'il n'y en aura pas. La volonté des parties fait la loi du contrat.

L'article premier de la loi indique que *les paiements des acomptes (...) peuvent être amputés d'une retenue égale au plus à 5 % de leur montant...* Il s'agit donc bien d'une possibilité qui doit être prévue dans le marché et non d'une obligation.

En revanche, lorsque le marché privé prévoit une retenue de garantie, la loi du 16 juillet 1971 s'applique de plein droit. La sanction de toute violation de ses dispositions est la nullité de l'acte de caution.

Note : la norme AFNOR – édition 2000 – dans son article 20.5 stipule : *Les paiements d'acomptes sont amputés d'une retenue de garantie. Le montant de cette retenue de garantie est égal à 5 %, à moins que le cahier des clauses administratives particulières n'en dispose autrement. Cette retenue de garantie est soumise aux dispositions réglementaires en vigueur.*

Ainsi, lorsqu'un marché fera référence à la norme AFNOR et qu'il n'aura pas été dérogé à l'article 20.5, ses acomptes seront amputés de 5 % et la loi du 16 juillet 1971 s'appliquera.

2.1.1. Substitution

Qui décide de la substitution de la retenue de garantie par une caution personnelle et solidaire ?

Il est évident, selon les termes de la loi du 16 juillet 1971, que l'initiative appartient à l'entrepreneur : *toutefois, la retenue de garantie stipulée contractuellement n'est pas pratiquée si l'entrepreneur fournit pour un montant égal une caution personnelle et solidaire émanant d'un établissement financier...* (art. 1^{er}, dernier alinéa).

Une clause du marché qui empêcherait l'entrepreneur de choisir soit la retenue, soit la caution, tomberait sous le coup de l'article 3 de la loi qui mentionne que sont nuls et de nul effet les clauses, stipulations et arrangements qui ont pour effet de faire échec aux dispositions de ladite loi. Il en serait de même de l'obligation de fournir une caution « à première demande » ou une garantie à première demande remplaçant une retenue de garantie dans un marché privé.

À quel moment l'entreprise peut-elle fournir une caution ?

La loi n'apporte aucune restriction, ni réserve à la faculté qu'elle accorde formellement à l'entrepreneur de remplacer la retenue de garantie par une caution personnelle et solidaire.

En conséquence, l'entrepreneur peut, par décision unilatérale de sa part, présenter une caution au maître de l'ouvrage, soit :

- dès la conclusion du marché,
- à tout moment avant ou pendant l'exécution de ses travaux,
- au moment de la réception des travaux.

Il existe néanmoins une restriction à cette faculté qui est apportée par la jurisprudence : *la caution doit être fournie avant que la retenue de garantie qu'elle tend à éviter soit pratiquée. Mais il ne suffit pas, pour que cette caution soit tardive et privée d'effet, que le prélèvement autorisé ait été opéré antérieurement ; il faut que l'ensemble des opérations qui sont inséparables (prélèvement et consignation) ait été accompli. Sinon, le maître de l'ouvrage pourrait conserver par-devers lui, et à son profit, des sommes destinées à retenir à l'entrepreneur, tout en refusant à celui-ci à la fois le paiement immédiat malgré la garantie fournie et la possibilité d'être lui-même garanti de leur paiement ultérieur. Ce serait contraire à l'objet et à l'efficacité de l'institution.* (cour d'appel de Paris, 16 mars 1977, SCI Les Cerisiers / sté Les Maçons parisiens SA).

Comme en pratique la consignation est très rarement, voire jamais, pratiquée, on peut en conclure que l'entrepreneur peut, à tout moment, remplacer la retenue de garantie par une caution.

2.1.2. **Objet de la retenue de garantie ou de la caution qui la remplace**

Uniquement les réserves faites à la réception par le maître d'ouvrage.

L'article premier de la loi du 16 juillet 1971 prévoit que l'objet de la retenue de garantie (ou de la caution qui la remplace) est **uniquement de satisfaire aux réserves faites à la réception par le maître d'ouvrage.**

On assiste à une violation fréquente de la loi par de nombreux maîtres d'ouvrage qui prévoient que la caution les garantit en cas de malfaçons, négligences ou tous autres manquements de l'entrepreneur à ses obligations.

La Cour de cassation rappelle que : *La retenue de garantie et la caution qui lui est substituée ont pour objet de garantir l'exécution des travaux pour satisfaire, le cas échéant, aux réserves faites à la réception par le maître de l'ouvrage et non pas à tous les chefs de préjudice procédant de ce que l'entrepreneur a mal exécuté le contrat* (26 février 1992).

Cet arrêt a été confirmé à plusieurs reprises notamment, C. cass 3^e civ. ,22 septembre 2004, sté l'Étoile commerciale n° 923 Fs PB et C. cass., 3^e civ. 7 décembre 2005, sté Imperbeal n° 1342 FS PB).

2.1.3. **Mise en œuvre de la retenue de garantie ou de la caution qui la remplace**

Dispositions légales

L'article 2 de la loi du 16 juillet 1971 dispose qu'à l'expiration du délai d'une année à compter de la date de réception, faite avec ou sans réserve, des travaux

visés à l'article précédent, la caution est libérée ou les sommes consignées sont versées à l'entrepreneur, même en l'absence de mainlevée, si le maître de l'ouvrage n'a pas notifié à la caution ou au cosignataire, par lettre recommandée son opposition motivée par l'inexécution des obligations de l'entrepreneur. L'opposition abusive entraîne la condamnation de l'opposant à des dommages intérêts.

Le maître de l'ouvrage devra être diligent. Si les réserves ne sont pas levées à la date d'expiration de l'année de garantie, il perdra le bénéfice de la consignation ou de la caution s'il n'a pas pris soin d'exprimer cette opposition. C'est ainsi qu'une opposition tardive, combinée à une réception partielle, n'a pas constitué une « opposition motivée » au sens de la loi du 16 juillet 1971.

L'obligation imposée au maître de l'ouvrage de former opposition, et même de la motiver, montre bien que c'est à lui d'administrer la preuve des fautes de l'entrepreneur.

L'opposition abusive du maître de l'ouvrage à la restitution de la garantie ou à la libération de la caution *entraîne la condamnation de l'opposant à des dommages intérêts* selon une réponse ministérielle (Rép. ministérielle n° 50353, JO A.N.Q. 12 octobre 1992, p. 4698).

Clause de paiement à première demande

La jurisprudence a dû débattre pour savoir si la nature juridique de l'acte de caution revêtait, aux termes de la loi, la forme d'un cautionnement classique ou celle d'une garantie à première demande.

L'intérêt de la distinction entre un cautionnement classique et une garantie à première demande réside dans le fait que si, dans les deux cas, le créancier (c'est-à-dire le maître d'ouvrage) a la faculté de s'adresser à la caution en cas de défaillance de l'entrepreneur débiteur, il n'en demeure pas moins que les deux sûretés personnelles ont une portée fondamentalement différente.

L'acte de cautionnement est, en effet, une sûreté accessoire au contrat principal d'entreprise et, à ce titre, l'engagement de la caution ne saurait excéder ce qui est dû par le débiteur principal.

En revanche, la garantie à première demande doit être considérée comme autonome et indépendante de l'engagement principal, ce qui a pour effet d'interdire au garant, solidaire de l'entreprise, d'opposer une quelconque exception résultant de l'obligation principale et a pour conséquence d'étendre sa garantie au-delà de l'exécution défectueuse des travaux contractuellement prévus.

La Cour de cassation s'est prononcée à ce sujet et a considéré que la garantie donnée par une banque par application de l'article premier de la loi du 16 juillet 1971 pour l'exécution de l'obligation de l'entrepreneur envers le maître de l'ouvrage ne peut être qu'un cautionnement et non une garantie à première demande (Cour de cass., Ch. com., 11 décembre 1985, Bull. IV, n° 293, p. 251).

La cour d'appel de Rouen par arrêt du 2 février 1984 a réaffirmé cette thèse en soulignant qu'en cas de manquement de l'entrepreneur à son obligation de

bonne exécution, la loi du 16 juillet 1971 ne conférait nullement au maître d'ouvrage le droit d'exiger la mise directe à sa disposition de sommes cautionnées, mais seulement de former opposition entre les mains de la caution.

Attendu qu'ainsi la caution, en garantissant le montant des sommes retenues, s'obligerait à verser au maître de l'ouvrage à première demande et sans pouvoir opposer un quelconque refus, les sommes que celui-ci jugerait bon de réclamer dans la limite de la retenue, ce qui constitue non pas une interprétation extensive de la loi mais une stipulation résolument contraire tendant à faire échec aux règles légales puisque, d'une part il a été constaté que selon celles-ci et au motif du manquement de l'entrepreneur à son obligation de bonne exécution des travaux, le maître de l'ouvrage ne pourrait que former opposition entre les mains du consignataire ou de la caution et qu'il ne pourrait donc exiger la mise directe à sa disposition des sommes consignées ou cautionnées et que, d'autre part et surtout, le maître de l'ouvrage n'est pas seul juge des sommes pouvant éventuellement lui revenir...

C'est ainsi que la Cour s'est prononcée non seulement pour la nullité du libellé de caution « à première demande » imposée par certains maîtres d'ouvrage, mais a aussi condamné le maître d'ouvrage à réparer le préjudice financier subi par l'entrepreneur du fait de la non-restitution des sommes consignées en garantie.

L'arrêt de la Cour de cassation du 11 décembre 1985 précité a confirmé l'arrêt de la cour d'appel de Rouen sur la nature de l'engagement de la caution prévue par la loi du 16 juillet 1971.

Cette pratique de versement à première demande de la retenue de garantie a été également sanctionnée par la cour d'appel de Riom à propos de la caution fournie par un sous-traitant à l'entrepreneur principal (CA Riom, 28 novembre 1986).

Pour clarifier la situation, un modèle de caution de retenue de garantie a été mis au point par la FFB, la FNTF et l'Association française des banques (AFB) en 1985.

2.1.4. Libération de la caution

L'article 2 de la loi du 16 juillet 1971 dispose qu'*à l'expiration du délai d'une année à compter de la date de réception, faite avec ou sans réserves, des travaux (...) la caution est libérée (...) même en l'absence de mainlevée, si le maître de l'ouvrage n'a pas notifié à la caution (...) son opposition motivée...*

Il résulte de ces dispositions que si, à l'expiration de l'année qui suit la réception, aucune opposition n'a été notifiée par le maître d'ouvrage à la banque ou au consignataire, l'engagement de la caution prend fin automatiquement, par la seule survenance de la date ainsi déterminée par la loi.

Et il en est ainsi même si le maître d'ouvrage n'a pas manifesté formellement son intention de libérer la caution en donnant mainlevée.

Le point de départ du délai d'un an, au terme duquel la caution est libérée, est la réception des travaux prononcée par le maître de l'ouvrage. Lorsqu'un procès-verbal de réception a été établi, la preuve d'une date certaine peut être facilement apportée. Il en est de même si la réception a été prononcée par voie judiciaire.

Mais il en va tout autrement lorsque la réception n'a pas été formalisée par un écrit, l'entreprise éprouvant les plus grandes difficultés à faire libérer la caution. D'où l'utilité de réclamer dans tous les cas, au maître d'ouvrage qui le signe et au maître d'œuvre qui l'établit en général, un procès-verbal écrit de réception.

L'exigence systématique d'un procès-verbal n'est pas une condition de validité juridique de la réception mais simplement un moyen de preuve préconstituée. Selon le régime de la preuve préconstituée, il s'ensuit que l'absence de procès-verbal ne peut pas avoir pour conséquence une remise en cause de la réalité juridique d'une réception ayant date certaine, mais impose simplement à l'entrepreneur de recourir à d'autres moyens de preuve (commencements de preuve par écrit, tels que ceux tendant à démontrer la prise de possession de l'ouvrage – abonnements ou services publics – ou le paiement intégral des travaux par le maître d'ouvrage – attestations de paiement).

Une autre solution peut être prévue : l'application de la norme AFNOR NF P 03-001 cahier des clauses administratives générales applicables aux travaux de bâtiment faisant l'objet de marchés privés (édition décembre 2000). En effet, ce document n'a pas lié exclusivement la constatation de la réception à l'établissement d'un procès-verbal, mais il a prévu un système qui, en cas d'inertie du maître de l'ouvrage, permet à l'entreprise d'obtenir le bénéfice de la réception sans aucun procès-verbal et pourtant avec date certaine (art. 17.2.2.1.3 de la norme précitée).

Le principe de la réception tacite par prise de possession de l'ouvrage par le maître de l'ouvrage n'étant pas accepté dans tous les cas par les tribunaux, les banques estiment qu'elles ne peuvent envisager une application systématique de ce principe, même s'il est parfois utilisé pour des raisons commerciales.

En revanche, les banques acceptent parfois de dissocier le problème de la perception de la commission d'engagement de celui de la libération de la caution ; c'est ainsi qu'un nouveau produit de caution a été mis au point par la BTP banque.

2.1.5. En résumé

La retenue de garantie – loi du 16 juillet 1971 :

- Elle doit être prévue au contrat.
- Maximum 5 %.
- Elle doit être consignée, mais cela n'est jamais fait en pratique.
- Remplacement uniquement par une caution.
- Pas de garantie à première demande.

- Substitution au gré du titulaire.
- Substitution possible à tout moment (tant que le maître d'ouvrage n'a pas consigné la retenue de garantie).
- Ne porte que sur les réserves à la réception.
- Mainlevée automatique un an après la réception (s'il n'y a pas eu pendant cette année opposition motivée relative à la mauvaise exécution du marché).
- Régime applicable au sous-traitant (même si le maître d'ouvrage est public).

2.2. Les autres garanties

2.2.1. Caution ou garantie à première demande en remboursement d'avance

Aucune réglementation spécifique.

Liberté contractuelle.

2.2.2. Caution ou garantie à première demande dite « de bonne fin » ou « d'achèvement »

Aucune réglementation spécifique.

Liberté contractuelle.

Toutefois, cette garantie ne doit pas aller à l'encontre des dispositions de la loi d'ordre public du 16 juillet 1971 réglementant les retenues de garantie (cf. supra) et devra donc obligatoirement prendre fin à la réception des travaux.

Cette garantie ne devra pas non plus aller à l'encontre des dispositions de l'article 1799-1 du Code civil, d'ordre public (cf. infra), et ne pourra donc pas être conditionnée par la remise d'une garantie de paiement à l'entrepreneur.

3. Les garanties dans un contrat de sous-traitance

3.1. Celles que l'entrepreneur principal peut exiger du sous-traitant : une retenue de garantie remplaçable par une caution

3.1.1. Les relations contractuelles entre l'entreprise principale et son sous-traitant

Les relations contractuelles existant entre l'entreprise principale et son sous-traitant sont toujours d'ordre privé (même si le maître d'ouvrage avec lequel seul l'entrepreneur principal a signé un contrat est un maître d'ouvrage public) ;

par conséquent, c'est toujours la loi du 16 juillet 1971 qui régit la retenue de garantie prévue dans un contrat de sous-traitance.

3.1.2. Les dispositions du 9.2. du présent ouvrage

Les garanties que le maître d'ouvrage peut exiger de l'entrepreneur sont donc applicables au contrat de sous-traitance étant entendu que l'on remplacera les mots « le maître d'ouvrage » par « l'entrepreneur principal » et « l'entrepreneur » par « le sous-traitant ».

3.1.3. Toutefois certaines questions spécifiques peuvent se présenter

La caution établie au profit du maître d'ouvrage par la banque de l'entrepreneur principal, dans la mesure, bien entendu, où le marché de celui-ci prévoit la constitution d'une retenue de garantie au profit du maître de l'ouvrage, doit être calculée sur la valeur globale du marché, indépendamment du fait de savoir si le titulaire exécute lui-même l'intégralité des travaux ou s'il a recours à des sous-traitants.

La caution délivrée par l'entreprise sous-traitante peut-elle être libellée au bénéfice de la banque de l'entreprise principale ?

Oui. En effet, la caution du sous-traitant couvrant une partie des sommes qui font l'objet de la caution de l'entreprise principale, il est tentant d'introduire un mécanisme de « contre-garantie » délivrée par la banque du sous-traitant au profit de la banque de l'entreprise principale, pour un montant correspondant à la retenue de 5 % du contrat de sous-traitance. L'objectif visé est en effet d'obtenir une diminution des frais financiers afférant à la caution du marché principal.

D'un strict point de vue juridique, la loi du 16 juillet 1971 ne prévoyant pas dans son article premier que le bénéficiaire de la retenue de garantie, ou plus exactement de la caution qui la remplace, peut être la banque de l'entreprise principale, il pourrait être considéré qu'une telle pratique tombe sous le coup de l'article 3 de ladite loi, aux termes duquel sont nuls et de nul effet les clauses, stipulations et arrangements qui auraient pour effet de faire échec aux dispositions des articles 1 et 2 de la loi susvisée.

Mais d'un point de vue pratique, il faut bien remarquer que si la contre-garantie respecte bien la loi de 1971 quant à son objet et à sa durée, ce système ne lèse pas le sous-traitant et peut en revanche permettre à une entreprise principale d'obtenir plus facilement une caution de la part de sa banque.

La caution de l'entreprise sous-traitante peut-elle être libellée au bénéfice du maître d'ouvrage ?

Non. La réponse à cette question est beaucoup plus nette que pour la précédente : en effet, la caution de la banque du sous-traitant est destinée à remplacer la retenue de garantie de 5 % prévue contractuellement avec l'entreprise principale pour garantir l'exécution des travaux de levée des réserves imputables au sous-traitant.

En conséquence, le maître d'ouvrage ne saurait, en aucun cas, s'immiscer dans le contrat de sous-traitance et prétendre avoir un droit quelconque sur la retenue de garantie du sous-traitant.

Des difficultés peuvent apparaître quant à l'articulation entre la retenue de garantie ou la caution de l'entreprise principale et celle du sous-traitant.

1. Principe d'une retenue de garantie prévue à la fois dans le marché principal et dans le marché sous-traité et où les deux entreprises en cause choisissent la retenue de garantie :

- l'entrepreneur principal devra être payé à hauteur de 95 % du montant total de l'opération et les 5 % de retenue de garantie devront être consignés par le maître de l'ouvrage ;
- le sous-traitant devra être réglé à hauteur de 95 % de son propre marché et les 5 % de retenue de garantie devront être consignés par l'entrepreneur principal.

2. Les deux parties, entrepreneur principal et sous-traitant, choisissent de remplacer la retenue de garantie par une caution bancaire :

- une première caution bancaire représentant au plus 5 % du marché principal devra être délivrée par la banque du titulaire du marché au profit du maître d'ouvrage. En conséquence, l'entrepreneur principal devra être payé pour la totalité de son marché ;
- une seconde caution bancaire, représentant au plus 5 % du montant du sous-traité, devra être fournie par la banque du sous-traitant au profit de l'entreprise principale. Le sous-traitant devra être réglé pour la totalité de son marché.

3. L'entrepreneur principal fournit une caution bancaire à son donneur d'ordres et les acomptes du sous-traitant sont amputés par une retenue de garantie.

Deux cas sont à distinguer :

- Le maître d'ouvrage est privé (titre III de la loi du 31 décembre 1975) et l'entrepreneur principal choisit de fournir une caution bancaire à son sous-traitant comme garantie de paiement.

L'entrepreneur principal est payé à 100 % par le maître d'ouvrage, le sous-traitant à 95 % par l'entrepreneur principal et la retenue de garantie de 5 % maximum est consignée par l'entrepreneur principal.

- Le maître d'ouvrage est privé et une délégation de paiement a été mise en place, ou le maître d'ouvrage est public (titre II de la loi 1975) et le sous-traitant bénéficie du paiement direct.

L'entrepreneur principal est payé de la totalité du montant des travaux qu'il effectue personnellement, le sous-traitant est payé à hauteur de 95 % de son marché directement par le maître de l'ouvrage.

Qui doit conserver par-devers lui et consigner la retenue de garantie du sous-traitant ?

Si le maître d'ouvrage conserve les 5 % retenus sur les acomptes du sous-traitant, cela revient à dire qu'il bénéficie de la retenue de garantie du sous-traitant.

Comme indiqué ci-dessus, c'est impossible car il n'y a aucun lien contractuel entre le maître d'ouvrage et le sous-traitant. De plus, il est déjà bénéficiaire de la part de l'entrepreneur principal d'une caution remplaçant la retenue de garantie portant sur l'ensemble de l'opération, en conséquence, le seuil maximum de 5 % du montant du marché passé par le maître d'ouvrage risque d'être dépassé, ce qui est contraire à la loi du 16 juillet 1971, qui, rappelons-le, est d'ordre public.

En revanche, si cette retenue de garantie due par le sous-traitant est reversée par le maître de l'ouvrage à l'entrepreneur principal – c'est ce qui se pratique le plus souvent – (l'entrepreneur remboursant cette retenue à son sous-traitant un an après la réception), cela revient à ce que le paiement direct ou la délégation de paiement ne porte que sur 95 % des sommes dues au sous-traitant.

La loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance prévoit que le paiement direct ou la délégation de paiement doit porter sur la totalité des sommes dues au sous-traitant en exécution du contrat de sous-traitance.

Il y a donc, dans ce cas, non-respect de la loi de 1975 qui, elle aussi, est d'ordre public.

On assiste alors à la confrontation de deux lois d'ordre public sans que l'on puisse imaginer un scénario approprié. Dans le premier cas, on ne respecte pas la loi de 1971 et dans le second, on ne respecte pas la loi de 1975.

3.2. Celles que l'entrepreneur principal doit fournir au sous-traitant

3.2.1. Lorsque le maître d'ouvrage est public

Paiement direct du sous-traitant par le maître d'ouvrage (cf. supra 1^{re} partie, chapitre 4).

3.2.2. Lorsque le maître d'ouvrage est privé

Une délégation de paiement ou une caution (cf. supra 1^{re} partie, chapitre 4).

4. La garantie que le maître d'ouvrage privé doit fournir à l'entrepreneur

La loi du 10 juin 1994 et son décret d'application du 30 juillet 1999 ont ajouté un article 1799-1 au Code civil aux termes duquel le maître de l'ouvrage qui conclut un marché de travaux privé doit garantir à l'entreprise le paiement des sommes dues lorsque celles-ci dépassent 12 000 € HT, déduction faite des arrhes et des acomptes versés lors de la conclusion du marché.

L'article 1799-1 du Code civil envisage deux types de garanties : soit le versement direct du montant du prêt dans la limite des sommes dues en cas de financement bancaire des travaux, soit le cautionnement solidaire, et prévoit une sanction en cas de non-fourniture de la garantie de paiement. Mais rappelons tout d'abord dans quels cas le maître d'ouvrage doit garantir l'entrepreneur du paiement des sommes dues.

Note : les dispositions de l'article 1799-1 du Code civil et de son décret d'application sont reprises dans la norme AFNOR NF P 03-001 dans l'édition de décembre 2000 à l'article 20.9.

La Cour de cassation a déjà eu l'occasion de se prononcer sur la mise en œuvre de l'article 1799-1 du Code civil et son caractère d'ordre public : 3^e chambre civile, 26 mars 2003, SCI SMDI, 3^e chambre civile, 24 avril 2003, société 1 rue des Blagis c/ EPPM Battais, 3^e chambre civile, 1^{er} décembre 2004, société Eurobéton France, 3^e chambre civile, 16 février 2005, SCI Beaupré c/ société Iso-Mir, 3^e chambre civile, 9 novembre 2005, société PNJA c/ société DB Construction, 3^e chambre civile, 4 janvier 2006.

4.1. L'obligation pour le maître d'ouvrage privé de garantir l'entrepreneur du paiement de ses travaux

Sont concernés :

- les sociétés commerciales (SNC, SA, SARL...),
- les sociétés civiles immobilières de construction vente (SCI),
- les commerçants,
- les professions libérales,
- les organismes privés d'HLM visés à l'article L 411-2 du CCH et les SEM pour leurs opérations autres que celles relatives à leurs logements à usage locatif, aidés par l'État et réalisés par ces organismes ou sociétés (programmes en accession).

A contrario sont exclus :

- les marchés publics (marchés passés avec des collectivités publiques – État, communes, départements, régions, établissements publics) : ce ne sont pas des marchés privés de travaux.
- les marchés passés pour les logements à usage locatif aidé par l'État des organismes d'habitation à loyer modéré (SA HLM) et des sociétés d'économie mixte (SEM).

Sont dispensés de fournir un cautionnement (mais concernés par le versement direct du crédit spécifique travaux) :

- les maîtres d'ouvrage qui concluent un marché de travaux pour leur propre compte et pour la satisfaction de besoins ne ressortissant pas à une activité professionnelle en rapport avec ce marché (art. 1799-1 du Code civil, alinéa 4).

En d'autres termes, les particuliers qui passent commande de travaux pour leur propre compte et qui financent ces travaux sur leurs fonds propres ou au moyen d'un crédit partiel sont dispensés de fournir à l'entrepreneur une caution ; en revanche, un particulier qui financera ses travaux au moyen d'un crédit spécifique devra demander à l'établissement de crédit de verser le montant du prêt à l'entrepreneur.

Le seuil fixé par le décret n° 99-658 du 30 juillet 1999, à partir duquel la garantie de paiement est obligatoire, est de 12 000 € HT.

Les sommes dues sont le prix convenu au titre du marché, déduction faite des arrhes et acomptes versés lors de la conclusion du marché (décret du 30 juillet 1999, alinéa 1).

4.2. Le mécanisme de la garantie de paiement

4.2.1. Le versement direct du montant du prêt

Lorsque le maître d'ouvrage recourt à un crédit spécifique pour financer les travaux, l'établissement de crédit ne peut verser le montant du prêt à une autre personne que l'entrepreneur tant que celui-ci n'aura pas reçu le paiement de l'intégralité de la créance née du marché correspondant au prêt.

Ainsi, chaque fois que le maître d'ouvrage recourt à un crédit spécifique pour financer les travaux, le montant du prêt doit être versé à l'entrepreneur.

Concrètement, cela veut dire que la banque ne sera tenue de verser le montant du prêt à l'entrepreneur que lorsque le crédit est exclusivement et en totalité destiné au paiement des travaux exécutés par l'entreprise.

Dans tous les autres cas (crédit servant également à financer d'autres dépenses), le maître d'ouvrage devra fournir une garantie de paiement sous une autre forme : la caution.

En revanche, le crédit destiné exclusivement et en totalité au paiement de travaux exécutés par l'entrepreneur s'entend d'un crédit non pas spécifique à un entrepreneur mais du crédit global de l'opération.

La banque ne pourra toutefois débloquer le montant du prêt correspondant à la créance de l'entrepreneur que sur ordre écrit du maître d'ouvrage.

Cette obligation s'impose aux maîtres d'ouvrage professionnels et aux maîtres d'ouvrage particuliers (dès lors que le montant du marché de travaux est supérieur à 12 000 € HT).

4.2.2. Le cautionnement solidaire

Lorsque le maître d'ouvrage ne recourt pas à un crédit spécifique pour financer les travaux, ou y recourt partiellement, à défaut de garanties résultant d'une stipulation particulière (consignation des sommes dues ou hypothèque), il doit

fournir une caution à l'entrepreneur émanant d'un établissement de crédit, d'une entreprise d'assurances ou d'un organisme de garantie collective.

C'est le maître d'ouvrage qui supporte le coût du cautionnement.

Aux termes du décret du 30 juillet 1999, *la caution est tenue sur les seules justifications présentées par l'entrepreneur que la créance est certaine, liquide et exigible et que le maître d'ouvrage est défaillant.*

Il ne s'agit pas d'une garantie à première demande mais d'une garantie accessoire.

Ce sera donc à l'entrepreneur de prouver que le maître d'ouvrage est défaillant en le mettant en demeure de payer, s'il ne paye pas spontanément à la date convenue une situation de travaux non contestée ou le solde résultant du décompte définitif, qu'il soit en redressement ou en liquidation judiciaire ou non, et en présentant à l'établissement de crédit les pièces justificatives de sa créance.

Le maître d'ouvrage pourra toujours contester une situation ou un projet de décompte en invoquant une malfaçon ou une autre raison, l'entreprise devra alors introduire un recours contentieux pour faire reconnaître ses droits à paiement. Ce n'est que par la suite, si le maître d'ouvrage ne s'exécute pas et si elle obtient gain de cause devant le tribunal, qu'elle aura recours à la garantie.

Les organisations professionnelles d'entreprises (FFB et FNTP) et l'Association française des banques (AFB) ont négocié un acte type de cautionnement qui dispose que *tout paiement par la banque à l'entrepreneur ne pourra intervenir que sur justification écrite par l'entrepreneur que sa créance est certaine, liquide et exigible, et que le maître d'ouvrage est défaillant du fait soit du non-paiement à la suite d'une sommation par huissier demeurée sans effet pendant un délai d'un mois à compter de la signification de cette sommation, soit de sa liquidation judiciaire.*

L'exigence d'un acte d'huissier a été introduite dans l'acte de caution par l'Association française des banques, essentiellement dans un souci de sécurité juridique.

Ainsi pour se faire payer au lieu et place du maître d'ouvrage par le banquier qui se sera porté caution au moyen de l'acte type, l'entreprise devra-t-elle démontrer que :

- sa créance est certaine, liquide et exigible : une situation non contestée par le maître d'ouvrage, un solde devenu définitif ;
- le maître d'ouvrage est défaillant : une sommation de payer demeurée sans effet pendant un mois ou un jugement de liquidation judiciaire du maître d'ouvrage.

4.3. La sanction de la non-fourniture de la garantie

L'article 1799-1 du Code civil pose le principe de l'obligation pour le maître d'ouvrage qui conclut un marché de travaux privés visé au 3 de l'article 1779 de

garantir à l'entrepreneur le paiement des sommes dues. Il laisse ouverte pour l'entrepreneur la possibilité de tenter d'obtenir, par la voie judiciaire, le respect de cette obligation, c'est la voie de l'astreinte (cf. infra 9.4.3.2.). Il envisage une sanction spécifique de la non-fourniture de la garantie, le sursis à l'exécution du contrat (l'interruption des travaux) en faisant jouer l'exception d'exécution (cf. infra 9.4.3.3.).

Enfin, la norme AFNOR NF P 03-001, dans son édition de décembre 2000, permet d'aller jusqu'à la résiliation du marché aux torts du maître d'ouvrage dès lors que les conditions de l'article 22.1.3.1 sont réunies.

4.3.1. Portée de l'obligation de garantie

Le maître d'ouvrage doit garantir les sommes dues

Le maître d'ouvrage doit garantir *le paiement des sommes dues lorsque celles-ci dépassent un seuil fixé en Conseil d'État.*

La notion de sommes dues comprend non seulement le montant du prix initial, mais également les sommes dues au titre des travaux supplémentaires convenus entre l'entrepreneur et le maître d'ouvrage, les pénalités et autres indemnités dues par le maître d'ouvrage, et la TVA.

En d'autres termes, l'article 1799-1 ne comporte aucune restriction quant au montant garanti. Toute somme due et qui résulterait de l'application de stipulations du marché doit donc être garantie. Ce principe est réaffirmé au deuxième alinéa de l'article 1799-1 (« intégralité de la créance née du marché »). Il est également confirmé par les tribunaux.

Voir en ce sens la décision au fond du tribunal de commerce de Saint-Étienne du 14 mars 1997. Un maître d'ouvrage avait résilié le marché d'un entrepreneur qui lui réclamait une garantie de paiement. Le tribunal a prononcé la résiliation aux torts du maître d'ouvrage et l'a condamné à réparer le préjudice subi (15 % du montant du marché). En outre, le maître d'ouvrage devait fournir sous astreinte de 10 000 francs par jour un cautionnement solidaire conforme à l'article 1799-1 du Code civil et garantissant le solde dû qui comprenait non seulement le principal, mais également le montant des intérêts moratoires calculés au taux de 17 % l'an (art. 18-7 de la norme AFNOR P 03-001, édition de septembre 1991).

L'acte générateur de l'obligation de garantie de paiement est la conclusion du marché

Ce principe est posé clairement à l'alinéa premier de l'article 1799-1 : *Le maître de l'ouvrage qui conclut un marché de travaux privé visé au 3 de l'article 1779 doit garantir à l'entrepreneur...*

Il résulte de cette disposition que l'obligation de délivrance de la garantie n'est pas subordonnée à l'existence d'une créance certaine, liquide et exigible (par exemple une situation de travaux impayée), mais à la seule conclusion d'un marché de travaux privé (cf. TGI de Bordeaux, 10 mai 1995, Sofibat c/ société civile de construction vente club Royal Aquitaine). Cette ordonnance de référé a

fait l'objet d'une confirmation de toutes ses dispositions par la cour d'appel de Bordeaux le 4 juillet 1996, qui énonce que le législateur n'ayant fixé aucun délai pour la fourniture de la garantie de paiement prévue à l'article 1799-1 du Code civil, il n'est pas sérieusement contestable que l'entrepreneur peut solliciter cette **garantie à tout moment, même en cours d'exécution du marché, tant que le maître de l'ouvrage demeure redevable envers lui de tout ou partie des sommes dues.**

Le maître d'ouvrage est débiteur de l'obligation de garantie dès la signature du contrat

L'entrepreneur n'est donc pas tenu de mettre en demeure le maître d'ouvrage de fournir une garantie pour faire naître cette obligation.

La mise en demeure est simplement requise comme préalable à l'application de la sanction visée au troisième alinéa de l'article 1799-1 en cas de défaut de fourniture de la garantie de paiement.

Voir en ce sens l'arrêt de la cour d'appel de Dijon du 17 septembre 1996 (appel de l'ordonnance du 23 avril 1996 du TGI de Dijon). Après avoir rappelé que le maître d'ouvrage devait fournir spontanément la garantie prévue à l'article 1799-1 alinéa 3, dès lors que le marché de travaux dépassait le seuil de 15 250 € (HT), la Cour énonce que l'entrepreneur n'était aucunement tenu de mettre en demeure le maître d'ouvrage. L'obligation du maître d'ouvrage, de par l'effet de la loi, naît dès la signature du marché. Dès lors, la compétence du juge des référés est confirmée et le maître d'ouvrage est condamné sous astreinte financière de 1 525 € par jour de retard à délivrer la garantie de paiement.

4.3.2. Sanction par la voie judiciaire de l'obligation de délivrance d'une garantie de paiement : la voie de l'astreinte

L'article 1799-1 du Code civil a prévu comme sanction à la non-fourniture de la garantie de paiement la possibilité pour l'entrepreneur de surseoir à l'exécution du contrat. Toutefois, cela n'est pas exclusif de la possibilité pour l'entrepreneur de tenter d'obtenir par la voie judiciaire que le maître de l'ouvrage remplisse son obligation légale de délivrer une garantie de paiement.

L'astreinte est une condamnation pécuniaire prononcée par le juge, ayant pour but de vaincre la résistance d'un débiteur récalcitrant et de l'amener à exécuter une décision du juge.

Une astreinte peut donc être ordonnée par un tribunal en vue d'assurer l'exécution d'un jugement condamnant un maître d'ouvrage à délivrer la garantie de paiement de l'article 1799-1.

Bien entendu la condamnation à fournir la garantie de paiement sous astreinte peut être ordonnée par le juge des référés.

Voir notamment en ce sens : tribunal de grande instance de Bordeaux, 10 mai 1995 condamnant par voie d'ordonnance de référé le maître d'ouvrage à fournir

à l'entrepreneur la garantie de paiement prévue à l'article 1799-1 du Code civil dans le délai de huitaine à compter de la signification de l'ordonnance sous astreinte de 20 000 francs par jour de retard. Le juge confirme qu'il s'agit d'un dispositif légal d'ordre public et que le caractère impératif de ces dispositions n'est pas sérieusement contestable.

Décision confirmée par la cour d'appel de Bordeaux le 4 juillet 1996 et la cour d'appel de Dijon le 17 septembre 1996.

Il faut ensuite revenir devant le juge pour liquider l'astreinte :

- tribunal de commerce de Bordeaux, 22 juillet 1997 : liquidant l'astreinte prononcée par une précédente décision en référé à 300 000 francs et condamnant la SCI à consigner cette somme dans l'attente du jugement au fond relatif à la résiliation du marché par la SCI.
- tribunal de grande instance de Nanterre, 5 août 1997 : liquidant, à la date de l'assignation, en demande, à la somme de 60 000 francs, l'astreinte assortissant la condamnation d'une SCI à fournir un cautionnement solidaire, ordonné antérieurement par le juge des référés. Si l'article 1799-1 du Code civil prévoit que l'entrepreneur peut suspendre l'exécution du contrat au cas où le cautionnement n'est pas fourni, cela est une possibilité et non une obligation : dès lors, il ne peut être reproché à la société d'avoir continué à exécuter le marché et la SCI ne peut se prévaloir de cette exécution pour tenter de se soustraire à l'astreinte.

4.3.3. Possibilité pour l'entrepreneur de surseoir à l'exécution du contrat : l'interruption des travaux

La sanction expressément prévue par l'article 1799-1 pour non-fourniture de la garantie de paiement est la possibilité pour l'entrepreneur de surseoir à l'exécution du contrat, c'est-à-dire d'interrompre les travaux par la voie de l'exception d'inexécution.

Principe de l'exception d'inexécution

Dans les contrats synallagmatiques, l'une des parties peut refuser d'exécuter son obligation tant que l'autre partie n'offre pas d'exécuter la sienne, puisqu'elle en est la contrepartie et la cause. Cette possibilité constitue un moyen de pression qui évite à l'entrepreneur d'aller, du moins dans un premier temps, devant le juge.

Le principe de l'exception d'inexécution a été consacré comme un principe général par la jurisprudence applicable aux contrats synallagmatiques et notamment aux marchés de travaux où l'obligation pour le locateur d'ouvrage d'exécuter les travaux a pour contrepartie celle pour le maître d'ouvrage de les payer.

L'exception d'inexécution est prévue par l'article 1799-1 du Code civil.

Aucune garantie n'est fournie.

L'article 1799-1 alinéa 3 du Code civil donne expressément à l'entrepreneur la possibilité de mettre en œuvre l'exception d'inexécution en cas de non-fourniture de la garantie de paiement, et non plus seulement en cas de non-paiement. Dès lors que le maître d'ouvrage n'aura pas rempli son obligation de fournir une garantie de paiement, l'entrepreneur, sous certaines conditions, pourra ne pas remplir son obligation d'exécuter les travaux et les interrompre.

Mise en demeure préalable

Le troisième alinéa de l'article 1799-1 subordonne l'application de l'exception d'inexécution à une mise en demeure préalable. Cette mise en demeure doit rester sans effet à l'issue d'un délai de quinze jours. Elle doit être faite par lettre recommandée avec demande d'avis de réception (décret 30 juillet 1999, précité).

Le règlement par le maître d'ouvrage des acomptes et avances ne constitue pas *stricto sensu* le paiement des « travaux exécutés ». En effet, le montant des sommes dues pour les travaux exécutés ne peut être fixé qu'au moment où est arrêté le décompte définitif.

Il en résulte que le versement d'acomptes ou le règlement de situations de travaux en cours de chantier ne constituant pas un paiement des travaux exécutés, ne peut juridiquement interdire à l'entrepreneur de surseoir à l'exécution du contrat si le maître de l'ouvrage ne lui fournit pas la garantie de paiement qui est exigée par la loi.

Il serait en effet parfaitement illogique que l'entrepreneur ne puisse faire jouer l'exception d'inexécution que lorsque les travaux auraient été exécutés et non payés, c'est-à-dire à un moment où ce moyen de pression serait privé de l'essentiel de son objet, et donc pratiquement de toute efficacité.

En précisant que la possibilité de surseoir à l'exécution du contrat est subordonnée à la condition *que l'entrepreneur demeure impayé des travaux exécutés*, l'article 1799-1 ne fait qu'appliquer le principe du caractère accessoire de la garantie par rapport à l'obligation principale : celle de payer. Or, l'obligation de garantie prend fin avec le paiement intégral des travaux, puisque la garantie est accessoire par rapport à la dette qu'elle couvre.

Ceci est confirmé notamment par le tribunal de grande instance d'Évreux, 17 janvier 1996 : l'entrepreneur peut demander la mise en place de la garantie de paiement avant le commencement des travaux et arrêter les travaux en cas où ceux-ci, étant sans garantie, demeurent impayés ; mais aussi par le tribunal de grande instance de Brest, 10 avril 1996, qui condamne le maître d'ouvrage à une indemnité de 3 050 € suite à la résiliation abusive du contrat, l'entrepreneur ayant demandé l'octroi de sa garantie ; ainsi que par le tribunal de commerce de Saint-Étienne, 14 mars 1997, qui, au fond, alors que le maître d'ouvrage avait résilié le marché de l'entrepreneur qui avait réclamé sa garantie de paiement, prononce la résiliation aux torts du maître d'ouvrage et le condamne à réparer le préjudice subi (15 % du montant du marché). En outre, ce dernier doit fournir sous astreinte de 15 252 € par jour un cautionnement solidaire conforme à

l'article 1799-1 du Code civil et garantissant le solde dû y compris les intérêts moratoires.

L'exception d'inexécution fige momentanément les relations contractuelles

Elle ne remet pas en cause le contrat lui-même.

Elle n'entraîne pas sa résolution.

Sous réserve du jeu des clauses résolutoires, et notamment d'une stipulation expresse en ce sens, la résolution devrait être demandée au juge (Code civil, art. 1184).

En cas de sursis à exécution intervenant dans le cadre de l'article 1799-1, le contrat n'est pas résilié et le maître d'ouvrage ne peut ni faire continuer les travaux par un autre entrepreneur, ni opposer à l'entrepreneur titulaire des dispositions tirées du marché (par exemple les pénalités de retard, en cas de dépassement du délai convenu).

En cas de sursis à l'exécution du contrat, il convient de faire également application du principe énoncé par la norme NF P 03-001 aux termes de laquelle *le maître de l'ouvrage est responsable des conséquences de toute interruption résultant de la non-observation de ses obligations et, en particulier, des répercussions qu'elle pourrait avoir sur l'exécution des travaux des autres corps d'état* (norme NF P 03-001, précitée art. 10.3.2.1 – édition décembre 2000).

4.3.4. Possibilité pour l'entrepreneur d'obtenir la résiliation du marché

La combinaison des dispositions de l'article 1799-1 du Code civil (reprises dans l'article 20.9 de l'édition de décembre 2000 de la norme AFNOR) et de celles de l'article 22.1.3.1 de ladite norme permettent d'aller jusqu'à la résiliation du marché aux torts du maître d'ouvrage en cas de non-fourniture de la garantie de paiement aboutissant à une interruption des travaux, supérieure à six mois.

En effet, l'article 22.1.3.1 de la norme prévoit que la résiliation du marché peut être obtenue à l'initiative de l'entrepreneur, aux torts du maître d'ouvrage, par suite d'ajournement ou d'interruption fractionné ou continu de plus de six mois.

4.4. Caractère d'ordre public de l'article 1799-1 du Code civil

Toute dérogation contractuelle à une disposition d'ordre public est frappée de nullité.

L'ordre public dont sont empreintes les dispositions de l'article 1799-1 du Code civil rend inopposable à l'entrepreneur, même s'il en est signataire, toute clause par laquelle il renoncerait à la garantie de paiement que la loi organise.

Une conséquence fondamentale de cette inopposabilité est le droit maintenu de l'entrepreneur en tout état de cause, et même dans l'hypothèse d'une renoncia-

tion contractuelle formelle de sa part, à faire jouer la sanction applicable (condamnation à fournir la garantie sous astreinte, sursis à l'exécution du marché) en cas de défaut de fourniture de la garantie de paiement par le maître de l'ouvrage, dès lors que les conditions objectives de son obligation sont réunies.

La nullité d'ordre public est une nullité absolue et peut donc être soulevée par tout intéressé.

4.4.1. Éléments textuels constitutifs de l'ordre public de l'article 1799-1

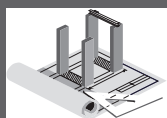
L'article 1799-1 comporte plusieurs éléments textuels, qui ne laissent aucun doute sur le caractère d'ordre public de ses dispositions.

Deux éléments sont clairement déterminants :

- Il y a d'une part et surtout la formulation employée par le premier alinéa de l'article 1799-1, c'est-à-dire celui-là même qui pose le principe général de l'obligation de délivrance d'une garantie de paiement à l'entrepreneur, alors que les autres alinéas de ce même article ne font que détailler le mécanisme d'application de ce principe général. Cet alinéa dispose, en effet, que le maître d'ouvrage *doit garantir à l'entrepreneur le paiement des sommes dues*. S'agissant d'une disposition du Code civil, où le simple indicatif vaut souvent impératif, cette formulation (« doit garantir », et non pas « garantit ») marque clairement le caractère impératif de cette obligation.
- Il y a d'autre part la formulation très contraignante choisie par le législateur pour établir, dans le deuxième alinéa de l'article 1799-1 du Code civil, l'obligation (lorsque les autres conditions définies par la loi sont réunies) du versement direct à l'entrepreneur du montant du prêt bancaire contracté par le maître d'ouvrage pour financer les travaux. Le législateur dit très précisément que *l'établissement de crédit ne peut verser le montant du prêt à une personne autre... que l'entrepreneur*. Il est difficile d'être plus prohibitif, c'est-à-dire impératif, et non pas supplétif de volonté.

4.4.2. Éléments jurisprudentiels constitutifs de l'ordre public à l'article 1799-1

- 3^e chambre civile, 26 mars 2003, SCI SMDI
- 3^e chambre civile, 24 avril 2003, société 1 rue des Blagis c/ EPPM Battais
- 3^e chambre civile, 1^{er} décembre 2004, société Eurobéton France
- 3^e chambre civile, 16 février 2005, SCI Beaupré c/ société Iso-Mir
- 3^e chambre civile, 9 novembre 2005, société PNJA c/ société DB Construction
- 3^e chambre civile, 4 janvier 2006



Les principales difficultés qui surviennent pendant l'exécution des travaux concernent les travaux supplémentaires dans les marchés à prix global et forfaitaire (10.2), les conséquences de l'augmentation, de la diminution de la masse des travaux ou des changements dans l'importance des diverses natures d'ouvrage en termes de prolongation du délai et d'indemnisation des entrepreneurs (10.3), le non-paiement des travaux et sa répercussion sur une éventuelle interruption du chantier (10.4), le régime des avenants dans les marchés publics (10.5), la gestion du compte prorata (10.6) et la prise en compte des préoccupations environnementales dans les marchés (10.7).

Mais tout d'abord rappelons les obligations du maître d'ouvrage et de l'entrepreneur liées à l'exécution des travaux (10.1).

1. Les obligations du maître d'ouvrage et de l'entrepreneur liées à l'exécution des travaux

1.1. Le rôle du maître d'ouvrage pendant l'exécution

Le maître d'ouvrage pendant l'exécution du marché public ou privé gère le marché :

- veille au respect des pièces contractuelles et procède à des contrôles ;
- délivre les ordres de service ou les bons de commande à l'entreprise ;
- surveille l'exécution des prestations sur le chantier ;
- procède à des constats d'événements (constat d'avancement des travaux, intempéries, etc.) ;
- contrôle le respect des délais, des phases techniques d'exécution. Si nécessaire, il accorde une prolongation de délais ;
- adresse à l'entreprise des mises en demeure pour lui rappeler ses obligations contractuelles ;
- prescrit des modifications en cours d'exécution ;
- applique les dispositions financières prévues dans le marché ;
- réceptionne les prestations.

1.2. Les obligations de l'entrepreneur liées à l'exécution des travaux

La principale mission de l'entreprise est une obligation matérielle d'exécution dont le contenu exact dépend du contrat et du corps d'état concerné.

Ceci suppose l'exécution des ordres de service, une exécution correcte de l'ouvrage, dans le respect des règles de l'art, avec un devoir de renseignement et de conseil, dans le respect des délais contractuels, et l'obligation de devoir supporter les risques jusqu'à la réception des travaux.

1.2.1. Exécution des ordres de service (OS)

L'entrepreneur doit réaliser l'ouvrage commandé en se conformant aux stipulations contractuelles. Seul face au maître d'ouvrage, l'entrepreneur doit respecter les prescriptions contractuelles. Il engage sa responsabilité s'il y apporte des modifications unilatérales ou substitue un matériau ou un élément de construction par un autre (par exemple, remplace les tuyauteries cuivre initialement prévues par des tubes acier inadaptés et ce, même si la modification est demandée par le maître d'ouvrage, car il pèse sur l'entrepreneur une obligation de conseil qui doit l'amener à faire des réserves).

Dans le respect des ordres de service (OS). L'entrepreneur doit exécuter fidèlement les plans, devis descriptifs et quantitatifs établis par lui ou par le maître d'œuvre et exécuter scrupuleusement les ordres de services. En présence d'un architecte, l'entrepreneur se trouve placé sous son autorité hiérarchique. Il s'agit d'une hiérarchie à la fois technique et juridique. La conduite de l'opération de construction relève dans ce cadre du maître d'œuvre et, à ce titre, l'entrepreneur est tenu de se conformer aux instructions techniques du maître d'œuvre, sauf lorsqu'il doit faire jouer son obligation de conseil (cf. infra). Les ordres de services que le maître d'œuvre adresse à l'entrepreneur pour le compte du maître d'ouvrage concrétisent cette hiérarchie du maître d'œuvre sur l'entrepreneur.

L'ordre de service traduit sur le chantier les obligations souscrites par l'entrepreneur dans le cadre de son marché. L'ordre de service peut ordonner de commencer des travaux, modifier des prestations, exiger la production de documents, porter diverses injonctions (accélérer le rythme d'exécution). Il répond, le plus souvent, à un certain formalisme. Il est logique que tous les ordres de service dont l'exécution est liée à un délai par les pièces du marché soient adressés à l'entrepreneur par lettre recommandée avec avis de réception (ou par tout autre moyen conférant date certaine).

Lorsque le marché fait référence au CCAG Travaux. En marchés publics se référant au CCAG de 1976, les ordres de service sont écrits, signés par le maître d'œuvre, datés et numérotés. Ils sont adressés en deux exemplaires à l'entrepreneur, qui en renvoie immédiatement un au maître d'œuvre après l'avoir signé et y avoir porté la date à laquelle il l'a reçu.

Lorsque le marché fait référence à la norme AFNOR NF P 03-001.

La norme définit, dans son article 3.2.19 de l'édition 2000, l'ordre de service comme étant un document écrit, numéroté (signé et daté), par lequel le maître d'œuvre ordonne à l'entrepreneur de prendre telle disposition entrant dans le cadre des obligations de son marché.

Lorsque le marché ne fait ni référence à la norme AFNOR NF P03-001 ni référence au CCAG Travaux. Il y a lieu de lire le contrat, le cahier des clauses administratives particulières et de vérifier les hypothèses expressément prévues dans lesquelles le maître d'œuvre peut émettre des ordres de services et dans lesquelles l'entrepreneur a un temps déterminé pour faire les réserves par écrit, sous peine de forclusion.

Toutefois, en ce qui concerne les marchés à forfait (publics ou privés), le paiement des travaux supplémentaires nécessite impérativement (sauf clause différente du marché), un accord écrit préalable sur le montant du devis du client (et non du maître d'œuvre) autorisant l'entrepreneur à réaliser les travaux supplémentaires. Dans un marché forfaitaire (cf. infra 10.2), l'entrepreneur ne devra jamais exécuter de travaux modificatifs ou supplémentaires sans commande écrite préalable du client définissant leur nature et leur prix. L'ordre de service du maître d'œuvre sera sans effet, sauf si celui-ci détient un mandat du maître d'ouvrage, ce qui est rarissime.

L'émission de réserves. Que le marché soit soumis ou non à la norme AFNOR NF P 03 001 ou au CCAG Travaux, l'entrepreneur doit réfléchir sur les conséquences directes ou indirectes qui peuvent résulter d'un ordre de service pour faire éventuellement des réserves sur cet ordre de service ou sur tous incidents survenus lors de l'exécution des travaux. Chaque fois que l'entrepreneur se trouve en présence d'une situation anormale ou d'un ordre de service non conforme à ses obligations contractuelles, ou aux règles de l'art, l'entrepreneur doit émettre des réserves. Cela fait partie du **devoir de conseil** de l'entreprise (cf. infra).

Quand faut-il faire des réserves ? Il y a lieu de faire des réserves en cas de retard dans la délivrance d'un ordre de service, de produit jugé inadéquat, de retards d'exécution d'autres corps d'état se traduisant par un décalage dans l'exécution de ses propres travaux et risquant d'entraîner l'application de pénalités de retard, de commande verbale de travaux supplémentaires ou sans contre-seing par le maître de l'ouvrage de l'ordre de service. En conséquence, pour avoir une valeur juridique, l'ordre de service commandant des travaux supplémentaires doit être contresigné par le maître de l'ouvrage.

Lorsque les réserves ne sont pas prises en compte, l'entrepreneur peut-il refuser d'exécuter des ordres de service considérés comme abusifs ? Tout dépend des conséquences de l'ordre défectueux. S'il doit compromettre réellement la destination ou la solidité de l'ouvrage ou bien présenter des dangers pour la sécurité des personnes ou être contraire aux règles de l'art, l'entrepreneur doit refuser d'exécuter l'ordre de service et éventuellement de poursuivre l'exécution des travaux. En conséquence, même si le maître de l'ouvrage et le maître d'œuvre lui confirment par écrit, suite aux réserves formulées, d'exécuter les travaux, l'entrepreneur risque d'être considéré comme responsable. En règle

générale, l'immixtion du maître de l'ouvrage n'exonère partiellement l'entrepreneur de sa responsabilité que lorsque deux conditions sont réunies : le maître de l'ouvrage est notoirement compétent et son intervention s'est manifestée par un ordre fautif refusant de prendre en compte les réserves expresses et précises de l'entrepreneur.

1.2.2. Respect des règles de l'art et obligation de conseil

L'entrepreneur est tenu à une obligation de résultat. Il doit non seulement exécuter l'ouvrage tel que décrit dans le CCAP et dans le CCTP, mais il doit le réaliser en conformité avec les règles de l'art. À ce titre, il doit également conseiller le maître d'ouvrage.

Le respect des règles de l'art. Le principe de l'exécution conforme des plans, devis et ordres de service trouve sa mesure et ses limites dans la compétence de l'entrepreneur, le respect des règles de l'art en général et l'obligation de conseil de l'entrepreneur. L'entrepreneur n'est pas, et ne doit pas être, en effet « un instrument passif entre les mains de l'architecte », et il lui appartient, dans les limites de sa compétence, dans le cadre de sa double obligation de conseil et de respect des règles de l'art, d'attirer l'attention de l'architecte et du maître de l'ouvrage sur les insuffisances et défauts des plans, comme sur les inconvénients des ordres reçus, et au besoin de se refuser à contracter ou à exécuter les travaux prescrits. L'obligation de respecter les règles de l'art est constamment sanctionnée par la jurisprudence qui l'érige en principe majeur. Les règles de l'art ne font l'objet d'aucune codification particulière et unique, mais contiennent le savoir-faire attendu de l'entrepreneur dans sa sphère habituelle de compétence. Dès lors, le contenu des règles de l'art n'est pas toujours facile à déterminer car ces règles sont contenues dans des textes souvent divers et quelquefois contradictoires. Néanmoins, leur respect ne peut constituer en soit une cause étrangère exonératoire de sa responsabilité envers le maître d'ouvrage. Toutefois, des réserves expresses peuvent, dans certains cas, aboutir à décharger, totalement ou partiellement, l'entrepreneur de sa responsabilité.

Les règles de l'art peuvent sur certains points, être contenues dans des DTU. Les DTU sont des documents de référence applicables aux marchés de travaux de bâtiment et édités par le Centre scientifique et technique du bâtiment. Ils portent codification, par secteur, des règles de l'art (savoir-faire habituels qu'un maître d'ouvrage est en droit d'attendre des professionnels). Ces documents ont, dans leur quasi-totalité, acquis le statut de norme AFNOR (on parle alors des NF-DTU). Une fois homologués par le directeur général de l'AFNOR, ils sont référencés au Journal officiel. Lorsque les contrats obéissent à la norme NF P 03-001, ils sont de ce fait soumis à l'obligation de respecter les DTU. La norme précise que ces documents n'ont pas à être matériellement joints aux pièces du marché car ils sont supposés connus des parties.

La violation des règles de l'art. Le respect des règles de l'art par les différents constructeurs, doit normalement conduire à la réalisation d'un ouvrage exempt de malfaçons, apte à résister à l'épreuve du temps, et au moins pendant les durées prévues aux articles 1792 et suivants et 2270 du Code civil. La violation

des règles de l'art pourra par exemple être constituée par une conception ou une exécution défectueuse, une conception ou une exécution impliquant des dommages ou dangers dans l'utilisation des ouvrages, l'absence de prévision et, par conséquent, d'exécution d'une partie d'ouvrage ou d'un élément d'équipement nécessaire cependant à la perfection de l'ouvrage.

Le respect des règles de l'art se heurte souvent au problème de l'économie réalisée par le maître d'ouvrage sur le prix de l'ouvrage. C'est au moment de fixer le montant des réparations que se pose le problème de l'étendue de la réparation, car il est évident que si la partie d'ouvrage ou l'élément d'équipement avait été prévu à l'origine et réalisé, le maître de l'ouvrage en aurait acquitté le prix. Mais ce choix d'économie fait par le maître d'ouvrage n'est pas constitutif en soi d'une faute de sa part et le constructeur ne saurait s'exonérer de ses obligations pour la seule raison que le maître d'ouvrage a choisi la solution la plus économique parmi celles proposées.

Une recherche excessive d'économie malgré des mises en garde précises et répétées constituent une prise de risque qui peut atténuer voire supprimer la responsabilité de l'entrepreneur. Il se peut que l'économie aille trop loin, qu'elle soit faite au mépris des règles de l'art ou, plus généralement, que les choix du maître d'ouvrage soient incompatibles avec les règles de l'art. Dans ce cas, l'entrepreneur doit, en vertu de son devoir de conseil, appeler l'attention du maître de l'ouvrage sur les inconvénients des solutions envisagées en émettant des réserves formelles et préalables et, éventuellement, refuser ses services. Une recherche excessive d'économie par le maître d'ouvrage, voire des choix techniques délibérés, malgré des mises en garde précises et justifiées de l'entrepreneur, constituent une prise de risque qui peut atténuer voire supprimer sa responsabilité vis-à-vis du maître d'ouvrage.

La 3^e chambre civile de la Cour de cassation admet même dans une espèce que l'acceptation des risques par le maître de l'ouvrage limite la responsabilité des constructeurs, sans exiger que le maître d'ouvrage soit notoirement compétent s'il est informé des conséquences de son choix (Cass. 3^e ch. civ. 9 juin 1999, le syndicat du Domaine de Saint-Louis, Bull. III, n° 132 p. 91) :

Ayant relevé que le maître de l'ouvrage avait été informé complètement des conséquences du défaut de mise en place d'une étanchéité, par une note du bureau de contrôle et par la formulation de réserves de la part de ce bureau relatives à la pénétration possible d'eaux de pluie, et qu'il avait, par un choix effectué en toute connaissance de cause, accepté les risques de la construction d'une dalle dépourvue d'étanchéité, une cour d'appel, qui n'était tenue de rechercher ni si le maître de l'ouvrage était notoirement compétent en matière de construction, ni si sa décision constituait pour l'architecte un événement ayant les caractéristiques de la force majeure, a exactement retenu que la responsabilité de ce dernier n'était pas engagée, l'information du maître de l'ouvrage pouvant émaner d'un professionnel de la construction autre que celui dont la responsabilité est recherchée.

Une obligation de renseignement et de conseil. Au-delà de l'obligation de faire à laquelle tout locateur d'ouvrage est tenu, l'entrepreneur comme l'archi-

tecte, ou tout autre professionnel, est tenu d'une obligation de renseignement et de conseil en raison de sa compétence et de sa spécialisation professionnelle. Dans ce cadre, l'entrepreneur ne peut dégager sa responsabilité en arguant que sa mission ne comporte que l'obligation d'exécuter un ouvrage exempt de vices, au prix et dans les délais convenus. L'obligation de conseil est une obligation accessoire en vertu de laquelle les constructeurs sont tenus de signaler au maître d'ouvrage les risques et inconvénients présentés par la construction. En fait, cela oblige l'entrepreneur à ne pas rester cantonné dans le cadre strict de son marché mais à prendre toutes initiatives utiles à la qualité de l'ouvrage. C'est une sorte de sanction d'une attitude passive.

La forme du devoir de conseil : l'émission de réserves. Le devoir de conseil qui incombe à l'entrepreneur peut prendre la forme d'un renseignement, d'un avertissement, d'un conseil, d'une mise en garde ou toute autre forme. Il s'agit en réalité d'attirer l'attention des personnes intéressées sur les conséquences fâcheuses qui pourraient découler de telle situation, de tel choix ou de telle décision. L'entrepreneur doit prendre parti, réagir, voire même agir. Le devoir de conseil ne résulte d'aucun texte. Pour l'entreprise, il n'existe ni Code des devoirs professionnels, ni texte mentionnant son obligation de conseil. Ce devoir de conseil ne découle pas davantage des stipulations contractuelles, bien que parfois certains contrats le prévoient expressément. Il part de l'idée que le maître d'ouvrage est dépourvu d'expérience face au constructeur qui est un professionnel. Cette obligation constitue un exemple type de création jurisprudentielle dont les applications font une large place à des considérations pratiques plutôt qu'à la recherche de solutions juridiques. C'est à travers la jurisprudence que l'on peut donc, peu à peu, connaître des applications du devoir de conseil.

Le devoir de conseil porte sur tous les aspects de l'opération et notamment sur les risques du sol, la réglementation applicable, la conception. L'entrepreneur doit avertir le maître de l'ouvrage sur tous les aspects de l'opération considérée. Le devoir de conseil porte sur les risques du sol, sur la réglementation applicable, en appont du maître d'œuvre, sur la conception, la solidité douteuse d'un faux plancher, l'impossibilité d'un remontage à l'identique de bâtiments, sur les suites de la construction, comme la possibilité d'actes de malveillance ou les modalités d'entretien de sols telles qu'indiquées par le fabricant. Le devoir de conseil dû au maître d'ouvrage s'étend, aux risques présentés par la réalisation de l'ouvrage envisagé, eu égard, en particulier à la qualité des existants sur lesquels l'entrepreneur intervient, ce qui doit éventuellement l'amener à refuser l'exécution de travaux dépassant ses capacités.

Envers qui doit s'exercer le devoir de conseil de l'entrepreneur ? Si le créancier naturel de l'obligation de conseil est bien le maître de l'ouvrage, la jurisprudence pose en fait le principe d'une obligation aussi bien à l'égard de l'architecte ou du maître d'œuvre en général, que du maître de l'ouvrage ou de tout autre intervenant. Mais le devoir de conseil diffère suivant l'interlocuteur et surtout varie en fonction de la compétence de cet interlocuteur.

L'obligation de conseil de l'entrepreneur est renforcée en l'absence de maître d'œuvre. L'entrepreneur doit alors, par ses conseils, suppléer l'absence de maître d'œuvre. Toutefois, l'obligation de conseil ne saurait être retenue si le

maître de l'ouvrage lui cache délibérément certains éléments, par exemple s'il n'a pas fourni les plans de géomètre en sa possession alors qu'il avait connaissance de l'existence d'accords anciens sur les limites de propriété. Elle ne joue pas non plus à l'égard de faits qui sont de la connaissance de tous ou à la portée d'un maître d'ouvrage compétent : le maître d'ouvrage doit savoir que ses exigences nouvelles et changeantes ainsi que de multiples adjonctions et transformations entraîneront une augmentation du coût des travaux.

Le devoir de conseil joue aussi à l'égard du maître d'œuvre. L'entrepreneur a, en effet, un devoir de vérification et de contrôle des plans de l'architecte qu'il peut, au besoin, refuser. Il doit relever toute violation des règles de l'art que sa compétence lui permet de découvrir, comme par exemple une insuffisance des fondations, les inconvénients d'un procédé, les problèmes techniques susceptibles de surgir.

Le devoir de conseil s'étend également aux professionnels entre eux dès lors que le travail de l'un dépend du travail de l'autre. Il s'agit d'une obligation de renseignement (C. cass 31 janvier 2007, sté Schuco International). Un **sous-traitant** peut même se voir reprocher de n'avoir pas émis de réserves à l'égard de certaines décisions de l'entrepreneur principal.

L'exercice du devoir de conseil se concrétise principalement par l'expression de réserves. À défaut, la responsabilité contractuelle de l'entrepreneur pourrait être engagée. C'est pourquoi il importe de se ménager des preuves écrites de la formulation de conseils (Cour de cassation, 3^e civ., 6 février 1994, et CA de Paris, 24 février 1999, SCI Le Clos Fleuri d'Épinay c/ Praudel).

Comment faire des réserves ?

Dans les marchés privés se référant à la norme NF P 03-001, si l'entrepreneur estime que l'ordre de service est contraire à ses obligations contractuelles ou les excède :

- il doit formuler ses réserves,
- dans un délai de 15 jours,
- par un écrit daté et signé (LRAR).

Dans les marchés publics se référant au CCAG de 1976, lorsque l'entrepreneur estime que les prescriptions d'un ordre de service appellent des réserves de sa part, il doit, sous peine de forclusion :

- les présenter par écrit au maître d'œuvre,
- dans un délai de 15 jours,
- partant au lendemain du jour de réception.

Dans tous les cas, l'entrepreneur doit :

- garder copie de toutes ses réserves,
- les classer par marché,
- pour le règlement du solde du marché et pour un contentieux éventuel.

Quand et sur quoi faire des réserves?

Il est indispensable de faire des réserves :

- face à une situation anormale,
- ou à un ordre de service non conforme aux obligations contractuelles,
- ou non conforme aux règles de l'art.

Il peut s'agir :

- de retards d'exécution pris par les corps d'état situés « en amont »,
- de matériaux exigés inadéquats,
- d'une commande de travaux supplémentaires sans contreseing de l'OS par le client, ou sans accord sur le prix,
- de supports défectueux...
- ou d'un préjudice subi par l'entreprise (bouleversement de l'économie du marché ou désorganisation du chantier).

En conséquence, il est très important, avant de signer ou de faire signer un ordre de service, de prendre le temps de la réflexion sur les conséquences directes ou indirectes qui peuvent en résulter, pour formuler éventuellement des réserves.

Qui et à qui ?

En cas de sous-traitance : seul l'entrepreneur principal a qualité pour présenter les réserves.

En cas d'entrepreneurs groupés : seul le mandataire a qualité pour présenter des réserves.

En marchés privés, il faut envoyer ses réserves :

- au maître d'œuvre avec copie, également en recommandé avec AR, au client et, le cas échéant, au bureau d'études.

En marchés publics, il faut envoyer ses réserves par écrit :

- au maître d'œuvre.

1.2.3. Obligation de respecter les délais

Le marché prévoit le plus souvent un délai de préparation du chantier et un délai global d'exécution, et les documents généraux mentionnent des règles générales de décompte des délais et de transmission des documents.

Les délais peuvent naturellement être modifiés par avenant, ce qui supprime l'application des sanctions le plus souvent prévues pour assurer leur respect.

En dehors des cas où les délais sont suspendus avec l'accord du maître d'ouvrage, l'entrepreneur n'est exonéré de leur respect, sauf clause contraire, que dans les hypothèses classiques de force majeure, de fait d'un tiers ou de modification du contrat.

1. Le délai d'exécution

Le planning d'exécution. Il est nécessaire que l'entrepreneur lise les clauses contractuelles du marché afin de voir si un délai d'exécution est prévu, si un planning d'exécution de ses travaux est cité comme document contractuel ou s'il doit signer le planning plus tard. Le planning d'exécution des travaux n'est contractuel que s'il est cité comme document contractuel dans les pièces contractuelles du marché (cf. : marché, contrat, devis, CCAP...) ou s'il est signé par l'entreprise.

Le délai de réalisation dans la norme AFNOR NF P 03-001. L'article 10.1 de la norme – pour les marchés qui s'y réfèrent expressément – prévoit que le délai de réalisation comprend une période de préparation suivie d'une période d'exécution. Sauf dispositions différentes des documents particuliers du marché, le délai de réalisation commence le lendemain du jour de la notification à l'entrepreneur de la conclusion du marché. La période de préparation est de trois mois, sauf dispositions particulières du marché ; elle ne peut en tout état de cause pas être inférieure à un mois quand il y a obligation d'un plan particulier de sécurité et protection de la santé (PPSPS), le délai ne courant qu'après réception par l'entrepreneur du plan général de coordination (PGC). La période d'exécution suit la période de préparation. Toutefois, dans le cas où les documents particuliers du marché prévoient que l'origine de la période d'exécution est fixée par ordre de service, contresigné par le maître de l'ouvrage, l'ordre de service doit être notifié au minimum 15 jours avant la date fixée comme origine de la période d'exécution et correspondre au calendrier général.

Le délai de réalisation dans le CCAG Travaux

L'article 19.1 du CCAG indique que le délai d'exécution des travaux fixé par le marché s'applique à l'achèvement de tous les travaux prévus incombant à l'entrepreneur, y compris, sauf stipulation différente du marché, le repliement des installations de chantier et la remise en état des terrains et des lieux. Sauf stipulation différente du marché, le délai part de la date de la notification du marché. Cette notification vaut alors ordre de commencer les travaux. Le délai d'exécution comprend, si elle existe, la période de préparation.

L'article 28.1 précise que si le CCAP prévoit une période de préparation pendant laquelle, avant l'exécution proprement dite des travaux, le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur ont à prendre certaines dispositions préparatoires et à établir certains documents nécessaires à la réalisation des ouvrages, **cette période, sauf stipulations différentes du CCAP, est incluse dans le délai d'exécution et a une durée de deux mois.**

Date limite d'intervention

Rappelons que les professionnels doivent faire figurer dans leurs contrats, devis en particulier, la date limite de la prestation (début d'intervention, sauf si celle-ci est immédiate) dès lors que le montant de la prestation est supérieur à 500 euros. Cette disposition s'applique à tous les travaux de bâtiment qu'il s'agisse de travaux neufs ou de travaux sur bâtiments existants (article 3 de la loi du 18 janvier 1992 ; décret n° 92-1156 du 13 octobre 1992, renforcement de la protection des consommateurs).

En tout état de cause l'entrepreneur doit terminer ses travaux dans un délai raisonnable

Il arrive que les contrats soient réalisés par le maître de l'ouvrage et qu'il n'y ait pas de délai d'exécution. En vertu de son obligation générale de bonne foi, l'entrepreneur doit terminer les travaux dans un délai raisonnable.

Le retard n'est pas toujours imputable à l'entrepreneur. L'entrepreneur est tenu au respect du délai contractuel d'exécution. Afin de s'exonérer de sa responsabilité, il doit faire la preuve que le retard est imputable au maître de l'ouvrage, au maître d'œuvre ou aux autres entrepreneurs intervenant sur le chantier.

2. La prolongation du délai d'exécution**Les journées d'intempéries.**

La norme AFNOR NF P 03-001, pour les marchés qui s'y réfèrent expressément, précise dans son article 10.3.1.1 que le délai est prolongé de la durée des journées d'intempéries et que sont comptées comme journées d'intempéries celles où le travail est arrêté conformément aux dispositions du Code du travail, ainsi que celles pour lesquelles une impossibilité technique à poursuivre les travaux a été validée par le maître d'œuvre.

La prolongation du délai d'exécution en raison d'intempéries est également expressément prévue à l'article 19-22 du CCAG Travaux, pour les marchés publics qui s'y réfèrent, qui précise que dans le cas d'intempéries au sens des dispositions législatives ou réglementaires en vigueur, entraînant un arrêt de travail sur les chantiers, les délais d'exécution des travaux sont prolongés. Cette prolongation est notifiée à l'entrepreneur par un ordre de service qui en précise la durée, laquelle est égale au nombre de journées réellement constaté au cours desquelles le travail a été arrêté du fait des intempéries conformément aux dispositions, en défalquant, s'il y a lieu, le nombre de journées d'intempéries prévisibles indiqué au CCAP.

Le Code de travail (art. L 731-2) donne la définition des intempéries au sens de la norme AFNOR et du CCAG : *Sont considérées comme intempéries les conditions atmosphériques et les inondations lorsqu'elles rendent effectivement l'accomplissement du travail dangereux ou impossible eu égard, soit à la santé ou à la sécurité des travailleurs, soit à la nature ou à la technique du travail à accomplir.*

Ainsi, le gel, le verglas, la pluie, la neige, les inondations et le grand vent ne sont des intempéries que dans la mesure où ils rendent réellement le travail impossible ou dangereux. Pour les marchés qui ne se réfèrent ni à la norme AFNOR ni au CCAG Travaux, il y a lieu de lire les pièces contractuelles du marché afin de savoir comment sont prises en compte les intempéries pour calculer la prolongation du délai d'exécution.

La durée des empêchements de force majeure

Pour les marchés qui se réfèrent à la norme AFNOR son article 10.3.1.2 précise que le délai est prolongé de la durée des empêchements de force majeure, des jours fériés ou chômés inhabituels, des jours de grève générale de la profession ou des corps d'état ou secteurs d'activités dont les travaux de l'entrepreneur dépendent, au lieu d'exécution des travaux, à l'exclusion des jours de grève propres à l'entreprise en particulier.

Pour les marchés qui ne se réfèrent pas à la norme AFNOR, il y a lieu de lire les pièces contractuelles du marché afin de savoir comment sont prises en compte ces situations pour calculer la prolongation du délai d'exécution.

Modification de travaux et travaux imprévus

Le délai d'exécution peut être également modifié en cas d'augmentation de la masse des travaux, de diminution de la masse des travaux, de changement dans la nature des travaux ou en cas de travaux effectués en conséquence d'une injonction administrative, de travaux urgents intéressant la stabilité ou de travaux en dépenses contrôlées. L'entrepreneur devra demander une prolongation du délai d'exécution et justifier sa demande.

Retard de paiement du maître d'ouvrage

Dans les marchés privés, l'entrepreneur peut suspendre les travaux de défaut de paiement, après avoir prévenu par lettre recommandée le maître de l'ouvrage et le maître d'œuvre au moins quinze jours à l'avance. Dans ce cas le maître de l'ouvrage est responsable des conséquences de toute interruption résultant de la non-observation de ses obligations et, en particulier, des répercussions qu'elle pourrait avoir sur l'exécution des travaux des autres corps d'état.

Défaut de fourniture d'une garantie de paiement à l'entrepreneur.

L'article 1799-1 du Code civil oblige le maître d'ouvrage qui conclut un marché privé d'un montant supérieur à 12 000 € (déduction faite des arrhes et des acomptes à la commande) à en garantir le paiement à l'entrepreneur par le versement du crédit spécifique travaux, une stipulation particulière ou la remise d'une caution bancaire ; tant qu'aucune garantie n'a été fournie, l'entrepreneur peut surseoir à l'exécution du contrat après mise en demeure restée sans effet à l'issue d'un délai de 15 jours. De fait, le délai d'exécution pourra être prolongé de l'incidence de la durée de la mise en place de la garantie de paiement qui, rappelons-le, aurait dû être fournie à la signature du contrat.

Retard dans les formalités ou ordres de services

Le maître d'ouvrage supporte vis-à-vis de l'entrepreneur les conséquences des retards non imputables à l'entrepreneur, notamment s'ils résultent de retards apportés à l'accomplissement des formalités administratives qui incombent au maître d'ouvrage, d'ordres de service ayant pour effet de ralentir ou de suspendre les travaux, sauf si ces ordres de service sont motivés par une mauvaise exécution de ceux-ci, et de défaut d'ordres de service si l'entrepreneur les a demandés par écrit ou en a fait constater le défaut.

Décès ou résiliation du marché d'un des entrepreneurs groupés

Le délai d'exécution peut également être prolongé de l'incidence de la durée de la mise en place d'un dispositif permettant de remplacer un entrepreneur décédé ou défaillant.

3. Les pénalités en cas de retard dans l'exécution**Généralités**

Les pénalités pour retard constituent des sanctions forfaitaires prévues par des clauses contractuelles (dites « clauses pénales ») et calculées par jour calendrier de retard ou proportionnellement au montant du marché. Les règles concernant les pénalités de retard découlent des clauses du contrat et souvent de ses conditions particulières. C'est donc dans les clauses particulières (CCAP ou CPS) du marché relatives à une opération donnée qu'il convient de rechercher la commune intention des parties.

Taux

Il peut être variable en fonction de l'intérêt plus ou moins grand du maître de l'ouvrage d'obtenir l'ouvrage en temps voulu. Le taux est fixé, soit par jour calendrier en millièmes du montant du marché, c'est le cas des marchés qui font référence à la norme AFNOR (art. 9.5) qui fixe le taux de la pénalité journalière à 1/1 000 du montant du marché et de ceux qui se réfèrent au CCAG Travaux qui, lui, fixe le taux de la pénalité journalière à 1/3 000 du montant du marché, soit forfaitairement, par exemple, 75 ou 150 euros par jour de retard.

Plafond

Il doit être prévu contractuellement. Pour éviter d'affecter gravement l'équilibre financier du marché, l'entrepreneur doit essayer d'obtenir un plafonnement de ces pénalités qui, le plus fréquemment, est fixé à 5 % du montant du marché. Aucune disposition en ce sens n'était prévue dans la norme NF P 03-001 avant l'édition de décembre 2000. Dans cette dernière édition, il est prévu à l'article 9.5 (pour les marchés qui s'y réfèrent expressément) que le montant des pénalités est plafonné à 5 % du montant du marché.

Date d'application des pénalités

Souvent, les pénalités de retard commencent à courir le premier jour de retard enregistré sur le délai contractuel d'exécution sans qu'une mise en demeure soit adressée à cet effet à l'entreprise (Cass. 3^e ch. civ., 9 juin 1999, société Miroiterie Philippot, n° 1011 P., Mon TP 22 octobre 1999 p. 73, où la Cour de cassation confirme que le maître de l'ouvrage n'est pas tenu de mettre en demeure l'entreprise à l'arrivée du terme convenu entre les parties). Encore faut-il qu'un délai contractuel d'exécution ait été fixé initialement, éventuellement modifié par avenants accordant des prolongations du délai. Toutefois la norme NF P 03-001, ayant fixé un taux de pénalité élevé (1/1 000), impose pour son application une mise en demeure préalable (art. 9.5).

Le CCAG Travaux dans son article 20.1 fixe le taux des pénalités de retard à 1/3 000 sans mise en demeure préalable.

Imputabilité

L'entrepreneur peut échapper aux pénalités s'il prouve que le maître d'ouvrage est responsable du dépassement du délai convenu. Tel est le cas s'il démontre que le retard tient à des modifications importantes ou à des travaux supplémentaires demandés par le maître d'ouvrage. La solution sera identique si l'allongement du délai résulte d'un retard dans l'accomplissement des formalités administratives incombant au maître d'ouvrage ou d'un retard causé par l'absence d'ordres de service. En marchés privés, le retard dans le paiement des acomptes peut aussi constituer une cause légitime justifiant l'arrêt des travaux. Dans ce cas, la norme (art. 10.3.2.1) prévoit que l'entrepreneur ne peut suspendre les travaux pour défaut de paiement qu'après avoir prévenu par lettre recommandée le maître d'ouvrage et le maître d'œuvre au moins quinze jours à l'avance.

Les pénalités ne sont imputables qu'à l'entreprise qui est responsable du retard, le maître de l'ouvrage ne peut invoquer les retards des entreprises situées « en amont » pour pénaliser les entreprises « en aval ».

Conditions d'application

Les pénalités s'appliquent par précompte sur les situations mensuelles de travaux et sont liquidées en fin de travaux lors de l'établissement du décompte général du marché. La réception des travaux arrête le cours des pénalités de retard. En règle générale, le calcul des pénalités de retard s'effectue sur le montant hors taxes du marché. Il peut être prévu au contrat que les pénalités précomptées en cours de chantier, notamment lors de retards pris sur des délais partiels d'exécution, soient restituées à l'entreprise lorsque le délai global d'exécution s'avère, en fin de chantier, respecté, l'entreprise ayant mis en œuvre les moyens nécessaires pour rattraper le retard.

Réduction des pénalités de retard

En marchés privés, l'entreprise peut demander au tribunal de réduire les pénalités en invoquant l'article 1152 alinéa 2 du Code civil : (...) *néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite.*

En marchés publics, cet article a été utilisé pour la première fois par la cour administrative d'appel de Paris le 23 juin 2006 (n° 02 PA03759 – OPHLM de Puteaux. Cet arrêt esquisse un revirement de jurisprudence. En effet, si la loi autorise expressément le juge à minorer ou augmenter les pénalités dans les marchés privés, le Conseil d'État a, par le passé, affirmé à deux reprises que cette disposition ne pouvait être invoquée devant le juge administratif.

Le Conseil d'État a toutefois réaffirmé sa position. Il énonce en effet que l'entreprise condamnée « *ne saurait utilement demander, sur le fondement de 1152 du Code civil, la réduction du montant journalier des pénalités de retard contractuellement fixées* » (CE 24 novembre 2006, société Group 4 Falck Sécurité) (cf. note JD Dreyfs, AJDA 12 mars 2007, p. 547).

Par ailleurs, la force majeure exonère l'entreprise de l'application des pénalités de retard.

Caractère forfaitaire

Les pénalités de retard se caractérisant par une réparation forfaitaire du préjudice résultant du retard d'exécution, le maître de l'ouvrage n'est pas fondé – sauf clause contractuelle contraire – à réclamer en sus de cette pénalité des dommages intérêts pour compenser, par exemple, des pertes de loyers ou des pertes d'exploitation.

Contrats de sous-traitance

Le principe qui s'impose est celui de la liberté contractuelle. L'entrepreneur sous-traitant doit se reporter à son contrat de sous-traitance. Les remarques ci-dessus concernant le taux et le plafond s'appliquent. Mais le retard du sous-traitant doit trouver sa cause dans l'exécution même de sa prestation et non pas celle d'événements qui lui sont extérieurs. Le contrat type de sous-traitance du BTP prévoit des dispositions précises pour la définition du délai et du calendrier d'exécution des travaux du sous-traitant, ainsi que pour l'application des pénalités en cas de retard (article 7 des Conditions Générales du contrat de sous-traitance du BTP disponible à la SEBTP).

Entreprises groupées

Dans la pratique, les CCAP stipulent des pénalités pour les retards dans l'exécution des travaux, et précisent la répartition de ces pénalités entre les entreprises groupées.

Contrat de construction de maison individuelle

Les pénalités de retard sont fixées à un taux minimum de 1/3 000 par jour de retard. Si le maître de l'ouvrage augmente ce taux, il y a obligation d'augmenter, dans les mêmes proportions, le taux des pénalités pour retard de paiement (fixé à 1 % minimum par mois de **retard**).

1.2.4. Obligation de supporter les risques

Le problème qui se pose d'abord est de savoir qui, de l'entreprise ou du maître d'ouvrage, doit supporter le risque créé en cas de perte, de vol ou de destruction de l'ouvrage en cours de réalisation.

Un entrepreneur a la garde du chantier jusqu'à la réception.

La solution se fonde sur les articles 1788, 1789 et 1790 du Code civil, qu'applique d'ailleurs le Conseil d'État. Ces articles distinguent selon que l'entrepreneur fournit seulement son travail ou également les matériaux.

1. L'entrepreneur fournit la matière (art. 1788 du Code civil)

La charge de la perte

La question de savoir qui fournit la matière est fondamentale car elle commande l'application de deux régimes véritablement différents. C'est pourquoi la Cour de cassation impose aux juges du fond d'effectuer, avant toute autre chose, la

recherche de l'identité du fournisseur de la matière, ce qui déterminera le régime applicable.

L'article 1788 du Code civil prévoit que : *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 en demeure de recevoir la chose.*

L'article 1788 met donc les risques, en principe, à la charge de l'entrepreneur lorsqu'il fournit la matière et précise le moment où s'opère le transfert des risques à la charge du maître d'ouvrage, soit la livraison, soit la mise en demeure de recevoir.

La perte de l'ouvrage avant la livraison est donc à la charge de l'entrepreneur

Lorsqu'il fournit la matière, la perte de l'ouvrage avant la livraison est à la charge de l'entrepreneur, que cette perte soit due à sa faute ou à un cas fortuit. Il ne peut réclamer aucune indemnité au maître de l'ouvrage, même si ce dernier a surveillé les travaux. Le maître d'ouvrage dispose d'un droit à réparation automatique sur chaque entrepreneur pour ses propres travaux. L'entrepreneur ne peut absolument pas s'exonérer, même si l'ouvrage est détérioré par suite de force majeure (catastrophe naturelle, tempête...), ni du fait de la faute d'un tiers (un autre entrepreneur par exemple), ni parce que les auteurs ne sont pas connus. En conséquence, l'entrepreneur supporte les risques de son ouvrage face au maître de l'ouvrage et le sous-traitant supporte les risques de son ouvrage face à l'entrepreneur principal.

Conséquences si la force majeure est établie

Si la force majeure est établie, les obligations contractuelles s'effacent à partir de cette date. Ni l'entrepreneur, ni le maître d'ouvrage ne se doivent de dommages et intérêts, même s'il y a résiliation du contrat. Le maître d'ouvrage doit se retrouver dans l'état où il était au départ, c'est-à-dire que l'entrepreneur ne sera pas réglé de ses travaux et qu'il devra même rembourser les acomptes qu'il a reçus.

Conséquences si la faute de l'entrepreneur est établie

Si la faute de l'entrepreneur est établie, il ne sera pas réglé de ses travaux, il devra rembourser les acomptes qu'il a reçus ou devra exécuter à ses frais l'ouvrage convenu. De plus l'entrepreneur devra éventuellement des dommages et intérêts au maître d'ouvrage si celui-ci a subi des préjudices complémentaires, et ce même s'il y a résiliation du contrat.

Conséquences si la cause de la perte de l'ouvrage est inconnue

Si la cause de la perte de l'ouvrage est inconnue, là encore l'entrepreneur ne sera pas réglé de ses travaux, devra rembourser les acomptes qu'il a reçus ou devra exécuter à ses frais l'ouvrage convenu et devra d'éventuels dommages et intérêts au maître d'ouvrage s'il a subi des préjudices complémentaires.

Conséquences en cas de faute d'un autre entrepreneur

Il appartient à l'entrepreneur dont les travaux ont été détériorés de refaire son travail à ses frais et d'exercer son recours contre le véritable responsable. Il lui

appartiendra parallèlement de prouver la faute de l'entrepreneur concerné sur la base de l'article 1382 du Code civil. Le maître d'ouvrage n'a pas à attendre le résultat d'un éventuel recours. Le fait du sous-traitant n'est pas exonératoire.

La règle de l'article 1788 ne concerne que la perte affectant les prestations fournies par l'entrepreneur

Si l'ouvrage détruit par un incendie ne concerne pas les prestations fournies par l'entrepreneur, ce dernier ne peut être responsable. Le risque n'est pas étendu à tous les dommages et ne fait pas peser sur l'entrepreneur une présomption de responsabilité de ces dommages consécutifs à la perte de la matière fournie. Dans ce cas, si le maître de l'ouvrage entend engager la responsabilité de l'entrepreneur, il doit alors prouver une faute de l'entrepreneur.

L'entrepreneur est déchargé des risques à la livraison

L'article 1788 du Code civil fixe expressément le moment où l'entrepreneur est déchargé des risques de la chose : c'est en principe la livraison de la chose. L'entrepreneur supporte donc les risques du commencement des travaux jusqu'au moment où l'ouvrage est en état d'être livré au maître d'ouvrage. Pour être déchargé de son obligation vis-à-vis du maître d'ouvrage, l'entrepreneur doit apporter la preuve que les travaux étaient en état d'être livrés. La livraison s'entend de la réception à laquelle s'applique la réglementation résultant de la loi n° 78-12 du 4 janvier 1978 (art. 1792-6 du Code civil). En pratique, une clause de prise de possession de l'ouvrage dans le contrat ou une mise en demeure de recevoir les travaux adressée au maître de l'ouvrage peut être utilisée. Après la réception, les risques n'incombent plus à l'entrepreneur.

La jurisprudence n'applique pas la théorie de la garde de l'ouvrage de façon générale

Elle ne vaut que dans deux types d'hypothèses, lorsque l'entrepreneur est chargé de la construction d'un ouvrage nouveau ou lorsqu'il est chargé de la transformation d'ensemble d'un ouvrage ancien.

Ce n'est que dans ces cas que l'entrepreneur est réputé avoir « l'entière disposition » de l'ouvrage avec toutes les conséquences qui en découlent. D'où l'intérêt d'insérer une clause visant à mettre un terme à l'obligation relative aux risques et à la garde du chantier pendant la période de suspension des travaux. En effet, la suspension des travaux étant effective, l'entrepreneur n'est pas déchargé pour autant des risques liés à l'ouvrage et de l'obligation de garde du chantier tant que l'ouvrage n'a pas été reçu ou livré ou en situation de l'être.

La charge des risques visés par le Code civil et le principe de la garde de l'ouvrage ne sont pas d'ordre public

Les clauses y dérogeant sont donc licites. L'entrepreneur doit donc tenter de faire insérer une clause type dans ses contrats en cours de négociation. Elle stipule qu' *en cas de suspension des travaux soit par le maître d'ouvrage, soit dans le cas visé à l'article 10.3.2.1 de la norme AFNOR NF P 01-003, ou pour toute autre cause non imputable à l'entrepreneur, les risques afférents à l'ouvrage déjà réalisé, ainsi que la garde du chantier, sont transférés, pendant*

la durée de la suspension, au maître d'ouvrage qui, en assumera toutes les conséquences dommageables.

2. L'entrepreneur travaille sur une chose confiée (art. 1789 du Code civil)

Les risques de la chose demeurent à la charge du maître de l'ouvrage

L'entrepreneur intervient sur un ouvrage appartenant au maître de l'ouvrage et qui lui a été confié. L'article 1789 fait supporter les risques de la rémunération à l'entrepreneur, mais les risques de la chose demeurent à la charge du maître de l'ouvrage. *Dans le cas où l'ouvrier fournit seulement son travail ou son industrie, si la chose vient à périr, l'ouvrier n'est tenu que de sa faute.* Il résulte de l'article 1789 que l'entrepreneur, débiteur des objets qui lui ont été confiés, n'est libéré qu'en établissant que ceux-ci ont péri sans sa faute.

L'entrepreneur n'est tenu que de sa faute, la charge d'établir son absence de faute lui incombant toutefois

Dès lors que la perte des marchandises confiées est due à un incendie criminel et que les mesures de protection normale contre l'intrusion dans l'usine avaient été prises, l'absence de faute de l'entrepreneur est établie (Cass. civ. 1^{re}, 20 décembre 1993 : Bull. civ. I, n° 376). L'article 1789 ne s'applique pas aux dommages survenus dans les parties d'immeubles étrangères à l'objet de l'intervention : ainsi l'entrepreneur chargé de l'installation du chauffage central ne peut être présumé responsable par application de l'article 1789 de l'incendie survenu dans l'immeuble qui ne lui était pas confié. La jurisprudence a mis la charge de la preuve à l'entrepreneur, sur lequel elle fait peser une présomption simple : ainsi, le maçon a-t-il la charge de la preuve que les fissures apparues lors de ses travaux ne lui sont pas imputables.

3. En cas de sous-traitance et de cotraitance

C'est l'entrepreneur principal qui assume vis-à-vis du maître d'ouvrage les risques de l'ouvrage et en a la garde. La loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 modifiée relative à la sous-traitance stipule que *la sous-traitance est l'opération par laquelle un entrepreneur confie, par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne... tout ou partie de l'exécution du contrat d'entreprise...*

Mais un contrat de sous-traitance est, comme le marché principal, un contrat d'entreprise soumis à ce titre aux dispositions de l'article 1788 du Code civil. Dans ce cadre, le sous-traitant assume vis-à-vis de l'entrepreneur principal les risques pour les prestations qui lui ont été confiées, jusqu'à la livraison de ses ouvrages.

Chaque cotraitant assume le risque lié à l'ouvrage et à sa garde, dans les conditions décrites supra (cf. convention de groupement momentané d'entreprises conjointes : *Chaque membre reste seul tenu de ses obligations, soit sur le plan contractuel, soit le plan délictuel ou quasi délictuel.*).

4. Le gardiennage du chantier

Il convient de se référer aux obligations édictées par les cahiers des charges applicables aux marchés passés par l'entreprise.

En matière de marchés privés, l'article 13 de la norme AFNOR NF P 03-001 susvisée stipule que, jusqu'à la réception, l'entrepreneur doit protéger ses matériaux et ses ouvrages contre les risques de vol et de détournement et doit protéger ses ouvrages contre les risques de détérioration.

En marchés publics de travaux, l'article 31-41 alinéa 2 du CCAG précise que l'entrepreneur assure notamment le gardiennage de ses chantiers.

En pratique, deux cas peuvent donc se présenter, soit :

- les entreprises décident entre elles d'assurer le gardiennage du chantier, directement ou en recourant aux services d'une société extérieure de gardiennage (dans ce cas, les frais de gardiennage sont en général portés au débit du compte prorata),
- une des entreprises est titulaire d'un lot « gardiennage » ou de gardiennage du chantier au titre de son lot. Dans ce cadre, cette entreprise doit assurer le gardiennage du chantier.

Cependant, l'existence d'un lot « gardiennage » n'exclut pas, en droit, que chaque entreprise doive surveiller le chantier et protéger son ouvrage contre les risques qui peuvent survenir avant sa livraison.

Dans ces conditions, toutes les entreprises doivent veiller au respect des formalités prévues par leur contrat, notamment en ce qui concerne la garde de l'ouvrage et le transfert des risques au maître d'ouvrage en cas d'interruption des travaux.

2. Le paiement des travaux supplémentaires dans un marché à prix global et forfaitaire

Pour faire réaliser ses travaux immobiliers, le maître d'ouvrage passe un marché avec un entrepreneur, à qui il confie le soin d'exécuter les travaux moyennant le paiement d'un prix.

Ce prix peut être, selon le choix du maître d'ouvrage, établi en prix unitaires, en fait au mètre, par application de prix unitaires aux quantités réellement exécutées, ou en prix forfaitaires, prix convenu entre les parties et dont l'application est indépendante des quantités exactes.

Le marché à forfait implique la stipulation d'un prix global et forfaitaire : l'application de prix unitaires aux quantités réellement exécutées exclut donc le forfait.

Dans ce cadre, l'article 1793 du Code civil stipule que *lorsqu'un architecte ou un entrepreneur s'est chargé de la **construction à forfait** d'un **bâtiment** d'après un **plan arrêté et convenu** avec le **propriétaire du sol**, il ne peut demander aucune augmentation de prix, ni sous prétexte de l'augmentation de la main d'œuvre ou des matériaux, ni sous celui des changements ou d'augmentation faits sur ce plan, si ces **changements** n'ont pas été **autorisés par écrit**, et le **prix convenu avec le propriétaire**.*

L'article 11.22 du CCAG Travaux précise que : *Dans le cas d'application d'un prix forfaitaire, le prix est dû dès lors que l'ouvrage, la partie d'ouvrage ou l'ensemble de prestations auquel il se rapporte a été exécuté ; les différences éventuellement constatées, pour chaque nature d'ouvrage, ou chaque élément d'ouvrage entre les quantités réellement exécutées et les quantités indiquées dans la décomposition de ce prix, même si celle-ci a valeur contractuelle, ne peuvent conduire à une modification dudit prix : il en est de même pour les erreurs que pourrait comporter cette décomposition.*

La notion de forfait confère, de ce fait, au maître d'ouvrage qui s'oblige selon des plans précis, une protection contre toute éventuelle augmentation du coût des matériaux. L'entrepreneur supporte alors, dans le cadre du forfait, tous les aléas de la construction, que ceux-ci soient bons ou mauvais.

La difficulté se double parfois d'une confusion entre le régime du marché lui-même et celui des travaux supplémentaires. En effet, la distinction entre les travaux nécessaires à la réalisation de l'ouvrage initialement prévu et ceux qui s'ajoutent à la construction envisagée n'est pas toujours faite, ni facile à faire. C'est d'ailleurs ici que siège l'essentiel du contentieux.

En conséquence, nous préciserons dans un premier temps les conditions classiques d'existence du marché à forfait (article 1793 du Code civil), puis dans un deuxième temps les conséquences de la qualification de marché forfaitaire sur le droit à paiement de l'entreprise.

2.1. Les conditions classiques d'existence du marché à forfait

L'article 1793 du Code civil précise que le marché à forfait est applicable aux contrats de construction de bâtiment qui ont été conclus avec le propriétaire du sol, selon un plan arrêté et convenu.

2.1.1. Le marché doit être conclu avec le propriétaire du sol

L'article 1793 du Code civil implique des liens de droit directs entre l'entrepreneur et le maître d'ouvrage (ou le titulaire d'un droit de construire). Cet article n'est donc pas applicable entre l'entrepreneur principal et le sous-traitant. En conséquence, un ordre écrit ne s'impose pas pour le paiement des travaux supplémentaires revenant à un sous-traitant (Cass. civ. 3^e, 18 juin 2003, sté Gentilini).

Cet article n'est donc pas applicable entre l'entrepreneur principal et le sous-traitant, même si celui-ci est accepté par le maître d'ouvrage.

Toutefois, un sous-traité peut stipuler que tout supplément nécessitera un ordre écrit de l'entrepreneur principal (Cass. civ., 5 juin 1996, p. 574, Bull. civ. III, n° 136). En d'autres termes, il suffira à l'entrepreneur principal et au sous-traitant de viser expressément dans leur contrat les dispositions de l'article 1793 du

Code civil, pour faire produire au contrat de sous-traitance les effets reconnus par les dispositions du marché à forfait.

La Cour de cassation casse l'arrêt de la cour d'appel qui condamne une entreprise principale à payer à son sous-traitant des travaux supplémentaires non commandés par écrit, alors qu'il était stipulé dans le contrat de sous-traitance qu'aucun travail supplémentaire ne serait reconnu ou payé s'il n'avait fait l'objet d'un ordre de service signé de la direction de l'entreprise générale, contresigné du maître d'ouvrage (Cass. civ. 3^e, 16 mars 2004, sté Vergne).

2.1.2. La construction d'un bâtiment

Si l'on s'en tient à une interprétation restrictive de l'article 1793 du Code civil, le forfait ne concernerait que les travaux de « construction » d'un « bâtiment ».

Par le terme « construction », la jurisprudence a étendu cette notion à tous les travaux portant sur le gros œuvre d'un édifice qui subit une profonde transformation.

Il peut donc s'agir de travaux de construction proprement dits ou encore de travaux de rénovation ou de réhabilitation.

Cependant, les travaux d'entretien de certains locaux déjà construits, ou ceux ne portant que sur de simples agencements ou aménagements, sont exclus du champ d'application de l'article 1793, comme par exemple les travaux de peinture ou de miroiterie dans un débit de boissons, ou encore les travaux d'aménagement et de décoration d'un magasin.

Pour le terme « bâtiment », la jurisprudence s'est montrée plus restrictive, dans la mesure où elle exclut ce qui est, par nature, étranger à la construction d'un bâtiment, tel que la construction d'un court de tennis, d'une piste de karting, ou encore la réalisation d'un réseau d'assainissement des eaux, ou celle de voies de communications et de places publiques dans un lotissement.

2.1.3. Un plan arrêté et convenu

L'article 1793 précise qu'un plan arrêté et convenu est nécessaire.

En effet, il ne peut y avoir de prix définitif lorsque le volume, la nature et les modalités des travaux n'ont pas été déterminés avec précision ou que le maître d'ouvrage s'est réservé le droit de renoncer unilatéralement à certains ouvrages. En outre, les plans doivent avoir un caractère contractuel (Cass. civ. 3^e, 20 novembre 1991, Bull. III, n° 283).

Ainsi, ne peut être qualifié de marché à forfait la convention par laquelle un entrepreneur a été chargé de travaux de rénovation et de transformation d'un immeuble, alors qu'aucun document sérieux n'avait été préparé, que le devis établi était très imprécis et que les plans n'avaient aucun caractère contractuel.

Par « plan », il faut entendre l'ensemble des documents contractuels de toute nature qui définissent les contrats à exécuter, dans des conditions telles que

l'entrepreneur puisse se rendre compte exactement de l'ensemble de leurs caractéristiques et donne un consentement éclairé au marché. Il s'agit des documents contractuels entendus au sens large et définissant avec précision l'ouvrage projeté.

La Cour de cassation a précisé que l'article 1793 du Code civil n'impose pour le plan convenu entre les parties « aucune forme spéciale », ainsi l'absence de devis descriptif ne suffit-elle pas à faire perdre au marché son caractère forfaitaire. Dès lors, la cour d'appel doit rechercher si la nature et l'importance des travaux avaient été suffisamment précisées.

En revanche, ne sauraient être considérés comme constituant le plan qui détermine l'importance des travaux, et dont l'existence est exigée pour qu'il y ait forfait :

- l'écrit qui se borne à donner le détail des diverses pièces composant le bâtiment, de leur destination, de l'emplacement des portes et fenêtres, mais omet d'indiquer la hauteur de la maison, d'en prévoir la largeur de façon approximative, de désigner l'épaisseur des murs, les dimensions des ouvertures, l'établissement de l'escalier principal, et de s'expliquer sur les fournitures de vitrerie et de serrurerie ;
- les plans ne comportant pas d'indication permettant aux contractants d'être parfaitement d'accord sur le travail à exécuter et à l'entrepreneur de se rendre exactement compte de la dépense que ce travail peut entraîner pour lui ;
- le devis qui, sans être arrêté à un chiffre global, ne contient que les quantités et masses approximatives du matériel et des travaux, avec indication de prix unitaires ;
- les indications vagues de devis, ne fixant pas les conditions de la convention.

Non seulement l'existence d'un plan est exigée, mais il faut, en outre, que ce plan ait été :

- **arrêté**, c'est-à-dire qu'il présente un caractère définitif,
- **convenu**, c'est-à-dire accepté par chacun des contractants (entrepreneur et maître d'ouvrage).

C'est au moment de la signature du contrat qu'il convient de se placer pour savoir s'il y a plan arrêté et convenu. En effet, la détermination postérieure des travaux est inconciliable avec la notion de forfait. Toutefois, la Cour de cassation a eu l'occasion de retenir la qualification du marché forfaitaire alors même que l'étendue précise des travaux à réaliser était postérieure à la commande et au début des travaux. La Cour a constaté que les entrepreneurs ayant signé l'acte d'engagement près de deux mois après la commande correspondant au début de leur intervention avaient participé à plusieurs réunions de cadrage leur ayant permis d'acquérir une connaissance approfondie de la nature et de l'ampleur des travaux, et qu'ils avaient les compétences techniques nécessaires à l'appréciation des moyens à mettre en œuvre et du temps à y consacrer (Cass. civ. 3^e, 29 mars 2006).

Les parties peuvent toutefois, après la passation du contrat et en cours d'exécution, compléter le plan arrêté et convenu par des dessins de détail et d'exécution,

sous la réserve que ces dessins ou les précisions qui sont données à l'entrepreneur ne fassent que préciser les modalités de l'exécution prévue, sans porter atteinte aux dispositifs du marché.

En principe, les modifications des plans et descriptifs en cours de travaux ne modifient pas le caractère forfaitaire du marché lorsqu'ils sont suffisamment précis et ne subissent que des modifications et changements qui ne sont pas qualifiés de « substantiels ».

L'existence d'un contrat écrit s'impose pour établir la stabilité des plans et la fixité des prix. Cependant, il a été jugé que l'absence d'écrit n'est pas une présomption d'absence de forfait.

2.1.4. Le prix du marché

Le prix forfaitaire est celui par lequel l'entrepreneur **s'engage irrévocablement** (sauf à tenir compte du jeu de la clause contractuelle de révision de prix et des travaux qui lui seraient régulièrement commandés) à exécuter les travaux qui lui sont confiés **au prix convenu**, les aléas, bons ou mauvais, de l'exécution étant à son bénéfice ou à sa charge.

Une cour d'appel, constatant l'existence d'un bordereau de prix unitaires, l'absence de référence à un forfait dans le contrat, et la suppression de la facturation liée aux travaux non exécutés, a pu décider – à bon droit – que le contrat n'était pas un marché forfaitaire (Cass. civ. 3^e, 25 mai 2005 EPRP).

Le prix global et forfaitaire peut néanmoins faire l'objet d'une **actualisation** ou d'une **révision**.

Ni l'entrepreneur, ni le maître d'ouvrage ne peuvent prétendre remettre en discussion le prix forfaitaire en :

- alléguant des surestimations (ou des sous-estimations) en quantités ou en prix du détail estimatif, décomposant le prix forfaitaire,
- se prévalant du fait que les prix ont été indiqués comme établis suivant certaines bases (qui se révéleraient inexacts) ou d'erreurs de calcul dans l'établissement du devis. Seul le prix forfaitaire est en effet contractuel et lie les parties.

L'erreur de calcul ne peut faire échec à la règle de fixité du prix global prévu au contrat de louage d'ouvrage, même si le prix est très inférieur à la valeur réelle des travaux.

Le caractère intangible du prix forfaitaire joue également en faveur de l'entrepreneur.

Le maître d'ouvrage ne peut contester le prix forfaitaire à la baisse dès lors que les travaux prévus ont été effectivement réalisés.

C'est ce que confirme la Cour de cassation dans deux arrêts (Civ. 3^e, 17 mai 1995, sté Rhodanienne de carrelages c/ SVI L'Hôtel ou Cass. civ. 3^e, 26 mars 1997, SCI Parasol c/ Faugeron).

Ces arrêts montrent bien la particularité du marché à forfait : les quantités, les techniques de réalisation sont en général indicatives. L'entrepreneur doit terminer conformément aux règles de l'art l'ouvrage demandé, puisque ce qui n'est pas expressément convenu mais exigé par les règles de l'art doit être fait. Parfois le mieux est moins onéreux pour le maître d'ouvrage et celui-ci ne peut se prévaloir alors de la modification pour obtenir une réduction des prix, si la solution retenue est plus avantageuse pour lui. C'est ce que retient l'arrêt du 26 mars 1997 :

Mais attendu qu'ayant relevé que le contrat liant la SCI à la société Dumez Atlantique était un marché à forfait, que selon l'expert le changement apporté à la structure porteuse du bâtiment n'avait porté atteinte ni à sa conception architecturale ou fonctionnelle, ni à ses qualités techniques, et présentait un avantage pour le maître de l'ouvrage, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à des recherches que ses constatations rendaient inopérantes, a pu en déduire, sans inverser la charge de la preuve, abstraction faite d'un motif surabondant, que la SCI était mal fondée dans sa demande de diminution du prix.

En revanche, ne peuvent être considérés comme des marchés à forfait, les tribunaux disposant dans ce domaine, d'un pouvoir souverain d'appréciation :

- les marchés dans lesquels le prix est indiqué comme approximatif (Cass. 13 janvier 1964, AJPI 1964, n° 66, p. 397), ou dont les dispositions ne font pas apparaître le caractère forfaitaire certain du prix : Cass. civ. 3^e, 25 mars 1980, Gaz. Pal. 20 août 1980 : *Ne présente pas de caractère forfaitaire le contrat dans lequel le maître de l'ouvrage se réserve de rectifier les erreurs dans le sens d'une diminution du prix global ou de contrôler les rectifications demandées par l'entrepreneur qui aboutiraient à une augmentation du prix.*
- les marchés prévoyant le règlement des travaux par application de prix unitaires aux quantités correspondantes d'ouvrages exécutés. Cass. civ. 3^e, 26 février 1986, RDI 1986 – 362 : *L'application de prix unitaires aux quantités correspondantes d'ouvrages réellement exécutées exclut de façon décisive le caractère forfaitaire du contrat.*
- les marchés dans lesquels il n'est pas fait mention d'un prix global ou dont le prix est indéterminé. Cass. civ. 3^e, 20 novembre 1991, Bull. Cass. III, n° 284, p. 162 ; JCP 1978-IV, p. 228 : *Justifie légalement sa décision refusant de retenir l'existence d'un marché à forfait la cour d'appel qui relève que les conditions d'exécution des travaux, les délais, les obligations des entreprises, la masse des travaux, ainsi que les conditions de règlement, étaient mal définies.*

Il suffit cependant que le prix soit déterminable pour qu'il y ait forfait

Constitue un marché à forfait la convention selon laquelle il est entendu entre les parties que les ouvrages seront exécutés tels qu'ils sont définis par les plans acceptés par l'entreprise et tels qu'ils sont désignés au devis descriptif remis au maître de l'ouvrage, lequel contient tous les éléments de calcul d'un prix fixé (Cass. civ. 3^e, 23 mai 1978, Bull. Cass. n° 211, p. 162 ; JCP 1978-IV, p. 228).

Le prix forfaitaire mentionné au marché est, dans le silence de la convention, réputé hors taxes (Cass. civ. 3^e, 2 mai 1978, sté immobilière-Administration de biens c/ sté Indicateur central-Opérations immobilières-Gestions, Gaz. Pal. 25 août 1978, som., p. 9 ; Bull. Cass. n° 168, p. 132). Il faut en déduire qu'en pareille hypothèse, l'entrepreneur est fondé à demander, sans qu'on puisse lui opposer le caractère forfaitaire du marché, le versement des taxes s'ajoutant au prix convenu. C'est d'ailleurs l'application de l'instruction du 16 octobre 1967, relative à l'application de la loi du 6 janvier 1966 instituant la TVA, qui précise qu'à défaut de mention expresse contraire, les prix sont considérés comme présentés hors la taxe sur la valeur ajoutée.

2.2. Les conséquences du marché forfaitaire

2.2.1. Le principe : non-paiement des travaux supplémentaires en l'absence d'autorisation écrite et de prix convenu avec le « propriétaire »

L'entrepreneur n'a droit à une rémunération supplémentaire, que s'il est établi que les modifications ont été commandées et acceptées par le maître d'ouvrage.

La Cour de cassation a cassé un arrêt de la cour d'appel qui avait accepté le paiement de travaux supplémentaires dans le cadre d'un marché forfaitaire **sans relever l'existence d'une autorisation écrite** donnée par le maître d'ouvrage et d'un prix convenu avec lui (Cass. civ. 3^e, 11 mai 2006, sté Sofranor).

Cette jurisprudence est constante.

Il s'agit là d'un principe strict, appliqué de façon rigoureuse par la Cour de cassation :

- l'accord verbal est exclu ;
- l'ordre doit être écrit ;
- l'ordre doit être chiffré ;
- l'ordre doit émaner du maître d'ouvrage ;
- l'acceptation et l'établissement de l'ordre de service par l'architecte ne sont pas suffisants ;
- les travaux indispensables à la stabilité et à la destination de l'immeuble ne sont pas plus pris en considération ;
- la passivité du maître d'ouvrage informé ne peut être assimilée à une autorisation.

En d'autres termes, la rémunération d'une prestation supplémentaire ne peut être admise que sous trois conditions :

- **Nécessité d'une autorisation de travaux supplémentaires :**
 - Toute modification au « plan arrêté et convenu » requiert l'approbation du maître d'ouvrage et doit faire l'objet d'un ordre de service écrit.
 - L'écrit nécessaire doit être préalable à l'exécution des travaux supplémentaires. Sinon, l'entrepreneur ne pourrait en exiger le règlement.

- L'écrit ne peut être remplacé par un commencement de preuve par écrit, en matière de travaux supplémentaires soumis au régime de l'application du forfait.

– **Caractère non équivoque de l'autorisation :**

- L'autorisation doit montrer la volonté d'accepter une augmentation de prix. D'où la nécessité, pour l'entrepreneur, de présenter et d'établir, préalablement à l'exécution de la prestation, un devis.
- Rien n'interdit à l'entrepreneur de proposer des prix nouveaux, lorsque la prestation ou la tâche ne sont pas prévues dans la décomposition du prix global et forfaitaire (DPGF). Cependant, il doit exister, en tout état de cause, une cohérence entre les sous-détails des prix de la DPGF et ceux des prix nouveaux. Ce souci de cohérence permettra et facilitera, pour le maître d'œuvre et pour le maître d'ouvrage, la délivrance de l'ordre de service. Rien n'interdit, en revanche, au maître d'ouvrage de manifester sa volonté non équivoque de façon négative. Dans le cadre d'un désaccord sur l'interprétation d'une limite de prestation, l'entrepreneur peut soumettre néanmoins un devis. Le maître d'ouvrage pourra alors établir un ordre de service portant la mention « sans incidence financière ». L'entrepreneur pourra émettre des réserves sur cet ordre de service, ce qui lui permettra ainsi de faire valoir ses droits dans le cadre du décompte définitif général.

– **Autorisation des travaux supplémentaires émanant du maître d'ouvrage :**

- L'autorisation doit provenir du maître d'ouvrage lui-même. Certes le maître d'œuvre peut préparer l'établissement de cet ordre de service, mais il n'en reste pas moins vrai que celui-ci doit être signé par le maître d'ouvrage.
- Le maître d'œuvre n'est pas le mandataire du maître d'ouvrage, sauf stipulation contractuelle contraire rarissime en matière de marchés privés. La Cour de cassation s'est prononcée très clairement sur ce sujet et, à l'heure actuelle, cette jurisprudence n'est pas remise en cause.
- La Cour de cassation fait application de ces règles, à propos de travaux supplémentaires ayant donné lieu à un mémoire accepté sans réserves par l'architecte. Cassant un arrêt de la cour d'appel de Rennes, la Cour de cassation a décidé que le maître d'ouvrage n'était pas tenu par l'acte du maître d'œuvre, *faute d'un mandat donné par le maître de l'ouvrage au maître d'œuvre à l'effet d'accepter les travaux supplémentaires réalisés* (26 novembre 1994, Credon civ. 3^e).

Le manque de prévision de l'entrepreneur n'est pas de nature à modifier le caractère forfaitaire du contrat. Elle casse l'arrêt qui, pour accueillir la demande en paiement de travaux supplémentaires d'un entrepreneur chargé de la construction à forfait d'un bâtiment, retenait que la mauvaise qualité du sol et les obstacles qu'il avait rencontrés avaient constitué des facteurs l'obligeant à modifier les travaux initialement envisagés (6 mai 1998, 3^e civ., sté SEM Gazost).

Même s'ils sont plus importants que ceux qui avaient été prévus initialement, les travaux qui ne modifient pas l'objet du contrat sont dus par l'entrepreneur (par exemple, type de fondations s'avérant nécessaire à la réalisation de l'ouvrage). Dès lors que le marché signé stipule le caractère global et forfaitaire

du prix des travaux, l'entreprise de gros œuvre est tenue d'exécuter les travaux nécessités par les fondations plus importantes que prévues dans un document antérieur au contrat : *C'est par une interprétation nécessaire, exclusive de dénégation, des termes ambigus des conventions des parties qu'une cour d'appel a relevé souverainement que la note préliminaire au marché, mentionnant que les fondations à exécuter par l'entreprise chargée du gros œuvre seraient calculées pour un certain taux de travail au sol à une profondeur déterminée, ne pouvait être considérée comme une réserve tendant à échapper au forfait les travaux qui seraient rendus nécessaires par des fondations plus importantes, dès lors que le marché signé par la suite précisait à nouveau et sans réserves le caractère global et forfaitaire du prix des travaux.*

Il n'est même nul besoin d'autorisation du maître de l'ouvrage pour que l'entrepreneur exécute les travaux nécessaires. Ainsi, « l'absence d'ouvrage » exigée pour la conformité des travaux aux règles de l'art sera mise à la charge de l'entreprise.

Les travaux de sécurité indispensables sont également implicitement inclus dans le forfait et ne peuvent donner lieu à une demande de rémunération supplémentaire. Par exemple, le maître d'ouvrage est en droit de refuser le paiement de gardes de corps imposés par le contrôleur technique en cours de chantier et non prévus dans le marché. La Cour de cassation a en effet considéré qu'il s'agissait d'éléments indispensables à la sécurité de l'immeuble devant être intégrés dans le marché forfaitaire (Cas. civ. 3^e, 8 juin 2005, SCI les collines de Bréguille).

2.2.2. Les exceptions au principe

1. Ajout de clauses modifiant le caractère forfaitaire du contrat

L'article 1793 du Code civil dispose que lorsqu'un entrepreneur s'est chargé de la construction à forfait d'un bâtiment, seuls les travaux supplémentaires commandés par écrit par le propriétaire du sol doivent être payés. Mais ces dispositions ne s'appliquent qu'au forfait pur et simple.

Elles cessent d'être applicables lorsque les parties, tout en stipulant le forfait, y ont ajouté des clauses qui en modifient le caractère et les effets.

C'était le cas où un maître d'ouvrage avait conclu un marché de travaux forfaitaire comportant une clause selon laquelle des travaux de « construction » devraient faire l'objet d'un ordre écrit de l'architecte et seraient réglés sur la base du devis remis par l'entrepreneur. La Cour de cassation (3^e civ., 27 mars 1996, Le Bec) a jugé qu'une telle disposition permettant l'exécution de travaux supplémentaires dont la nature ne serait pas déterminée, sans écrit du maître d'ouvrage, s'avérait incompatible avec le forfait et excluait l'application de l'article 1793 du Code civil. De plus, le maître d'ouvrage avait reçu les comptes rendus de chantier sans formuler la moindre observation, la Haute Cour a donc décidé que son refus de payer les travaux supplémentaires était injustifié.

Il est primordial de rédiger avec précision le contrat qui devra définir les travaux compris dans le forfait.

Il est également recommandé de prévoir expressément dans le marché les travaux exclus.

La Cour de cassation a eu l'occasion de préciser que **les travaux non inclus dans le prix forfaitaire doivent être rémunérés** en sus (Cas. civ. 3^e, 28 novembre 2001, Eiffel).

De même, les travaux sans lien direct et nécessaire avec le devis initial sortent du champ d'application de l'article 1793 du Code civil.

La norme AFNOR NF P 03-001 prévoit que le prix ne comprend que ce qui est « normalement prévisible ». L'article 9.1 de la norme AFNOR NF P 03-001 dans son édition de décembre 2000 précise que *les prix du marché sont réputés tenir compte de toutes les circonstances de l'implantation, des particularités du projet et des délais, et rémunèrent l'entrepreneur de tous ses débours, charges et obligations normalement prévisibles ainsi que de celles des dépenses d'intérêt commun mises à sa charge par le descriptif de son lot. En sorte que la rémunération de l'entrepreneur pour l'exécution des travaux formant l'objet définitif du marché ne subira aucune variation.*

L'ajout des mots « normalement prévisibles » permet de supposer qu'un tribunal acceptera d'octroyer une rémunération supplémentaire à l'entrepreneur qui serait confronté en cours d'exécution à des sujétions imprévues.

2. Le bouleversement de l'économie du contrat

En marchés publics, comme en marchés privés, le constat, par le juge, du bouleversement de l'économie du marché, permet également à l'entrepreneur d'obtenir un supplément de prix. En effet, lorsque les travaux à réaliser sont sans commune mesure avec les travaux initialement prévus, le contrat devient déséquilibré et la règle du forfait doit tomber.

Pour savoir s'il y a ou non bouleversement de l'économie du marché, il convient de déterminer si les modifications aux plans et devis initiaux, c'est-à-dire les travaux supplémentaires exécutés par l'entrepreneur, ont modifié l'objet du contrat. Il peut par exemple s'agir de la construction d'un atelier devenue la construction de bureaux ou d'ouvrages adjoints à ceux prévus dans le forfait, comme la construction d'une patinoire en sus de la construction convenue.

Possible ratification des travaux supplémentaires par le maître d'ouvrage privé.

L'arrêt du 8 mars 1995 (C civ. 3^e, sté Loft C2 c/ sté Gouillon-Giroud et autres) le rappelle en ces termes :

... ayant relevé que de nombreuses modifications avaient été apportées aux marchés initiaux, que ni les plans originaux, ni les descriptifs annexés au marché n'avaient été respectés, que les volumes et la nature des prestations fournies par chaque entrepreneur avaient été modifiées de façon considérable en cours d'exécution des travaux et que ces modifications avaient été voulues par le maître de l'ouvrage, la cour d'appel en a exactement déduit que le bouleversement

de l'économie de tous les contrats avait fait perdre aux marchés leur caractère forfaitaire.

La Haute Cour a également statué en ce sens (Cass. 3^e civ., 28 février 1996, RD Imm 1996 213 ou Cass. civ. 3^e, 18 juin 1986) pour des modifications d'une ampleur exceptionnelle effectuées à la demande du maître d'ouvrage mais sans son accord exprès à la sortie du forfait.

Ces décisions sont confirmées par un arrêt du 12 mars 1997 (Cass. civ. 3^e, Compagnie générale de travaux et d'installations électriques) où la Cour de cassation admet de contrôler l'existence d'un bouleversement de l'économie du contrat qui fait perdre à un marché initial son caractère forfaitaire. En l'espèce, la double constatation d'une commande de travaux supplémentaires et d'un doublement du prix révélait que les travaux en question n'étaient pas de ceux qui sont nécessairement inclus dans le forfait. Elle a censuré une cour d'appel qui, alors que des travaux supplémentaires avaient été « commandés » et exécutés et que le volume des travaux avait doublé, avait refusé de faire perdre au marché initial son caractère forfaitaire. La cour d'appel n'avait pas tiré les conséquences de ses propres constatations.

Dans un arrêt du 4 mai 1995 (Cass. 3^e civ., Canal de Provence c/ Verdier, n° 873 D), la Cour de cassation a reconnu à l'entrepreneur la possibilité de demander le dédommagement des sujétions imprévues issues du déroulement du chantier.

Mais attendu que, saisie des conclusions de la SCP, qui ne contestait pas l'applicabilité des règles contenues dans le cahier des clauses administratives générales faisant la loi des parties et réservant à l'entrepreneur la possibilité de demander le dédommagement des sujétions imprévues issues du déroulement du chantier, la cour d'appel a légalement justifié sa décision en relevant que des difficultés matérielles non envisagées, tenant à des venues d'eau plus considérables que prévu et à des duretés de roches supérieures à celles annoncées, avaient surgi en cours d'exécution du contrat, entraînant un déséquilibre dans l'économie de celui-ci et que le maître de l'ouvrage, en payant, en dehors de toute transaction avec la société Verdier, un supplément de prix n'entrant pas dans les prévisions de l'article 17 du cahier des clauses administratives générales, avait reconnu l'existence de difficultés naturelles imprévisibles et d'une anormale gravité, et en retenant souverainement, répondant aux conclusions, que ces anomalies, indécélables même pour une entreprise hautement spécialisée, étaient génératrices de sujétions imprévues justifiant une rémunération complémentaire.

La définition donnée par la Cour de cassation démontre que « la difficulté naturelle imprévisible d'une anormale gravité indécélable » ne peut pas faire partie du plan arrêté et convenu, par principe, puisqu'elle est imprévisible même pour un homme de l'art hautement qualifié et spécialisé. Dès lors, l'entrepreneur ne saurait être tenu d'exécuter dans le cadre du champ d'application du plan arrêté et convenu, une exigence impossible à réaliser dans la configuration dans laquelle elle a été définie par les pièces techniques. Par voie de conséquence, le juge n'a pas la possibilité, par application de la force obligatoire des contrats,

d'ajouter une exigence supplémentaire à l'entreprise qui n'y est pas tenue contractuellement.

La cour d'appel constatant que les travaux initialement prévus pour la rénovation d'un immeuble et sa transformation en hôtel ont été considérablement modifiés avec l'accord du maître d'ouvrage, tant dans leur nature que dans leur importance, a légalement pu retenir le bouleversement de l'économie du contrat faisant ainsi perdre à celui-ci son caractère forfaitaire (Cas. civ. 3^e, 26 novembre 2003, SCI Bagalam).

La Cour de cassation reste très vigilante sur l'application de cette notion.

3. La ratification des travaux supplémentaires

Si en cas de marché à forfait les travaux supplémentaires ne sauraient donner lieu à aucune augmentation de prix, sauf autorisation écrite délivrée par le maître d'ouvrage, cette autorisation n'a pas besoin d'être préalable. La jurisprudence admet parfois qu'elle puisse intervenir après l'exécution des travaux (Civ. 3^e, 8 janvier 1970, Bull. n° 20 ; 18 janvier 1983, RDI 1983.453), auquel cas il s'agit plus précisément de ratification.

Dans un arrêt du 2 octobre 1984, la Haute Cour confirme :

N'a pas donné de base légale à sa décision la cour d'appel qui, pour rejeter la demande en paiement des travaux supplémentaires de fondations formées par l'entrepreneur et après avoir retenu que celui-ci se prévalait d'un accord verbal donné par le maître de l'ouvrage pour la réalisation de ces travaux moyennant un prix déterminé, accord corroboré par une lettre de l'architecte qui s'y réfère, retient que les dispositions de l'article 1793 du Code civil visant les augmentations faites sur le plan convenu s'appliquent aux travaux supplémentaires et qu'un simple accord verbal ne peut être retenu comme suffisant pour autoriser le dépassement du forfait, sans rechercher si l'accord allégué n'avait pas été donné postérieurement à l'achèvement des travaux dont le paiement était demandé et si, en conséquence, le maître d'ouvrage n'avait pas nécessairement accepté ces travaux et renoncé à se prévaloir, après leur exécution, des dispositions de l'article 1793 du Code civil (Cass. 3^e civ., 2 octobre 1984 – réf. 1873 –, sté Geneton c/ SCI Isoirienne).

La Cour de cassation a admis aussi le versement d'une rémunération supplémentaire à l'entrepreneur, même en l'absence d'acceptation écrite, si les travaux correspondants ont été acceptés de manière tacite par le maître de l'ouvrage, à condition qu'il en effectue le règlement sans protester.

Ainsi, il convient d'approuver la décision rendue par la Cour de cassation dans un arrêt en date du 15 novembre 1995, lequel prévoit la ratification des travaux supplémentaires lorsqu'il résulte notamment des comptes rendus de chantier auxquels assistait le représentant du maître d'ouvrage, que *celui-ci avait commandé ou accepté les travaux supplémentaires, et qu'il avait réceptionné sans réserve tous les travaux exécutés* (Cass. civ. 3^e, 15 novembre 1995, SCI Stella Maris c/ Forbeton France).

De même, la Cour, le 17 mai 1995, a accepté le principe d'une rémunération supplémentaire en insistant sur le fait que *le maître d'ouvrage avait demandé à plusieurs reprises à l'entrepreneur de ne pas arrêter les travaux, de chiffrer le coût des modifications et de les lui transmettre, ce qui démontrait clairement la volonté de la SA d'HLM d'accepter les modifications et de prendre leur coût en charge* (3^e civ., 17 mai 1995, société d'HLM Sud Habitat c/ Berim).

Ces décisions sont très intéressantes, car elles permettent à l'entrepreneur de se faire payer certains travaux supplémentaires, dans le cadre d'un marché forfaitaire, sans ordre écrit préalable du maître d'ouvrage.

4. La faute du maître d'ouvrage

Si les travaux supplémentaires résultent d'une faute du maître d'ouvrage (ou de l'entreprise principale), l'entreprise (ou le sous-traitant) aura droit à être rémunéré. Ainsi un entrepreneur aura droit à la rémunération des travaux supplémentaires de fondations non autorisés par écrit, dès lors que le maître d'ouvrage a transmis à l'entrepreneur en connaissance de cause une étude de terrain ne correspondant pas à la réalité (Cas. civ. 3^e, 5 juin 1984).

2.2.3. En marchés publics : travaux utiles et travaux indispensables

À l'instar de la jurisprudence judiciaire, la jurisprudence administrative soumet la rémunération de l'entrepreneur pour les travaux supplémentaires dans un marché à forfait au strict respect de conditions de forme, telles que l'établissement d'un avenant ou d'un ordre de service signé par le maître d'ouvrage avec accord sur leur prix.

Une prise en compte plus souple des travaux supplémentaires

Toutefois, et ce, même sans ordre de service du maître d'ouvrage public autorisant les travaux supplémentaires, le juge administratif pourra indemniser l'entrepreneur des **travaux indispensables** à l'exécution des ouvrages (CE Sert, 17 octobre 1975, commune de Canari, Rec. 516 ou CE, 26 octobre 1988, société Étanco, DA 1988 n° 551).

De plus, dans le cas d'un ordre verbal du maître d'ouvrage public (et lorsque les éléments de l'espèce peuvent prouver cet ordre), le caractère indispensable des travaux supplémentaires n'est plus requis : il suffit qu'ils aient été **utiles** pour que l'entrepreneur en soit indemnisé.

*Considérant que l'entrepreneur peut demander à être indemnisé à hauteur des travaux supplémentaires qu'il a réalisés sans ordre de service du maître d'ouvrage dès lors que ces travaux sont **indispensables à la réalisation de l'ouvrage dans les règles de l'art** ; que dès lors, si la cour a pu écarter l'indemnisation demandée au titre des travaux supplémentaires à raison des prestations imposées par les stipulations contractuelles, elle a commis une erreur de droit en jugeant que la société Barbé n'était pas en droit d'obtenir le paiement des travaux non prévus par le contrat mais exécutés pour rendre certaines parties de l'ouvrage conformes aux règles de l'art...*

Que s'agissant des travaux utiles exécutés sans ordre de service mais sur ordre verbal du maître d'œuvre, la société GTM Construction peut prétendre au remboursement des dépenses utiles exposées, déduction faite de son bénéfice ; que l'évaluation de ce bénéfice à hauteur de 10 % opérée par le tribunal administratif n'étant pas contestée, il y a lieu d'en faire application (CE 27 septembre 2006, sté GTM Construction).

Le juge pourra de surcroît appliquer trois théories spécifiques aux marchés publics

(On pourra se reporter au chapitre 6 de l'ouvrage *la Pratique du droit de la construction*).

Les sujétions imprévues : Ce sont des difficultés matérielles d'exécution pouvant résulter soit de l'état du sol, soit d'aléas climatiques, soit même d'un fait de l'homme (vestiges, canalisations, etc.). Ces difficultés techniques doivent être extérieures aux parties, présenter un caractère exceptionnel, être imprévisibles et rendre plus onéreuse l'exécution des travaux. Il sera strictement vérifié que les difficultés rencontrées présentent un **caractère matériel exceptionnel et imprévisible**.

C'est ce que rappelle le Conseil d'État dans un arrêt du 30 juillet 2003 (commune de Lens) (...) sauf en cas de sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, avenants et décisions de poursuivre ne peuvent bouleverser l'économie du marché ni en changer l'objet ; que ne peuvent être regardées comme sujétions imprévues au sens de ces dispositions, que des difficultés rencontrées lors de l'exécution d'un marché, présentant un caractère exceptionnel, imprévisibles lors de la conclusion du contrat, et dont la cause est extérieure aux parties.

La charge de la preuve incombe à l'entrepreneur qui se prévaut d'une sujétion imprévue. Il aura d'ailleurs intérêt à garder des preuves si les ouvrages exécutés sont destinés à devenir inaccessibles ou enterrés.

Dans ce cas, les conséquences des aléas sont transférées sur le maître de l'ouvrage. Le juge administratif retire le caractère forfaitaire d'un marché en présence de sujétions techniques imprévues causant un bouleversement de l'économie du contrat (Conseil d'État, 19 février 1975, sté Campenon Bernard).

L'imprévision : théorie qui impose à l'administration d'aider financièrement son cocontractant lorsque l'équilibre du marché vient à être bouleversé par suite d'événements imprévisibles lors de sa passation. Il peut s'agir d'événements économiques (hausse des prix), de troubles sociaux, de phénomènes naturels, par exemple. Le juge vérifiera, là aussi, que l'entrepreneur est étranger à la situation qu'il invoque.

Le fait du prince : théorie liée au pouvoir de modification unilatéral du contrat par l'autorité contractante elle-même, ou de ses pouvoirs de contrôle et de direction. Si cette hypothèse est vérifiée et admise par le juge, l'indemnisation sera totale.

2.2.4. Possibilité de résiliation du marché forfaitaire

L'article 1794 du Code civil précise que *le maître d'ouvrage peut résilier par simple volonté le marché à forfait, quoique l'ouvrage soit déjà commencé, en dédommageant l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de tous ses travaux et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise.*

Cette faculté est reprise dans l'article 22.1.3.2 de la norme NF P 03-001 (édition décembre 2000).

La réalisation ainsi prévue, de par son caractère unilatéral, ouvre droit à dédommagement au profit de l'entrepreneur.

Toutefois, l'octroi de dommages et intérêts n'est pas automatique. Le maître d'ouvrage peut en effet, valablement, tout en résiliant le contrat sur la base de l'article 1794, se prévaloir d'un manquement de l'entrepreneur à ses obligations contractuelles et faire condamner son cocontractant à réparation.

3. La modification dans la masse des travaux et ses conséquences en termes de prolongation du délai et d'indemnisation des entrepreneurs

Il arrive fréquemment qu'en cours de chantier, le maître d'ouvrage modifie son projet initial ou substitue à l'ouvrage prévu un ouvrage tout à fait différent.

Ces modifications peuvent résulter d'une indécision du maître d'ouvrage dans la destination des locaux, d'une mauvaise appréhension du projet par le maître d'œuvre, ou de sujétions techniques.

L'entrepreneur se trouve ainsi confronté soit :

- à une augmentation de la masse des travaux,
- à une diminution de la masse des travaux,
- à des changements dans l'importance des diverses natures d'ouvrage.

Il pourra prétendre :

- à une prolongation du délai d'exécution,
- dans certains cas à une indemnisation,
- beaucoup plus rarement à la résiliation du marché.

3.1. Les droits de l'entrepreneur dans les marchés publics

3.1.1. La prolongation du délai d'exécution

Que ce soit en cas de travaux nouveaux ordonnés ou en cas d'augmentation de la masse initiale des travaux (masse des travaux résultant des prévisions du mar-

ché initial), l'entrepreneur peut prétendre à une prolongation du délai d'exécution (art. 19.21 du CCAG).

Cette prolongation doit être débattue entre le maître d'œuvre et l'entrepreneur, puis soumise à la personne responsable du marché qui devra notifier sa décision par ordre de service.

3.1.2. Le droit à indemnisation

1. L'hypothèse de la diminution de la masse des travaux (article 16 du CCAG)

Si la diminution ordonnée du volume des travaux est supérieure au vingtième de la masse initiale (5 %) dans le cadre d'un marché à forfait (à 20 % pour un marché sur prix unitaires, soit le cinquième de la masse initiale), l'entrepreneur a également droit à être indemnisé du préjudice éventuellement subi du fait de cette diminution (manque à gagner, matériaux approvisionnés pour le chantier et non utilisés, etc.) au-delà de ce pourcentage limite.

Ce pourcentage limite, cette franchise correspond à l'aléa normal qui doit être supporté par le titulaire d'un marché. Si ces seuils ne sont pas atteints, le titulaire n'aura pas droit à une indemnisation de son préjudice, alors même que la masse des travaux aurait diminué : *Considérant qu'il résulte des stipulations de l'article 16-1 du CCAG d'une part, que la diminution des travaux au-delà de laquelle est ouvert un droit à réparation au profit de l'entrepreneur doit être calculée sur la base de l'ensemble des travaux prévus initialement au marché et, d'autre part, que le préjudice résultant de cette diminution n'est pris en considération que pour la fraction de réduction des travaux excédant la diminution limite susmentionnée* (CAA Nancy, 17 mars 2005, hôpitaux universitaires de Strasbourg).

Pour déterminer son préjudice, l'entreprise prendra notamment en compte la perte de bénéfice et de frais généraux.

En effet, l'indemnisation du fait de la diminution de la masse des travaux prévue à l'article 16-1 du CCAG doit permettre une réparation intégrale du préjudice subi incluant, dans le respect de la franchise, à la fois la perte des bénéfices attendus et le manque à gagner ainsi que les frais généraux encourus en raison de la suppression des travaux et d'autres frais éventuels justifiés.

L'indemnisation n'est pas automatique. L'entrepreneur doit justifier avoir subi un préjudice :

Considérant que la société Tibe, qui a droit à être indemnisée du préjudice qu'elle a subi du fait d'une diminution de ... du montant des travaux, expose de manière suffisamment précise les éléments constitutifs de son préjudice qu'elle fixe à ... comportant notamment la perte de bénéfice et les frais généraux encourus en raison de la suppression des travaux sur les deux chantiers précités, ainsi que certains frais propres à la suppression des seuls travaux concernant le bâtiment « les Glaieuls » (CE, 12 mai 1982, société des autoroutes Paris-Rhin-

Rhône, ou CAA Nancy, 20 octobre 1994, office public d'aménagement de Meurthe-et-Moselle, c/ société Tibe).

Sous réserve des justifications apportées par le titulaire du marché, **les indemnités fixées par le juge administratif sont comprises, la plupart du temps, entre 10 et 15 %** du plafond d'indemnisation :

que le préjudice consécutif à la diminution de la masse des travaux est égal au bénéfice dont a été privée la société, soit 12 % de la valeur des travaux sous-traités du marché et doit ainsi être évalué à la somme de ... (CAA Nancy 17 mars 2005, hôpitaux universitaires de Strasbourg, précité).

En cas d'absence de contestation par le maître d'ouvrage du droit à indemnisation du titulaire, les parties peuvent régler le paiement de l'indemnité à l'amiable. Il leur appartient dans un premier temps de constater la variation dans la masse des travaux, par ordre de service, afin que celle-ci et les montants correspondants aux prestations effectivement réalisées ne puisse être contestée ; puis l'entrepreneur demandera une indemnisation dans son projet de décompte final en justifiant sa demande par la démonstration du préjudice subi et en prenant en compte la franchise (5 ou 20 % selon les cas).

2. L'hypothèse de l'augmentation de la masse des travaux (article 15 du CCAG)

Si l'augmentation de la masse des travaux est supérieure au vingtième de la masse initiale (5 %) dans le cadre d'un marché forfaitaire (à 25 % pour un marché sur prix unitaires, soit le quart de la masse), l'entrepreneur a le droit d'être indemnisé du préjudice éventuellement subi, au-delà de ce pourcentage limite.

Comme pour la diminution des prestations, cette franchise correspond à l'aléa normal qui doit être supporté par le titulaire d'un marché. Si ces seuils ne sont pas atteints, le titulaire n'aura pas droit à une indemnisation de son préjudice, alors même que la masse des travaux aura augmenté.

Au titre de ce préjudice, il pourra être tenu compte par exemple de tous les surcoûts et dépenses que l'entreprise n'avait pu prévoir dans ses calculs (frais supplémentaires du compte prorata, de personnel, de déplacements, de frais d'études, de garde du chantier, hausse des prix des matériaux et des salaires, frais d'études, etc.).

3. Les autres changements (art. 17 du CCAG)

L'entrepreneur peut être confronté à des changements dans l'importance des différentes natures d'ouvrages mais qui n'affectent pas le montant du marché. Il pourra obtenir qu'il soit tenu compte du préjudice subi (dans les marchés à prix unitaires seulement) si les quantités diffèrent de plus d'un tiers en plus ou un quart en moins par rapport aux quantités portées au détail estimatif du marché.

Le Conseil d'Etat précise que « *constitue une nature d'ouvrage un ensemble de prestations identifié par les documents contractuels, auquel est affecté un prix unitaire et dont les quantités sont portées au détail estimatif du marché* » (CE 10 janvier 2007, Société routière Perez, Société Mastellotto, n° 280314).

Attention !

Dans les marchés publics, le CCAG Travaux de 1976 (pour les travaux qui y font expressément référence), fait obligation à l'entrepreneur d'aviser, un mois au moins à l'avance, le maître d'œuvre de la date probable à laquelle la masse initiale des travaux sera atteinte ou dépassée (art. 15.4).

Ce délai d'un mois est imposé parce que la poursuite de l'exécution des prestations est subordonnée soit à la conclusion d'un avenant, soit, si le marché le prévoit, à une décision de poursuivre prise par la personne responsable du marché.

Ce délai d'un mois permettra par conséquent de requérir du maître d'ouvrage la signature d'un avenant ou d'un ordre de poursuivre les travaux qui sera notifié à l'entreprise avant que la masse initiale des travaux ne soit atteinte.

À défaut d'avenant ou d'ordre, l'entrepreneur doit absolument arrêter les travaux lorsqu'ils ont atteint la masse initiale ; s'il ne le fait pas, il s'expose à ne pas être réglé des travaux poursuivis.

Par ailleurs, on n'insistera jamais assez sur la nécessité d'obtenir préalablement à la réalisation des travaux supplémentaires, un accord écrit du maître d'ouvrage.

3.1.3. Le refus d'exécuter les travaux supplémentaires

Une seule hypothèse (art. 15-22 du CCAG) : l'entrepreneur ne pourra refuser d'exécuter les travaux que dans la seule hypothèse d'une modification de l'ouvrage entraînant une augmentation des travaux supérieure à 10 % de la masse initiale des travaux.

Un tel refus d'exécuter ne sera toutefois recevable que s'il est notifié par écrit, avec les justifications nécessaires, à la personne responsable du marché dans le délai de 15 jours suivant la notification de l'ordre de service prescrivant les travaux.

Copie de la lettre de refus devra être adressée au maître d'œuvre.

3.2. Les droits de l'entrepreneur dans les marchés privés (norme NF P 03-001)**3.2.1. La prolongation du délai d'exécution**

En cas d'augmentation de la masse des travaux, ou de modification des travaux ou d'exécution de travaux imprévus, les délais d'exécution pourront être prolongés sur justification fournie par l'entrepreneur, sauf en cas de faute de sa part (art. 10.3.1.3 de la norme, édition décembre 2000).

La prolongation du délai d'exécution devra clairement apparaître sur l'ordre de service précisant les modifications de travaux envisagées.

L'entrepreneur devra justifier la prolongation du délai.

3.2.2. Le droit de résiliation du marché

Si l'augmentation de la masse des travaux est supérieure au quart du marché, l'entrepreneur pourra demander la résiliation de son marché (art. 11.1.1.3 de la norme - édition décembre 2000).

Attention : l'entrepreneur devra avoir fait des réserves dans les 15 jours à compter de l'ordre de service (art. 11.1.4.2 de la norme AFNOR, édition décembre 2000).

3.2.3. Le droit à indemnisation

En cas d'augmentation dans la masse des travaux, l'entreprise est tenue d'exécuter les travaux supplémentaires tant que l'augmentation n'excède pas le quart (25 %) du montant initial des travaux. Le montant de l'augmentation, évalué dans les mêmes conditions que les prix fixés au marché, est **ajouté** au prix prévu au contrat. S'il y a lieu, **les délais d'exécution** sont modifiés en conséquence (art. 11.1.1.1 et 11.1.1.2 de la norme AFNOR NF P 03 001).

En cas de changement dans la nature des ouvrages ordonnés par le maître d'ouvrage, l'entrepreneur peut demander **une indemnité** de dédommagement des frais supplémentaires qui en résultent pour lui, à condition toutefois de les justifier (art. 11.1.3.1 de la norme, édition décembre 2000).

En outre, quand les changements ont pour résultat de faire modifier les quantités de plus d'un quart en plus ou en moins, l'entrepreneur est en droit de demander à ce que des **nouveaux prix** soient fixés pour les ouvrages considérés.

Ici également, l'entrepreneur devra avoir fait des réserves dans les 15 jours à compter de l'ordre de service prescrivant les travaux s'il veut bénéficier de ces dispositions (art. 11.1.4.2 de la norme).

En cas de diminution de la masse des travaux qui n'excède pas 15 % du montant initial prévu, l'entrepreneur ne peut rien réclamer.

En revanche, si la diminution est supérieure à 15 %, il pourra demander **une indemnité** de dédommagement de ses dépenses et d'une partie du bénéfice qu'il aurait pu réaliser dans l'exécution des travaux prévus et abandonnés (art. 11.1.2.2 de la norme AFNOR, édition décembre 2000).

Attention : Ici encore, l'entrepreneur devra avoir fait ses réserves dans les 15 jours à compter de l'ordre de service officialisant les modifications (art. 11.1.4.2 de la norme).

Note : Le maître d'ouvrage doit faire connaître par écrit les modifications qu'il envisage d'autoriser ou d'apporter aux travaux et ces modifications devront faire l'objet d'ordres de service contresignés par lui et précisant :

- le montant des travaux en résultant ou les modalités de calcul du prix,
- l'incidence sur les délais d'exécution.

4. L'interruption des travaux en cas de non-paiement

La situation est différente selon le type de marché qui lie l'entrepreneur au maître d'ouvrage.

4.1. En marchés publics

L'entrepreneur doit assurer de façon continue l'exécution de ses prestations et ne peut prendre unilatéralement l'initiative d'abandonner le chantier.

Il lui est interdit de se prévaloir de la règle de droit civil dite de « l'exception d'inexécution » qui lui aurait permis, comme c'est le cas en droit privé, d'interrompre ses travaux en cours de chantier lorsqu'il n'est pas payé par le maître d'ouvrage des acomptes qui lui sont dus.

Cette possibilité est formellement écartée par le principe de continuité du service public qui est à la base de la théorie des contrats administratifs.

Toutefois, le droit d'interrompre les travaux est exceptionnellement reconnu à l'entrepreneur

L'article 48-3 du CCAG travaux prévoit que : *Au cas où trois acomptes mensuels successifs n'auraient pas été mandatés, l'entrepreneur, trente jours après la date limite fixée pour le mandatement du troisième de ces acomptes, peut, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception adressée à la personne responsable du marché, prévenir le maître d'ouvrage de son intention d'interrompre les travaux au terme d'un délai de deux mois.*

4.2. En marchés privés

4.2.1. L'interruption des travaux pour non-paiement ou pour non-remise d'une garantie de paiement

C'est l'application du principe de l'exception d'inexécution

Du moment que le maître d'ouvrage n'a pas satisfait à son obligation de régler les acomptes dus, l'entrepreneur peut légitimement se refuser à l'exécution des travaux, et cela, tant que son client n'effectue pas les versements exigibles.

L'entrepreneur n'est tenu d'en reprendre l'exécution que lorsque les paiements auront apuré entièrement le passif antérieur.

Toutefois, si l'entrepreneur a passé un marché supérieur à 12 000 € HT avec un maître d'ouvrage privé, il doit bénéficier d'une garantie de paiement en vertu de l'article 1799-1 du Code civil. Il peut, en cas de non-fourniture de la garantie de paiement, faire jouer le principe d'exception d'inexécution sans attendre d'être

impayé des travaux mais, du simple fait de la non-fourniture d'une garantie de paiement (cf. supra Le marché, « Les garanties », 9.4.).

Lorsque le marché se réfère à la norme AFNOR

Dans son édition de décembre 2000, la suspension des travaux est autorisée par l'article 10.3.2.1 qui dispose *en aucun cas un entrepreneur ne peut suspendre les travaux pour défaut de paiement sans avoir prévenu par lettre recommandée le maître d'ouvrage et le maître d'œuvre au moins quinze jours à l'avance.*

Autrement dit, le droit de suspendre les travaux, s'il est reconnu à l'entrepreneur, est cependant subordonné à des conditions de mise en œuvre constituées par la mise en demeure écrite et l'écoulement d'un délai. Si ces conditions sont apportées, la suspension des travaux est permise.

Si le maître d'ouvrage paie l'entreprise dans le délai imparti, l'entreprise se conformera aux dispositions contractuelles du marché, et exécutera les travaux normalement, en restant particulièrement vigilante quant à la régularité des paiements des situations par le maître d'ouvrage, sa défaillance pouvant se reproduire.

Si le maître d'ouvrage ne paie pas dans le délai susvisé des quinze jours l'entrepreneur, peut suspendre les travaux et ne les reprendre qu'avec la reprise des paiements par le maître d'ouvrage.

Dès lors, l'interruption des travaux du fait du maître d'ouvrage entraîne, sur le plan juridique, des conséquences que la norme AFNOR NF P 03-001 précise en ces termes : *Le maître d'ouvrage est responsable des conséquences de toute interruption résultant de la non-observation de ses obligations et, en particulier, des répercussions qu'elle pourrait avoir sur l'exécution des autres corps d'état.* (art. 10.3.2.1 de l'édition de décembre 2000).

Dans ce cas, l'entrepreneur est en droit de demander la prolongation du délai d'exécution, le maître d'ouvrage ne pouvant lui imputer des pénalités de retard ou les conséquences financières de cette interruption pour les autres corps d'état.

Par ailleurs, l'article 9.6.2 de la norme – édition décembre 2000 – stipule à *défaut de clauses plus sévères prévues par les documents particuliers du marché, si la somme des délais de préparation et d'exécution définis à l'article 10 (de la norme), corrigée s'il y a lieu par l'application des dispositions de l'article 10.3.1, se trouve augmentée de plus du dixième par le fait exclusif du maître d'ouvrage (par ajournement, suspension des travaux, attermoisement, etc.) l'entrepreneur a droit à indemnité, pourvu qu'il ait formulé ses réserves par écrit dès la survenance de l'événement.*

Ces articles de la norme pourront également être utilisés en cas d'obligation de l'entrepreneur d'interrompre les travaux pour non-fourniture d'une garantie de paiement.

Il est constant, en effet, que l'entrepreneur s'engage en considération d'un délai d'exécution déterminé ; toute augmentation de délai est alors de nature à lui

causer un préjudice à réparer (immobilisation prolongée des moyens techniques et humains, impossibilité d'accepter d'autres travaux...).

Le maître d'ouvrage ne paie pas l'entreprise dans le délai de 15 jours, et manifeste son intention de persévérer dans cette attitude.

Aux termes de l'article 22.1.3 « résiliation aux torts du maître d'ouvrage », *l'ajournement ou l'interruption, fractionné ou continu, de plus de six mois, du fait du maître d'ouvrage peut entraîner résiliation du marché par l'entrepreneur aux torts du maître d'ouvrage.*

Il s'agit là d'une résiliation ouvrant droit à indemnité au profit de l'entrepreneur.

L'article 22.3 « résiliation judiciaire » dispose qu'*en cas de manquement de l'une des parties à ses obligations contractuelles dans des cas autres que ceux visés aux articles 22.1 et 22.2, la résiliation doit être demandée par l'autre partie conformément aux dispositions de l'article 1184 du Code civil.*

Il en découle que la norme écarte l'obligation de demander la résiliation en justice, notamment dans le cas d'interruption fractionnée ou continue de plus de six mois par le maître d'ouvrage : en effet, dans ce cas la résiliation est de plein droit (art. 22.1.3 susvisé).

4.2.2. Les conséquences de cette interruption sur les risques et la garde du chantier (cf. supra 10.1.2.4.)

L'entrepreneur est tenu d'une obligation de conservation de la chose qu'on lui a confiée, en l'occurrence le chantier : c'est la théorie de la garde du chantier. L'entrepreneur présent sur le chantier en a la garde et doit, à ce titre, éviter tout dommage qui pourrait l'affecter.

L'article 1788 du Code civil fixe expressément le moment auquel l'entrepreneur est déchargé des risques de la chose qu'il a construite : lorsque l'ouvrage a fait l'objet d'une réception ou lorsque le maître d'ouvrage a été mis en demeure de recevoir l'ouvrage.

5. Avenants et décisions de poursuivre (en marchés publics)

Lorsque des modifications sont nécessaires, l'administration doit respecter les procédures et les formalités prévues par la réglementation.

L'avenant

C'est un acte signé des deux parties ayant pour objet de modifier les dispositions contractuelles.

L'avenant ne doit en aucun cas changer l'objet du marché, ni bouleverser l'économie du marché.

Il intervient notamment en cas de difficultés ou de sujétions techniques imprévues.

L'avenant est soumis aux mêmes formalités de contrôle que le marché lui-même.

La décision de poursuivre

Elle permet à l'administration, par une décision unilatérale, de donner l'ordre à l'entrepreneur de poursuivre les travaux au-delà de la masse initiale prévue au marché.

La décision de poursuivre est prise par le maître d'ouvrage, elle est obligatoirement assortie d'un montant limite.

Elle doit faire l'objet d'une délibération pour les collectivités territoriales.

5.1. Les conditions de passation d'un avenant

L'article 20 du Code des marchés publics issu du décret 1^{er} août 2006 (identique à celui des Codes 2001 et 2004) précise qu'un avenant ne peut, sauf sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, ni bouleverser l'économie du marché ni en changer l'objet.

Cet article constitue un rappel à la vigilance sur les conditions d'exécution du marché et le respect de la mise en concurrence initiale. D'une manière générale, l'avenant ne peut être considéré comme une modalité normale de gestion d'un contrat.

5.1.1. Définition de l'avenant

Un avenant est un contrat écrit constatant un accord de volonté des parties contractantes et ayant pour objet de modifier une ou plusieurs des dispositions de l'accord antérieur.

L'avenant n'est conclu valablement que s'il est signé tant par la personne publique que par le titulaire du marché.

5.1.2. Objet de l'avenant

1. Changement des obligations des parties

L'avenant peut prévoir une poursuite des prestations au-delà du montant fixé par le marché.

Il peut également modifier les obligations réciproques des parties sur de nombreux points :

- prix,
- définition technique de la prestation,
- variation dans la masse des travaux,

- délais d'exécution,
- paiement direct des sous-traitants (acte spécial).

2. Changement du titulaire du marché

Les modifications affectant l'entreprise doivent également, dans certains cas, donner lieu à la passation d'un avenant :

- décès du cocontractant,
- apport du marché à une société ou à un GIE,
- disparition de l'entreprise titulaire du marché par fusion ou scission-absorption aboutissant à la création d'une nouvelle société,
- cession d'actifs ou transmission de patrimoine à un tiers...

Dans ces hypothèses, l'avis du Conseil d'État du 8 juin 2000 a précisé que la cession du marché ne doit avoir lieu qu'avec l'assentiment préalable de la collectivité publique.

Aussi, après appréciation des garanties professionnelles et financières que peut apporter le cessionnaire reprenant le contrat pour assurer la bonne fin du contrat, la personne publique cocontractante peut autoriser la cession.

Si la cession lui paraît de nature, soit à remettre en cause les éléments essentiels relatifs au choix du titulaire initial du contrat, soit à modifier substantiellement l'économie dudit contrat, la collectivité publique est en droit de refuser son autorisation de cession.

3. En revanche un avenant n'est pas nécessaire

- lorsque, l'entreprise faisant l'objet d'une procédure collective, le marché est repris par l'administrateur judiciaire.
- en cas de changement n'affectant pas la forme juridique de l'entreprise mais sa raison sociale ou sa domiciliation.
- en cas de transformation d'une SARL en SA ou pour tout autre changement de la structure de l'entreprise n'entraînant pas la création d'une nouvelle personne morale.

5.1.3. L'avenant ne doit pas bouleverser l'économie du marché ni en changer l'objet

L'article 20 du CMP rappelle bien que *sauf sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, un avenant ne peut bouleverser l'économie du marché, ni en changer l'objet.*

En effet, modifier par avenant le marché, que ce soit en quantité ou en qualité des prestations prévues au départ, peut avoir pour effet de remettre en cause *a posteriori* le respect des règles de publicité et de mise en concurrence.

Un avenant bouleversant l'économie du marché ne constitue pas un avenant mais un nouveau contrat, un marché distinct du marché initial.

1. La notion de « bouleversement de l'économie du contrat »

Pour définir la notion de « bouleversement de l'économie du contrat », il convient de procéder soit à une évaluation quantitative de l'augmentation du marché entraînée par les nouvelles prestations, soit à une analyse de la portée des modifications sur le contrat initial.

L'article 20 ne fixe pas de pourcentage maximal en plus ou en moins qui permettrait de considérer qu'il y a bouleversement de l'économie du marché. Cette appréciation ne peut en effet être exercée que cas par cas, sous le contrôle du juge, et en tenant compte des circonstances de fait de l'espèce.

Pour autant, cette absence de limite réglementaire chiffrée ne diminue en rien la portée du principe. Elle ne saurait ainsi autoriser une modification substantielle du contrat, susceptible de remettre en cause les conditions dans lesquelles la concurrence s'est exercée lors de la passation du marché et le classement initial des offres. Il y lieu de considérer qu'une augmentation par avenant de 15 à 20 % ou plus du prix d'un marché est susceptible d'être regardée par le juge administratif comme bouleversant l'économie du contrat.

Il est rappelé par ailleurs que, même en cas de non-dépassement de l'enveloppe budgétaire affectée au marché, la passation d'un avenant doit être autorisée par l'organe délibérant de la collectivité ou de l'établissement, fixant le montant limite des prestations à exécuter, le dépassement de ce montant devant donner lieu à la même procédure.

Si l'avenant a pour effet de dépasser de plus de 5 % le montant initial du marché, il doit être soumis pour avis à la commission d'appel d'offres

Cette dernière procédure, introduite par l'article 8 de la loi n° 95-127 du 8 février 1995 relative aux marchés publics et délégations de service public, vise à rendre transparente la passation des avenants, en invitant la commission d'appel d'offres à se prononcer préalablement sur l'opportunité de toute modification envisagée au contrat. L'introduction de cette disposition témoigne de la volonté du législateur de rappeler que la passation d'un avenant ne peut en aucun cas être considérée comme un mode de gestion « normal » d'un contrat.

Toutefois, le pourcentage de 5 % au-delà duquel la loi du 8 février 1995 impose la consultation préalable de la commission d'appel d'offres ne constitue en aucune manière une référence en la matière et ne peut s'interpréter comme une limitation du montant des avenants.

2. L'exception des sujétions techniques imprévues

Des avenants qui ont pour effet de bouleverser l'économie du contrat sont autorisés dans l'hypothèse où le titulaire s'est trouvé confronté à des sujétions techniques imprévues. Dans ce cas, en effet, les théories jurisprudentielles ouvrent au cocontractant de l'administration un droit à indemnité couvrant les charges supportées par l'entreprise, et non prévues au contrat, afin d'assurer la continuité du service public. L'avenant concrétise ce droit à indemnité.

C'est ce que rappelle le Conseil d'État dans un arrêt du 30 juillet 2003 (commune de Lens) : (...) *sauf en cas de sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, avenants et décisions de poursuivre ne peuvent bouleverser l'économie du marché ni en changer l'objet ; que ne peuvent être regardées comme sujétions imprévues au sens de ces dispositions, que des difficultés rencontrées lors de l'exécution d'un marché, présentant un caractère exceptionnel, imprévisibles lors de la conclusion du contrat, et dont la cause est extérieure aux parties.*

En application de l'article 255 bis du Code [les dispositions de cet article figurent dorénavant dans les articles 20 et 118 du CMP] sont reconnus comme étant réguliers les avenants qui ont pour objet *de permettre [...] la poursuite de l'exécution des prestations prévues par les marchés correspondants alors que le montant des prestations exécutées avait atteint le plafond fixé par les marchés* (CE 29 juillet 1994, communauté urbaine de Lyon).

Dans le même ordre de considérations, il paraît concevable d'admettre dans certains cas une modification, par voie d'avenant, de la consistance et de l'étendue de lots, ou des caractéristiques des prestations, par suite de difficultés techniques imprévues.

5.2. Les avenants irréguliers

La passation d'avenants irréguliers peut être sanctionnée de différentes façons.

5.2.1. Annulation par les tribunaux des avenants irréguliers

De manière générale, les avenants qui bouleversent l'économie du marché ou qui en dénaturent la portée sont annulés par les tribunaux administratifs (voir par exemple en ce sens : TA Rennes, 2 décembre 1992, préfet du Morbihan).

Par ailleurs, sont irréguliers les avenants relatifs à une prestation sans lien avec l'objet initial du marché, ne concernant pas une prestation complémentaire de celle prévue et indispensable à l'exécution des prestations initiales. Est irrégulière la passation d'un avenant ayant pour objet l'exécution de travaux dissociables des travaux prévus par le marché initial ; l'exécution de ces travaux doit donner lieu à la conclusion d'un marché distinct après mise en concurrence préalable (CE 30 janvier 1995, société Viafrance, société Sparel).

Enfin, l'avenant est irrégulier s'il a pour effet de dépasser les seuils de publicité et de mise en concurrence prévus par le Code (CE 23 mai 1979, commune de Fontenay-le-Fleury).

5.2.2. Condamnation pour délit de favoritisme

Si des irrégularités manifestes apparaissent lors de la passation d'un avenant (telles que l'avantage donné à une entreprise d'avoir à exécuter des travaux supplémentaires, ou la passation d'avenants augmentant de façon importante le

coût des prestations et dénaturant ainsi les caractéristiques du marché initial), celles-ci peuvent tomber sous le coup de l'article 7 de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 qui définit le délit de favoritisme (cf. infra, chap. 13, paragraphe Le contrôle exercé par les juridictions pénales).

5.2.3. Infraction sanctionnée par la Cour de discipline budgétaire

Enfin, la méconnaissance des règles de concurrence, telle que le fractionnement délibéré de prestations de même nature en vue de se soustraire aux seuils de publicité et de mise en concurrence, complété par des avenants ou de nouvelles commandes, constitue une infraction aux règles d'exécution des dépenses au sens de l'article 5 de la loi du 25 septembre 1948 modifiée, susceptible d'être sanctionnée par la Cour de discipline budgétaire et financière (cf. infra, chap. 13).

5.3. La décision de poursuivre

L'article 118 du Code des marchés publics précise que *au cas où le montant des prestations exécutées atteint le montant prévu par le marché, la poursuite de l'exécution des prestations est subordonnée, que les prix indiqués au marché soient forfaitaires ou unitaires, à la conclusion d'un avenant ou, si le marché le prévoit, à une décision de poursuivre prise par le pouvoir adjudicateur.*

L'article 20, quant à lui, indique que *sauf sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, un avenant ou une décision de poursuivre ne peut bouleverser l'économie du marché ni en changer l'objet.*

Les marchés ne peuvent être modifiés que par un acte additionnel pris dans la même forme et signé des deux parties appelées avenant.

Toutefois, il peut arriver que le montant des prestations exécutées atteigne le montant fixé par le marché, sans que la totalité des prestations soit réalisée et sans que l'objet du marché soit atteint. Dans ce cas, si le marché en a prévu la possibilité, la personne responsable peut prendre la décision de poursuivre l'exécution des prestations.

Les décisions de poursuivre doivent, comme les avenants, respecter les conditions prévues à l'article 20.

5.3.1. Définition de la décision de poursuivre

La décision de poursuivre est un acte unilatéral qui a pour seul objet de permettre l'exécution des prestations au-delà du montant initial prévu par le marché et jusqu'au montant qu'elle fixe.

Elle est signée par la seule personne publique.

Elle a pour avantage, par rapport à l'avenant, de permettre d'assurer la poursuite du bon déroulement du chantier sans perturbation provenant de discussions avec le titulaire du marché.

Le recours à la décision de poursuivre n'est possible que si le marché le prévoit ; si, par exemple, le CCAG Travaux n'est pas visé dans le marché, il est nécessaire que la décision de poursuivre soit prévue dans le CCAP.

5.3.2. Objet de la décision de poursuivre

La décision de poursuivre ne peut avoir pour objet que la poursuite des prestations au-delà du montant fixé par le marché. Elle ne peut pas comporter d'autres dispositions.

Elle ne permet pas de fixer de nouveaux prix.

Elle ne permet en aucun cas de modifier l'objet du marché.

Elle ne peut être prise que lorsque le montant des travaux exécutés atteint le montant prévu au marché sans que l'objet de celui-ci s'en trouve atteint.

5.3.3. La décision de poursuivre ne doit pas bouleverser l'économie du marché ni en changer l'objet

Prendre une décision de poursuivre peut avoir pour effet de remettre en cause *a posteriori* le respect des règles de publicité et de mise en concurrence.

Une décision de poursuivre bouleversant l'économie du marché constitue un nouveau contrat distinct du marché initial. Elle doit alors respecter les règles de publicité.

6. La gestion du compte prorata

6.1. Qui doit supporter les dépenses communes de chantier ?

6.1.1. Définition des dépenses communes de chantier

Utilité des dépenses communes de chantier

L'entrepreneur réalisant l'ouvrage sur le site – et non pas en usine – doit disposer sur place, d'une infrastructure importante. Il s'agit d'installations provisoires utilisées pendant la durée du chantier et indispensables à l'exécution des travaux. Le premier entrepreneur intervenant sur le chantier amènera la logistique nécessaire, en fonction de ses besoins compte tenu des installations existantes et de leurs possibilités d'utilisation. Il demandera aux concessionnaires de réseaux les branchements d'eau ou d'électricité. Il installera pour ses salariés les sanitaires imposés par la réglementation en vigueur. Bien entendu, une fois son intervention terminée, l'entrepreneur pourrait en théorie replier le matériel et laisser aux autres le soin d'installer leur propre logistique. Mais la présence des entreprises sur le chantier n'est pas seulement successive, elle est également concomitante. C'est la raison pour laquelle les installations mises en place par

un entrepreneur serviront aux autres entrepreneurs intervenant sur le chantier, le marché précisant quels sont les équipements concernés, qui doit les mettre en place et qui supporte les dépenses.

Une part des frais d'exécution différente d'un chantier à l'autre

Ainsi, les dépenses communes de chantier sont celles qui, effectuées par un ou plusieurs entrepreneurs, ont pour but ou pour effet d'assurer la bonne marche de l'ensemble du chantier. Elles peuvent être variables en fonction de différents facteurs. D'une part, de la nature du chantier et de sa localisation géographique (chantier urbain très dense ou chantier rural diffus), compte tenu de la proximité ou de l'éloignement des réseaux publics, des conditions d'accès, de la nécessité d'un gardiennage. D'autre part, de l'importance du chantier, pavillons ou grand ensemble, mais également des modalités d'exécution du chantier comme les délais, la nécessité de mettre en œuvre un préchauffage, les techniques d'exécution et les matériaux employés.

Une charge à prévoir

Pour établir son prix l'entrepreneur doit tenir compte du coût de ces dépenses d'intérêt commun. Il doit donc connaître dès le départ la part des dépenses qui lui incombent. Il faut donc que les documents contractuels (le dossier de consultation ou la convention interentreprises) donnent la liste, de manière exhaustive, des dépenses qui doivent être prises en compte pour effectuer les travaux, organisent à l'avance leur répartition et envisagent la gestion et le règlement des dépenses qui doivent être réparties entre les entreprises.

Il en est de même en cas de recours à la sous-traitance. Le sous-traitant peut être en effet tenu de participer aux frais du compte prorata. Il doit bien lire avant de les signer les conditions d'exécution générales du chantier sinon il s'expose aux conséquences de leur inobservation (Cass. 3^e civ., 3 octobre 2001, sté Isocler Janna c./ sté Aldoriv Constructions, arrêt n° 1371 FS-D et Mon TP, 9 novembre 2001 p. 89).

Ordre de grandeur moyen

On s'accorde généralement, sauf contrainte technique exceptionnelle, à admettre que le compte prorata doit être inférieur à 1 % du montant total du marché. C'est la somme raisonnablement prévisible à payer en fin de compte par chaque entreprise. L'objectif est en effet de ne pas alourdir de façon excessive la trésorerie des entreprises qui avancent ces frais jusqu'à leur répartition définitive. La réalité est parfois différente : on constate encore sur de trop nombreux chantiers un gonflement du compte qui peut parfois atteindre 5 à 7 % du montant total du marché, voire davantage.

Ne constituent pas des dépenses communes

Puisque les dépenses communes sont des dépenses utiles à l'ensemble des entreprises participantes, comme les branchements d'eau, d'électricité ou les installations d'hygiène, ne constituent pas des dépenses communes de chantier les équipements propres à un entrepreneur pour l'exécution de son lot : l'échafaudage du peintre par exemple. Ne constituent pas non plus des dépenses

d'intérêt commun les fournitures ou ouvrages destinés à être reçus par le maître de l'ouvrage et qui auraient été omis par les documents du marché. Ils relèvent tout au plus des travaux supplémentaires.

Le texte de base qui propose les dispositions les plus complètes sur les dépenses communes de chantier (ou dépenses d'intérêt commun) est le cahier des clauses administratives générales applicables aux travaux de bâtiment faisant l'objet de marchés privés norme NF P 03-001 (art. 14 annexes A, B, C pour l'édition de décembre 2000). L'annexe A de la norme donne une liste des dépenses d'intérêt commun. Bien entendu cette liste n'est pas exhaustive. Elle sera complétée suivant les exigences particulières du marché.

6.1.2 Imputation des dépenses communes

Les dépenses d'équipement sont imputées dès le départ à un lot déterminé. Parmi les dépenses d'intérêt commun, la norme distingue les dépenses dites d'investissement ou d'équipement, dont il est possible de déterminer au départ la consistance et le prix, et les dépenses de fonctionnement, essentiellement les dépenses de consommation. Les dépenses d'équipement sont des dépenses qui peuvent être imputées dès le départ à un lot déterminé. Elles ne font donc pas partie de ce qu'on appelle le compte prorata. On citera : les branchements provisoires, les clôtures de chantier, le bureau de chantier, les sanitaires, les réseaux intérieurs d'eau et d'électricité, l'éclairage, les dispositifs communs de sécurité.

Ces dépenses, auxquelles s'ajoutent les dépenses d'entretien, sont en ce qui concerne les prestations extérieures aux bâtiments proprement dits, mises à la charge de l'entreprise titulaire du lot gros œuvre et, en ce qui concerne les équipements de bâtiments en construction, imputées aux titulaires des lots équipements (plomberie, électricité).

Ces dépenses étant réputées rémunérées par le prix du marché, l'entrepreneur remet son prix en fonction des dépenses qui sont à sa charge. D'où l'intérêt de savoir chiffrer la dépense à la signature du marché.

Une rémunération individualisée dans le prix du marché. La norme AFNOR NF P 03-0001, dans son édition de décembre 2000, annexe A, précise que les dépenses d'intérêt commun, lorsqu'elles peuvent être imputées à un lot déterminé, sont mises à la charge de l'entrepreneur titulaire de ce lot et que la prestation correspondante (telle qu'elle est décrite dans les documents particuliers du marché ou, à défaut, dans le tableau A.1 de ladite norme) fait l'objet d'une rémunération individualisée dans le prix du marché sur la base d'un devis quantitatif et estimatif établi à cet effet. Ce devis est établi en tenant compte du descriptif figurant dans le plan général de coordination sécurité et de la protection de la santé (PGC) transmis à l'entrepreneur, s'il est requis.

Les dépenses d'équipement habituelles sont décrites dans la norme AFNOR. Pour les travaux neufs cette liste figure à l'annexe A dans un tableau A.1 qui comprend trois colonnes. La première indique la nature des prestations (ex. bureau de chantier), la deuxième désigne le lot qui en a la charge et qui en supporte la dépense (ex. gros œuvre) : son titulaire est chargé de la prestation

correspondante, qu'il exécute lui-même ou qu'il fait exécuter sous sa responsabilité ; la troisième colonne précise, sous réserve des dispositions particulières du marché, le contenu de cette prestation (ex. locaux en rapport avec l'importance du chantier comprenant au minimum une salle de réunion et livrés avec le téléphone, le chauffage, l'éclairage et le mobilier).

Pour les travaux sur existants. L'annexe B de la norme AFNOR adapte les dispositions de l'annexe A aux exigences spécifiques de ce type de chantier. Elle considère tout naturellement que les voies de circulation, les branchements nécessaires au chantier ainsi que les réseaux intérieurs d'eau et d'électricité existent et sont utilisables, et en prévoit les conditions d'utilisation. Bien entendu, lorsque ces installations font défaut ou ne peuvent être utilisées, il est renvoyé aux règles de répartition des dépenses d'intérêt commun prévues pour les travaux neufs.

Certaines prestations d'intérêt commun peuvent être fournies par le maître d'ouvrage. Dans ce cas, le CCAP doit énumérer les prestations d'intérêt commun qui sont fournies par le maître d'ouvrage.

Les dépenses de consommation sont portées au débit d'un compte spécial, le compte prorata. Malgré le caractère facilement déterminable des dépenses, les entreprises ne sont pas toujours en mesure de connaître, à l'avance, leur consistance exacte surtout lorsque le marché est passé en lots séparés. Il en est ainsi des dépenses d'hygiène qui dépendent du nombre de salariés sur le chantier. C'est pourquoi, lorsqu'elle ne peut être déterminée à l'avance, la dépense est portée au débit d'un compte spécial, le compte prorata.

Sont essentiellement portées à ce compte les dépenses dites de fonctionnement qui se décomposent en dépenses de consommation et dépenses d'exploitation. Leur montant est fonction des quantités consommées. Ces dépenses sont imputées à l'ensemble des entreprises selon une clef de répartition définie dans le marché. À défaut de clef particulière prévue dans les documents du marché, la répartition est faite au prorata du montant des situations cumulées de chaque entrepreneur, d'où le nom de compte prorata.

Pour l'essentiel sont inscrites au compte prorata : les consommations d'eau et d'électricité, les consommations téléphoniques non facturées, le nettoyage du bureau de chantier et des installations communes d'hygiène, les frais de gardiennage lorsqu'il est décidé par les entreprises, et toute dépense qui serait portée expressément au débit du compte soit par les documents contractuels soit par décision des entreprises.

Les frais de remplacement des fournitures mises en œuvre et détériorées ou volées. La norme AFNOR, dans son édition de décembre 2000, ne retient plus parmi les dépenses inscrites au compte prorata les frais de réparation et de remplacement des fournitures mises en œuvre détériorées ou détournées. Les rédacteurs ont en effet estimé qu'il appartenait à chaque entrepreneur de prendre les mesures nécessaires pour éviter les vols et les dégradations sur les chantiers.

Nettoyage du chantier. Afin de ne pas alourdir de façon inconsidérée le coût du compte prorata et pour responsabiliser les entreprises, il n'est pas souhaitable de faire figurer le nettoyage du chantier dans le compte prorata. C'est le parti

retenu par la norme AFNOR (A.3.1) qui précise qu'il n'est pas décompté de compte prorata au titre du nettoyage du chantier et que chaque entrepreneur, après chaque intervention en un lieu donné, doit laisser l'emplacement propre.

Chauffage du chantier. Pour les mêmes raisons, la norme indique également que les frais de chauffage et de préchauffage du chantier ne doivent en aucun cas figurer au compte prorata (A.3.2).

Traitement des déchets de chantier. La règle est identique pour le traitement des déchets (cf. infra 1.3).

6.2. Gestion et règlement du compte prorata

6.2.1. Gestion du compte prorata

L'annexe C de la norme AFNOR ou une convention particulière. Les modalités de gestion et de règlement du compte prorata sont fixées, en l'absence de convention particulière, par l'annexe C de la norme AFNOR NF P 03-001. Pour s'appliquer, la norme doit toutefois être visée comme pièce contractuelle du marché. Si une convention particulière est conclue, il est recommandé à la personne chargée de la gestion du compte prorata d'en adresser une copie pour information au maître d'œuvre et au maître d'ouvrage dans un délai de 15 jours à compter de sa conclusion.

Une attestation jointe au décompte définitif faisant ressortir la situation de chaque entrepreneur au regard du compte. L'article 14.2.3 de la norme AFNOR NF P 03 001 (édition décembre 2000) précise que, dans les 90 jours qui suivent la réception des travaux, la personne chargée de la tenue du compte prorata adresse au maître d'œuvre une attestation faisant apparaître la situation de chaque entrepreneur vis-à-vis du compte prorata. Cette attestation, que le maître d'œuvre joint au décompte définitif adressé au maître d'ouvrage, soit déclare que l'entrepreneur est en règle quant à ses obligations au titre du compte prorata, soit indique la somme dont celui-ci est encore redevable à ce titre.

Le montant de la dernière situation cumulée. Une nouveauté a été introduite dans la version décembre 2000 de la norme par rapport à la précédente, datant de septembre 1991. Il est en effet prévu à l'article 14.2.4, puisqu'il existe toujours sur un chantier des travaux en plus et des travaux en moins, que le maître d'ouvrage communique à l'entrepreneur chargé de la tenue du compte prorata le montant de la dernière situation cumulée de l'entrepreneur au plus tard à la réception des travaux. Cette disposition devrait permettre au gestionnaire de connaître plus rapidement le montant des recettes à porter au dit compte qui, rappelons-le, est au prorata du montant des situations cumulées de chaque entrepreneur.

Un mécanisme de délégation de paiement. La norme prévoit (art. 14.2.5) un mécanisme qui permet à l'entrepreneur gestionnaire d'être payé directement par le maître de l'ouvrage des sommes dues par un autre entrepreneur au titre du compte prorata. *L'entrepreneur débiteur délègue le maître d'ouvrage, qui accepte, à la personne chargée de la tenue du compte prorata pour que cette dernière reçoive paie-*

ment à sa place des sommes que lui doit encore le maître de l'ouvrage au titre du marché. Cette délégation est consentie dans la limite du montant de sa dette au titre du compte prorata. À cet effet, le maître de l'ouvrage déduit du solde dû à l'entrepreneur la somme indiquée par l'attestation ci-dessus [visée au 14.2.3] et la verse entre les mains de la personne chargée de la tenue du compte prorata.

En cours de chantier. Si le gestionnaire du compte prorata est impayé, en cours de chantier, après une mise en demeure restée sans effet, des factures ou appels de fonds dus par un entrepreneur au titre du compte prorata, il peut demander au maître d'ouvrage, de déduire ces montants du ou des acomptes à verser à l'entrepreneur. Pour ce faire il doit néanmoins adresser au maître d'ouvrage, avec copie au maître d'œuvre, une attestation indiquant la somme due au titre du compte prorata (art. 14.2.6 de la norme).

Le gestionnaire du compte prorata. Le compte prorata est tenu, en règle générale, par le mandataire commun, dans le cas d'entrepreneurs groupés, ou par l'entrepreneur du lot principal dans le cas d'entrepreneurs non groupés. Mais, par décision du comité de contrôle, tout entrepreneur peut être chargé de la tenue du compte prorata.

La rémunération du gestionnaire. La rémunération de la personne chargée de la tenue du compte prorata consiste en un pourcentage du montant des dépenses imputées au compte prorata. Ce pourcentage est fixé par accord particulier entre la personne chargée de la gestion du compte et le comité de contrôle. Pour les marchés qui font référence à la norme AFNOR NF P 03-001, et qui n'y ont pas dérogé, ce pourcentage est fixé à 8 % du montant TTC des dépenses imputées au compte prorata hors la rémunération du gestionnaire.

La composition du comité de contrôle. L'entrepreneur chargé de la tenue du compte prorata est assisté d'un comité de contrôle. Il est souhaitable que le comité de contrôle comporte un nombre impair de membres pour faciliter la prise de décision et qu'il comporte au moins un représentant du ou des lots de structure (gros œuvre, charpente métallique), un représentant du groupe des lots de second œuvre (étanchéité, menuiserie, métallerie, sols, peinture, plâtrerie, isolation, etc.), et un représentant du groupe des lots d'équipement (plomberie, électricité, génie climatique, ascenseurs, etc.).

Les attributions et la rémunération du comité de contrôle. C'est généralement le comité de contrôle qui décide de l'engagement des dépenses communes imprévues et qui, en cas de contestation, accepte ou refuse les factures présentées. Il statue sur le solde et le règlement du compte prorata et prend dans le cadre du marché toute décision utile à la détermination des obligations de chaque entrepreneur et à la bonne gestion du compte prorata. Il n'est, la plupart du temps, pas rémunéré.

6.2.2. Règlement du compte prorata

Les recettes du compte prorata

En début de chantier ou, dans le cas où tous les entrepreneurs ne sont pas désignés à l'ouverture du chantier, lorsque la moitié de l'ensemble des travaux est

traité, il est arrêté entre les entrepreneurs un budget prévisionnel pour le compte prorata.

Le compte prorata peut être alimenté par des acomptes mensuels ou trimestriels. Ils sont versés par les entreprises directement ou par prélèvement sur les situations de travaux. La norme n'en fixe pas les modalités ; c'est en principe au gestionnaire de les proposer et les faire accepter par les entreprises.

Les factures ou appels de fonds sont établis par la personne chargée de la tenue du compte prorata sur la base des situations de travaux réalisés par chaque entreprise et dont les montants lui sont communiqués par le maître d'œuvre.

L'inscription des dépenses au compte prorata. Les inscriptions au compte prorata doivent être justifiées par les entreprises au moyen de factures ou d'attache-ment remis à la fois au créancier et à la personne chargée de la tenue du compte. Dans la version de décembre 2000 de la norme AFNOR NF P 03-001, il est précisé dans l'annexe C (C.5.1) que chaque entrepreneur renonce à demander le paiement des factures qu'il n'aurait pas produites à la personne chargée de la tenue du compte dans un délai de deux mois à compter de la réalisation de la prestation et au plus tard 15 jours après la réception des travaux. Il s'agit d'une nouveauté par rapport aux versions antérieures.

Imputations au compte prorata. Les dépenses imputées au compte prorata comprennent les frais de la main-d'œuvre d'exécution de l'entreprise, les frais de matériels, les fournitures rendues de chantier aux prix facturés à l'entreprise et les prestations réalisées par des tiers. Chacun de ces postes est calculé soit sur la base de justifications détaillées (par exemple, pour les consommateurs d'électricité : factures EDF), soit sur la base d'un barème approuvé par le comité de contrôle, soit sur la base des prix unitaires du marché éventuellement affectés d'un rabais fixé par le comité de contrôle, soit sur la base d'un devis approuvé par le comité de contrôle. Il est généralement appliqué à chacun de ces postes un coefficient multiplicateur arrêté en accord avec les entrepreneurs, et ajouté le montant de la TVA au taux applicable.

Solde et répartition définitive du compte prorata. Après la réception des travaux, le solde du compte et sa répartition sont établis par le gestionnaire. Sauf accord différent, cette répartition se fait au prorata du montant des situations cumulées. Toutefois, pour certaines dépenses expressément énumérées, une règle de répartition différente peut être établie par les documents particuliers du marché ou par accord de l'ensemble des entrepreneurs intervenant sur le chantier. La norme AFNOR NF P 03-001(annexe C, point C.7) prévoit que ce solde et sa répartition sont communiqués à chaque entrepreneur dans les 45 jours qui suivent la réception des travaux. Chaque entrepreneur dispose alors de 15 jours pour faire connaître par écrit ses observations. Passé ce délai le solde et sa répartition ainsi que les observations reçues sont soumis dans les huit jours au comité de contrôle qui dispose de vingt et un jours pour faire connaître sa décisions. Ensuite, la personne chargée de la tenue du compte émet les factures ou les avoirs au débit ou au crédit de chaque entrepreneur.

6.2.3. Faut-il intégrer le coût du traitement des déchets dans le compte prorata ?

Cette pratique est à déconseiller

Le souci d'identification en matière de déchets, ainsi que celui d'aboutir à une organisation de chantier unique, pourrait conduire à envisager un lot spécifique pour la gestion et l'élimination des déchets. Mais, d'une part, elle n'incite pas chacune des entreprises à rechercher les solutions les plus adaptées, et, d'autre part, elle risque d'entraîner une duplication des coûts.

Dans un souci évident d'économie d'échelle, il convient, lorsque plusieurs corps d'état interviennent pour un même chantier, d'encourager la mise en place d'une organisation commune pour la gestion et l'élimination des déchets. Mais dans ce cas, le coût de cette organisation ne doit pas être intégré dans le compte prorata, dont le mode de répartition, fonction du montant des marchés, ne reflète pas la part de chaque entreprise dans la production des déchets. Cette répartition devra donc être négociée entre les différentes entreprises concernées, sans intervention de la maîtrise d'ouvrage.

7. La prise en compte de préoccupations environnementales dans les marchés

7.1. Généralités

Les travaux de bâtiment sont à l'origine d'une production annuelle d'environ 30 millions de tonnes de déchets de chantier de nature très diversifiée.

Nature des déchets de chantier. On y retrouve des « *déchets inertes* » tels que les gravats, le béton, les tuiles, etc., qui représentent environ 66 % de l'ensemble des déchets de chantier, des « *déchets industriels banals* » [déchets non dangereux] tels que les revêtements de sols et de murs, le bois, les plastiques (emballages, tuyaux, etc.) qui représentent environ 27 % des déchets de chantier, des « *déchets spéciaux* » [déchets dangereux] tels que les résidus de peinture, les pots de colles, de joints, les déchets contenant de l'amiante libre, etc., qui représentent environ 6 % des déchets de chantier, et des « *emballages* » tels que les housses PVC ou PE, les cartons, les palettes, etc., qui représentent environ 1 % des déchets de chantier.

Ces déchets proviennent soit des chutes ou des reprises de mise en œuvre (construction neuve) [environ 10 %], soit de la dépose des produits et matériaux (démolitions totales ou partielles) [environ 90 %].

L'élimination des déchets de chantier est devenue en quelques années une préoccupation croissante pour les entreprises en termes financiers et en termes de responsabilité. C'est un euphémisme de dire que l'élimination des déchets de chantier est un enjeu financier important pour les entreprises. Le coût d'élimination est de l'ordre de 3 % du chiffre d'affaires annuel d'une entreprise. À titre d'exemple, en région Île-de-France en 2001, les coûts étaient, en moyenne, multipliés par 10 à chaque changement de classe. Pour la classe 3 (déchets inertes),

le coût est d'environ 9 € HT la tonne. Pour la classe 2 (les DIB, déchets industriels banals) »[déchets non dangereux], le coût est d'environ 90 € HT la tonne. Pour la classe 3 (les DIS, déchets industriels spéciaux) [déchets dangereux], le coût est d'environ 900 € HT la tonne.

La réglementation relative à l'élimination des déchets et aux installations classées pour la protection de l'environnement est devenue complexe et onéreuse.

En effet, la loi n° 92-646 du 13 juillet 1992 relative à l'élimination des déchets ainsi qu'aux installations classées pour la protection de l'environnement qui a modifié la loi n° 75-633 du 15 juillet 1975 définit les nouveaux principes de la politique nationale de gestion des déchets (comme la réduction de la production et de la nocivité des déchets) ainsi que ses modalités d'application.

Il s'agit notamment de :

- la priorité donnée à toutes les filières de valorisation (recyclage, récupération d'énergie...), le stockage étant réservé à partir de 2002 aux déchets « ultimes » (par exemple dont la part valorisable dans les conditions technico-économiques du moment a été extraite ou dont le caractère polluant ne peut être réduit) ;
- la fin des décharges non contrôlées : tous les centres de stockage sont désormais soumis à la loi du 19 juillet 1976 relative aux installations classées pour la protection de l'environnement ;
- la mise en place d'une taxe perçue par tous les exploitants de centres de stockage destinés à recevoir des déchets industriels banals ou des déchets industriels spéciaux.

Il n'est en conséquence plus possible d'avoir, pour l'ensemble des déchets du bâtiment, un exutoire unique et gratuit.

7.2. Qui engage sa responsabilité en matière de gestion des déchets de chantier

Ceux qui les produisent ou les détiennent

La gestion des déchets du bâtiment et des travaux publics est de la responsabilité de ceux qui les produisent ou les détiennent, conformément à la loi n° 75-633 du 15 juillet 1975 modifiée, relative à l'élimination des déchets et à la récupération des matériaux.

L'article premier de la loi, devenu l'article L 141-1 du Code de l'environnement, vise « toute personne qui produit ou détient des déchets ». Cette rédaction est suffisamment large pour que chacun des intervenants soit concerné par le non-respect des dispositions légales.

Il ressort d'ailleurs de la jurisprudence française et européenne que le maître d'ouvrage peut être tenu pour responsable (cas de la démolition d'un silo à grains – Cour de cassation, 9 juin 1993).

Tous les intervenants à l'acte de construire, sans exception, sont donc concernés et impliqués dans l'élimination des déchets. Les maîtres d'ouvrage, les maîtres d'œuvre, les entreprises et industriels font partie d'une chaîne économique et technique. C'est à l'ensemble de cette chaîne que revient la responsabilité de gérer le traitement et l'élimination des déchets.

Au début de cette chaîne se trouvent les maîtres d'ouvrage.

Ils doivent prévoir de donner aux entreprises et artisans du bâtiment et des travaux publics les moyens, notamment financiers mais également en termes d'organisation et de délai, leur permettant de gérer les déchets de chantiers, en respectant la législation relative à la protection de l'environnement.

Ceci peut se faire dans le cadre des responsabilités contractuelles et notamment dans les documents généraux comme :

- la norme AFNOR NF P 03-001, pour les marchés privés qui s'y réfèrent,
- ou la recommandation n° T 2-2000 aux maîtres d'ouvrage publics relative à la gestion des déchets de chantiers du bâtiment, adoptée le 22 juin 2000 par la section technique de la commission centrale des marchés et publiée en mars 2001 dans TMP.

Le transfert de responsabilité en matière d'élimination des déchets de la maîtrise d'ouvrage aux entreprises est ainsi possible à condition que les clauses relatives aux déchets soient précisées.

7.3. Un tri sélectif des déchets doit être envisagé

Des déchets mélangés impliquant une élimination dans les installations les plus contraignantes, et donc les plus coûteuses, un tri sélectif des déchets doit être envisagé, soit :

- sur le chantier chaque fois que cela est possible (c'est-à-dire notamment dès lors que les contraintes en termes d'espace ou de nature des déchets le permettent) ;
- via une plate-forme de tri hors chantier.

La prise en compte de cette démarche et son impact sur l'organisation du chantier auront une incidence d'autant plus importante que la problématique des déchets n'aura pas été abordée dès l'élaboration de la proposition.

Il y a, de plus, risque que la réglementation ne soit pas respectée par les entreprises qui ne l'auront pas intégrée dans les conditions de réalisation des travaux.

Pour réduire ce risque, il appartient aux maîtres d'ouvrage d'inciter les entreprises à prendre en compte les nouvelles conditions de gestion et d'élimination des déchets, et à rechercher dès le départ les solutions, respectueuses de la réglementation les plus économiques, en faisant en sorte que la proposition de l'entreprise fasse apparaître de manière bien individualisée le coût correspondant à la gestion et l'élimination des déchets de chantier.

7.4. Faut-il créer un lot spécifique « déchets » ?

Le souci d'identification en matière de déchets, ainsi que celui d'aboutir à une organisation de chantier unique, pourrait conduire à envisager un lot spécifique pour la gestion et l'élimination des déchets.

Cette pratique est à déconseiller, en l'état actuel, car, d'une part, elle n'incite pas chacune des entreprises à rechercher les solutions les plus adaptées et, d'autre part, elle risque d'entraîner une duplication des coûts.

7.5. Faut-il intégrer le coût du traitement dans le compte prorata ?

Dans un souci évident d'économie d'échelle, il convient, lorsque plusieurs corps d'état interviennent pour un même chantier, d'encourager la mise en place d'une organisation commune pour la gestion et l'élimination des déchets.

Mais, dans ce cas, le coût de cette organisation ne doit pas être intégré dans le compte prorata, dont le mode de répartition, fonction du montant des marchés, ne reflète pas la part de chaque entreprise dans la production des déchets.

Cette répartition devra donc être négociée entre les différentes entreprises concernées, sans intervention de la maîtrise d'ouvrage.

7.6. L'adaptation en marchés privés, comme en marchés publics, préoccupations environnementales

7.6.1. Pour les marchés privés

La norme AFNOR – édition 2000 (art. 16.2) prévoit que :

Chaque entrepreneur procède au tri de ses déchets de construction et se charge de leur évacuation jusqu'aux lieux de stockage de chantier prévus à cet effet par le maître d'œuvre.

L'enlèvement et le transport sur les sites susceptibles de recevoir les déchets sont à la charge de chaque entrepreneur.

En amont, le maître d'œuvre doit donc prévoir sur le chantier des lieux de stockage des déchets.

On ne parle plus de décharges publiques.

L'enlèvement et le transport sur les sites susceptibles de recevoir les déchets sont à la charge de chaque entrepreneur et non plus de l'entrepreneur désigné dans le Code du compte prorata, ou de l'entrepreneur de gros œuvre.

Ces dépenses ne sont plus supportées par le compte prorata.

Dans le cas d'un chantier de démolition, l'enlèvement et le transport des déchets sur les différents sites font l'objet d'une rémunération fixée dans le marché sur la base d'un diagnostic préalable établi par le maître d'ouvrage et accepté par l'entrepreneur.

En l'absence de diagnostic, la rémunération est établie en fonction des quantités évacuées, sur la base de prix unitaires fixés dans le marché ou sur la base d'un devis.

Dans le cas d'un chantier neuf, la rémunération est fixée sur la base d'une estimation préalable faite par chaque entrepreneur.

Il en sera de même pour les travaux sur existants puisque l'enlèvement et le transport des déchets sont rémunérés, en l'absence de diagnostic, sur la base d'une estimation préalable faite par chaque entrepreneur.

7.6.2. Pour les marchés publics

La recommandation n° T2-2000 aux maîtres d'ouvrage publics relative à la gestion des déchets de chantiers de bâtiment a été préparée par le GPEM « travaux et maîtrise d'œuvre » et adoptée par la section technique de la commission centrale des marchés le 22 juin, mais n'a été publiée qu'en mars 2001.

Il s'agit d'une simple recommandation.

Elle rappelle tout d'abord que la gestion des déchets de chantiers de bâtiment est devenue plus onéreuse et plus complexe compte tenu de la réglementation relative à l'élimination des déchets et aux installations classées pour la protection de l'environnement.

Elle traite successivement :

- des principes communs à tous les types de bâtiments,
- du cas de la démolition,
- du cas de la construction neuve,
- du cas de la réhabilitation.

7.6.3. Dans la norme AFNOR et dans la recommandation T2-2000

1. Le cas de la démolition : le diagnostic préalable

Si l'enlèvement et le transport des déchets sont bien à la charge de chaque entrepreneur, celui-ci doit recevoir à ce titre une rémunération de son client.

Dans le cas d'un chantier de démolition, cette rémunération se fera sur la base :

- d'un diagnostic préalable,
- établi par le maître d'ouvrage, ou pour le compte du maître d'ouvrage,
- et accepté par l'entrepreneur.

À défaut de diagnostic, l'entrepreneur sera rémunéré sur la base de prix unitaires fixés dans le marché ou dans un devis, et ce, en fonction des quantités évacuées.

2. Le diagnostic préalable

S'il incombe à l'entreprise de définir :

- les modes opératoires,
- la méthodologie de démolition,
- ainsi que les filières locales d'élimination et de valorisation ;

il appartient au maître d'ouvrage de faire définir :

- la nature,
- et la quantité des composants de l'ouvrage à démolir aussi précisément que possible.

À cet effet, il est prévu que le maître d'ouvrage réalisera ou fera réaliser un « diagnostic déchets » lors de la programmation de l'opération de l'ouvrage à démolir.

Ce diagnostic, qui ne préjuge en rien de la réalisation d'autres diagnostics prévus par la réglementation (concernant l'amiante par exemple), est destiné à fournir les quantités présentes de déchets par catégorie ou nature. Cette étude, qualitative et quantitative, fera partie intégrante du programme de l'opération arrêté par le maître de l'ouvrage.

En outre, chaque fois que c'est possible, il pourra être fourni, à titre d'information, des indications sur :

- les filières d'élimination locales correspondant aux déchets en présence,
- et les modes opératoires les plus adaptés pour augmenter la part de la valorisation dans l'élimination des déchets.

3. Le cas de la construction neuve : l'estimation préalable

Le cas de la construction neuve se différencie de celui de la démolition par plusieurs éléments :

- on peut réduire à la source la quantité et la nocivité des déchets produits lors des phases de mise en œuvre par le choix des techniques constructives retenues et par le soin apporté au stockage et à la manipulation des matériaux entrants (limitation de la casse) et à leur mise en œuvre (limitation des chutes) ;
- par nature, la décomposition en phases des différentes tâches et de l'intervention des différents corps d'état fait que les déchets produits n'ont pas vocation irrémédiable à être mélangés.

Ce « non-mélange » doit être encouragé, d'une part pour faciliter l'élimination des déchets dans les centres de stockage prévus par la réglementation, d'autre part pour ne pas amoindrir la qualité de ces déchets à la sortie du chantier qui détermine leur faculté à être recyclés.

Ainsi, la norme AFNOR, dans son édition 2000, et la recommandation T2-2000, prévoient que les entreprises, pour l'enlèvement et le transport des déchets de chantier sur les sites susceptibles de recevoir les déchets, seront rémunérées sur la base d'une estimation préalable qu'elles auront elles-mêmes établie.

4. Le cas des travaux sur existants

Les travaux sur existants ou de réhabilitation comprennent généralement une phase de dépose et/ou de démolition, plus ou moins importante, suivie d'une phase de mise en œuvre de matériaux neufs.

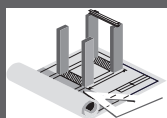
Pour la mise en œuvre des matériaux neufs, la norme et la recommandation fixent la même règle que pour le cas de construction neuve.

Pour les travaux de dépose et de démolition, la conduite à tenir dépendra de leur volume.

Si celui-ci est important, il sera souhaitable que le maître d'ouvrage réalise ou fasse réaliser un « diagnostic déchets » préalable, comme dans le cas de la démolition. Toutefois, en matière de réhabilitation, la création d'un lot spécifique « démolition » ne se justifiera pas toujours. Il conviendra alors que le diagnostic soit décomposé en corps d'état.

Si le volume de dépose et de démolition n'est pas important, le diagnostic préalable ne s'avérera pas nécessaire. Chaque corps d'état, comme pour la construction neuve, fournira une estimation préalable du coût de l'enlèvement et du transport des déchets sur les différents sites, en prenant en compte, non seulement les déchets provenant de la mise en œuvre des matériaux neufs, mais également de ceux provenant de la dépose.

Dans tous les cas, il importe que les documents graphiques et écrits fournis aux entreprises décrivent, de la manière la plus précise possible, les parties d'ouvrage à déposer et à réhabiliter.



La réception est la livraison de l'ouvrage, ou des ouvrages achevés, et leur acceptation par le client ; elle comporte des effets juridiques et financiers de la plus grande importance pour le maître d'ouvrage et l'entrepreneur.

1. Caractéristiques

C'est l'article 1792-6 du Code civil qui en fixe le cadre juridique, tant pour les marchés privés que pour les marchés publics. En marchés publics soumis au CCAG Travaux, elle se déroule selon les étapes minutieusement organisées par son article 41.1.

La réception est un acte par lequel le maître d'ouvrage prend livraison et accepte les travaux achevés.

Elle est unique et prononcée en une seule fois. (Le système de la double réception, réception provisoire et réception définitive un an après, n'est plus en vigueur.)

Elle est unilatérale, mais prononcée contradictoirement : c'est le maître d'ouvrage qui la prononce, seul mais en présence de l'entrepreneur ou, du moins, ce dernier dûment convoqué.

Elle intervient à la demande de la partie la plus diligente ; **la plupart du temps**, c'est **l'entrepreneur** qui aura intérêt à la demander... ne serait-ce que pour mettre un terme au délai d'exécution. En marchés publics, l'article 41.1 du CCAG Travaux prévoit que l'entrepreneur avise à la fois la personne responsable du marché et le maître d'œuvre, par écrit, de la date à laquelle il estime que les travaux ont été achevés ou le seront.

La réception peut être prononcée sans ou avec réserves si l'ouvrage est prêt à être utilisé ou occupé.

Elle peut porter sur la totalité des ouvrages ou une partie de ceux-ci. Dans ce cas, le marché doit contenir une clause en ce sens : réception par bâtiment, par tranche, par étage...

Dans le cas où les travaux sont exécutés par un sous-traitant, la réception des travaux sous-traités s'effectue dans les mêmes conditions (le sous-traitant étant dans la situation de l'entrepreneur et l'entrepreneur principal étant dans la situation du maître d'ouvrage).

Les contrats types de sous-traitance FFB-FNTP (SEBTP, 6-14, rue La Pérouse, 75784 Paris Cedex 16) prévoient que, sauf dérogation exceptionnelle envisagée aux conditions particulières, la réception des travaux est simultanée pour tous les corps d'état, et qu'elle coïncide avec la réception prononcée par le maître d'ouvrage.

À défaut de réception expresse, la réception intervient judiciairement.

Elle peut aussi, dans certaines circonstances, être tacite. La distinction entre réception judiciaire et réception tacite n'est pas évidente. Le juge peut en effet être amené à constater que le maître d'ouvrage a tacitement déjà accepté les travaux. Il est également susceptible de prononcer une réception à laquelle le maître d'ouvrage s'est abusivement opposé. Le terme de réception judiciaire devrait être réservé à cette seconde hypothèse, mais tel n'est pas toujours le cas.

2. Effets juridiques et financiers

2.1. Effets de la réception (au regard du droit des marchés)

La date d'effet de la réception, que la réception soit prononcée avec ou sans réserves :

- **arrête le cours du délai d'exécution** (et le cas échéant, la course des pénalités de retard) ;
- **couvre les vices**, malfaçons et défauts de conformité **apparents** et n'ayant pas fait l'objet de réserves ;
- **entraîne le transfert au maître d'ouvrage de la garde de l'ouvrage** et des risques qui y sont liés (le maître d'ouvrage prend alors la charge de la perte ou du dommage à l'ouvrage et l'entrepreneur est libéré de son obligation d'assurer la sécurité du chantier et des personnes qui s'y trouvent) ;
- **rend exigible le solde des travaux** par la présentation des mémoires définitifs ;
- **constitue le point de départ de la garantie légale de parfait achèvement** ;
- **constitue le point de départ** de la garantie de **bon fonctionnement** d'au moins deux ans ;
- **constitue le point de départ de la garantie décennale** ;
- **constitue le point de départ du délai de restitution de la retenue de garantie** ou de libération de la caution qui la remplace.

2.2. Effets de l'absence de réception (au regard de la responsabilité des constructeurs)

La réception marque (sauf pour les réserves) la fin des rapports contractuels entre maître d'ouvrage et constructeurs qui sont alors soumis à des garanties légales.

En l'absence de réception, **les garanties** – décennales, biennales ou de parfait achèvement – **ne peuvent être mises en œuvre**.

L'assurance obligatoire de responsabilité des constructeurs, qui ne couvre que les dommages de nature décennale, ne peut donc être mise en œuvre.

Seule peut alors jouer la responsabilité contractuelle de droit commun fondée sur l'article 1147 du Code civil. Les entrepreneurs sont, à ce titre, soumis à une obligation de résultat.

2.3. Effets de la réception assortie de réserves

2.3.1. Coexistence de la garantie de parfait achèvement et de la responsabilité contractuelle de droit commun sur les dommages réservés

Très longtemps, la réparation des dommages réservés n'était possible qu'au moyen de la garantie de parfait achèvement. L'existence de réserves à la réception imposait l'utilisation de la seule garantie de parfait achèvement de l'article 1792-6 alinéa 2, pour réparer les dommages ainsi réservés.

La jurisprudence a néanmoins évolué pour faire coexister la garantie de parfait achèvement et la responsabilité contractuelle de droit commun sur les dommages réservés. La Cour de cassation a en effet admis, par la suite, que les désordres réservés, et non réparés, relevaient de *la responsabilité contractuelle de droit commun de l'architecte et de l'entrepreneur qui, avant la levée des réserves, subsiste concurremment avec la garantie de parfait achèvement due par l'entrepreneur*.

La garantie de parfait achèvement est donc utilisable. Mais l'expiration de son délai de mise en œuvre n'emporte plus, en lui-même, décharge de la responsabilité de droit commun avant la levée des réserves.

La preuve de l'exécution des travaux nécessaires à la levée des réserves repose sur l'entrepreneur.

La garantie de l'article 1792-6 du Code civil, en revanche, a toujours été considérée comme compatible avec un maintien de la responsabilité de droit commun à l'égard des autres constructeurs, ainsi que pour la réparation des troubles de jouissance et autres chefs de préjudice non couverts par la garantie de parfait achèvement.

2.3.2. Possibilité d'utiliser les garanties décennale et biennale pour les désordres réservés s'aggravant par la suite

Le recours aux garanties décennales et biennales était, à l'origine, toujours exclu, même si les dommages réservés répondaient aux critères de ces garanties et même si les réserves n'étaient pas réparées au titre du parfait achèvement.

Une évolution jurisprudentielle s'est cependant produite. La Cour de cassation autorise en effet le maître d'ouvrage à demander à l'entrepreneur, sur le fondement de la garantie décennale, réparation des défauts qui, signalés à la réception, *ne se sont révélés qu'ensuite dans leur ampleur et leurs conséquences*.

2.3.3. Impossibilité d'utiliser les garanties décennale et biennale pour la réparation des autres désordres réservés

L'impossibilité d'utilisation des garanties décennales et biennales pour les dommages réservés demeure toutefois, sauf dans l'hypothèse mentionnée ci-dessus.

Elle interdit, corrélativement, l'utilisation de l'assurance de responsabilité obligatoire.

En revanche, l'assurance dommages peut couvrir les désordres réservés qui n'auraient pas été réparés dans le cadre de la garantie de parfait achèvement.

2.4. Effets de la réception sans réserves

2.4.1. À l'égard des désordres apparents

La réception sans réserves couvre les vices et les défauts de conformité apparents

L'article 1792-6 ne peut être utilisé, faute de réserves, et, les dommages apparents ne pouvant être dénoncés postérieurement, le recours aux articles 1792 et 1792-3 est tout aussi exclu.

Les dommages intermédiaires, relevant du droit commun, faute de porter atteinte à la destination ou à la solidité sont souvent, eux aussi, couverts par l'absence de réserves.

Tout dommage (ou toute différence par rapport aux stipulations contractuelles) apparent à la réception, doit donc être dénoncé à ce moment, faute de quoi il ne pourrait plus faire l'objet d'aucune réparation.

La troisième chambre civile tend toutefois à réduire l'impact, jugé trop brutal, de cette solution. Le maître d'ouvrage se voit ainsi reconnaître le droit d'agir en réparation de désordres apparents, non réservés, dans quatre hypothèses :

- lorsque l'absence de réserves est, de ses circonstances, ambiguë ;
- si le maître d'ouvrage n'a pas été informé, par le maître d'œuvre, des conséquences de l'absence de réserves ;
- si le maître n'assistait pas, lui-même, à la réception. Le caractère apparent ou caché d'un vice ou d'un défaut de conformité doit, en effet, s'apprécier au regard du maître de l'ouvrage lui-même et non du maître d'œuvre, fut-il mandaté pour procéder à la réception. En vertu de cette jurisprudence, contestable, il ne semble donc pouvoir y avoir de vices apparents opposables au maître que si celui-ci a participé lui-même à la réception, ce qui est un encouragement indirect à ce qu'il y soit absent ! Mieux vaudrait dire, pour parvenir au même résultat, que le professionnel chargé de diriger la construction et de conseiller le maître d'ouvrage lors de la réception, ne peut s'exonérer de sa responsabilité en cas d'absence fautive de réserves ;
- si le désordre apparent, non réservé, ne s'est révélé qu'ultérieurement dans son ampleur ou ses conséquences.

2.4.2. À l'égard de dommages non apparents

L'absence de réserves à la réception n'exclut pas la dénonciation postérieure des dommages et défauts de conformité non apparents.

La réception constituant le point de départ de toutes les garanties, le maître d'ouvrage aura donc le choix d'agir à leur encontre sur la base des articles 1792, 1792-3 ou 1792-6 s'il dénonce les dommages dans le délai d'un an.

Dans le cas contraire, si les désordres ne se manifestent que postérieurement à l'année suivant la réception, seules les garanties décennales et biennales sont utilisables pour les désordres répondant à leurs caractères, à l'exclusion de la responsabilité de droit commun.

3. Les étapes de la réception

3.1. Dans les marchés soumis à la norme NF P 03-001

3.1.1. La demande de réception

L'entrepreneur demande la réception par écrit au maître d'ouvrage et à l'architecte maître d'œuvre.

Cette demande est faite quand les travaux sont achevés ou s'ils sont sur le point de l'être.

À compter de la réception de cette demande, la visite de réception doit être fixée au plus tard dans les 20 jours et l'entrepreneur doit y être convoqué.

Dans ce cas, si l'entrepreneur n'assiste pas à la visite, son absence n'invalidera pas la réception.

En cas d'achèvement anticipé des travaux, le maître d'ouvrage et l'entrepreneur peuvent convenir d'avancer cette réception.

3.1.2. La visite de réception

Pendant la visite de réception, l'architecte maître d'œuvre conseille et assiste son client pour lui signaler telle ou telle malfaçon ou inexécution que seul un spécialiste peut déceler.

3.1.3. La décision du maître d'ouvrage privé

À l'issue de cette visite, le maître d'ouvrage prononce sa décision qui est soit :

- la réception **sans** réserves,
- la réception **avec** réserves,
- le **refus** de réception.

3.1.4. Le procès-verbal de réception

L'architecte maître d'œuvre prépare le procès-verbal de réception ou de refus de réception.

Ce procès-verbal doit préciser entre autres :

- les détails nécessaires à l'identification du marché,
- les parties contractantes,
- **la date d'achèvement des travaux valant date d'effet de la réception,**
- les nom et qualité des signataires,
- la décision prise, déclaration du maître d'ouvrage,
- les réserves éventuelles faites par le maître d'ouvrage,
- la date à laquelle ces réserves doivent être levées conformément au contrat ou à l'accord dégagé entre les parties.

Le procès-verbal de réception doit être signé par le maître d'ouvrage. La signature de l'entrepreneur n'est pas indispensable.

3.1.5. Inaction du maître d'ouvrage : réception sans réserves

Article 17.2.2.1.3 de la norme AFNOR, édition décembre 2000

Si le maître d'ouvrage ne fait pas connaître la date de la visite de réception dans les délais impartis, ou s'il ne se présente pas à celle-ci, ou ne s'y fait pas représenter, l'entrepreneur peut – une fois expiré le délai maximum de 20 jours suivant sa demande de réception –, le mettre en demeure par LRAR de fixer la date de visite de réception dans le même délai (maximum 20 jours).

Si le maître d'ouvrage ne fixe pas la date de visite (ou s'il ne se présente pas ou ne s'y fait pas représenter), l'entrepreneur fait constater par huissier de justice la carence du maître d'ouvrage et le lui fait signifier par exploit.

Le maître d'ouvrage dispose alors d'un délai de 30 jours (à compter de la date de cette signification) pour faire connaître dans les mêmes formes sa décision à l'entrepreneur.

À défaut, la réception est réputée acquise sans réserves. La date d'effet de la réception est celle à laquelle le maître d'ouvrage a reçu la mise en demeure (prévue au premier alinéa).

3.2. Dans les marchés publics soumis au CCAG travaux

3.2.1. Les opérations préalables à la réception : les OPR

La réception est l'acte par lequel la collectivité déclare accepter la prestation, objet du ou des marchés passés. La phase de réception est très détaillée par le CCAG Travaux dans ses articles 41 et suivants, et comporte différentes étapes

assorties d'un formalisme important, celui des opérations préalables à la réception ou OPR :

- l'initiative de la procédure d'OPR appartient à l'entreprise : l'entreprise avise le maître d'ouvrage et le maître d'œuvre par écrit de la date à laquelle elle estime que les travaux ont été ou seront achevés ;
- le maître d'œuvre convoque l'entreprise aux opérations préalables à la réception (OPR) ;
- le maître d'œuvre est tenu d'établir un procès-verbal sur le champ ;
- le maître d'ouvrage prend sa décision quant au prononcé de la réception.

Les participants

Le déroulement des OPR est marqué par le principe du contradictoire, ce qui suppose la présence de tous les intéressés à l'opération de construction. **Le maître d'œuvre** procède aux OPR dans le délai prévu, **l'autorité compétente de la collectivité**, avisée par le maître d'œuvre de la date des OPR, peut y assister ou s'y faire représenter, **l'entreprise** est naturellement convoquée, elle peut demander à ses sous-traitants d'y participer.

Objet des OPR

Après la demande écrite de réception faite par l'entrepreneur, le maître d'œuvre convoque l'entrepreneur (dans un délai de 20 jours) à une visite d'OPR. Cette visite comporte :

- la reconnaissance des ouvrages exécutés,
- la constatation éventuelle de l'inexécution des prestations,
- la constatation de malfaçons s'il y a lieu,
- la constatation du repli des installations de chantier,
- la constatation relative à l'achèvement des travaux.

Le procès-verbal de réception

Les OPR font l'objet d'un procès-verbal dressé sur-le-champ par le maître d'œuvre et signé par le maître d'œuvre et l'entrepreneur.

Ce procès-verbal contient :

- la signature du maître d'œuvre et de l'entreprise,
- mention de la présence du maître d'ouvrage ou de son représentant,
- mention de l'absence de l'entreprise, le cas échéant,
- mention des réserves s'il y a lieu.

Un compte-rendu de réception qui se borne à énoncer un certain nombre de réserves et qui n'a été signé par aucune partie ne saurait être considéré comme un procès-verbal tel qu'exigé par le CCAG Travaux (CE, 10 février 1990, commune de Languinic).

Délai

Dans les 5 jours suivant la date d'établissement du procès-verbal, le maître d'œuvre fait connaître à l'entreprise :

- s'il a ou non proposé au maître d'ouvrage de prononcer la réception ;
- **la date d'achèvement des travaux qu'il a proposé de retenir** ;
- les réserves éventuelles assortissant la réception ;
- les essais non effectués.

La décision du maître d'ouvrage

Seul le maître d'ouvrage a qualité pour prononcer la réception.

Au vu du procès-verbal d'OPR et des propositions du maître d'œuvre, le maître d'ouvrage a le choix entre trois décisions :

- prononcer la réception **sans** réserves ;
- prononcer la réception **avec** réserves ;
- **refuser** la réception.

Le maître d'ouvrage, s'il décide de prononcer la réception, fixe la date qu'il retient pour l'achèvement des travaux. Il dispose alors de **45 jours** suivant la date du procès-verbal de réception pour notifier à l'entrepreneur sa décision.

À défaut de notification dans ce délai, les propositions du maître d'œuvre sont considérées comme acceptées.

Rappel

- Seul le maître d'ouvrage a qualité pour prononcer la réception, l'architecte étant sur ce point incompetent (CE, ass. 20 juillet 1968, Cottages de Clayes).
- En revanche, le maître d'ouvrage va s'appuyer sur l'architecte pour prendre sa décision. L'architecte est, au stade de la réception, soumis à une obligation de conseil très importante. Ainsi, en s'abstenant fautivement d'inviter le maître d'ouvrage à ne pas prononcer la réception le maître d'œuvre engage non seulement sa responsabilité contractuelle mais également sa responsabilité décennale (CE, 7 octobre 1998, ministre de l'Équipement c/ commune de Demandoix).

3.2.2. Le cas particulier de la réception partielle

Deux situations peuvent aboutir à une réception partielle, selon le CCAG Travaux :

- **Stipulation explicite du marché.** La réception partielle peut intervenir lorsque le marché a prévu pour une tranche de travaux, un ouvrage ou une partie d'ouvrage, un délai d'exécution distinct du délai global d'exécution de l'ensemble des travaux. Les modalités de la réception partielle sont alors les mêmes qu'une réception expresse globale (art. 41 du CCAG).

Prise de possession. La réception partielle peut également intervenir si le maître d'ouvrage décide de prendre possession, avant l'achèvement des travaux, de certains ouvrages ou parties d'ouvrage. Dans ce cas, les conditions de prise de possession ont été le plus souvent prévues par le CCAP, ou le sont par le maître d'ouvrage en cours d'opération. **Figure nécessairement au titre des conditions, l'établissement d'un état des lieux contradictoire** (art. 42.2 du CCAG).

Dans tous les cas, une réception partielle n'est envisageable que lorsqu'elle porte sur une partie dissociable de l'ouvrage (*a contrario* CCA Bordeaux, 27 décembre 1990, sté Smac Aciéroid). En aucun cas une réception partielle ne peut être envisagée lot par lot.

La réception partielle, lorsqu'elle est prononcée, va avoir plusieurs effets. C'est le point de départ du délai de garantie contractuelle. C'est également le point de départ des responsabilités. Mais la réception partielle n'a **pas d'incidence sur le décompte général**, qui est unique pour l'ensemble des travaux. La réception partielle n'a **pas non plus d'effet sur la libération des sûretés** (retenue de garantie, caution, garantie à première demande) qui ne seront libérées que dans l'année qui suit la dernière réception (art. 42.1 à 42.5 du CCAG Travaux).

3.2.3. Le cas particulier de la mise à disposition

La mise à disposition ne doit pas être confondue avec la prise de possession évoquée précédemment.

Le CCAG Travaux permet d'organiser une " mise à disposition ", dans son article 43, qui se distingue d'une réception partielle et d'une prise de possession.

Il s'agit d'une possibilité offerte au maître d'ouvrage qui peut demander à l'entreprise, et alors même que les travaux ne seraient pas achevés, de lui mettre à disposition certains ouvrages ou parties d'ouvrage, notamment lorsque cela est nécessaire pour faire effectuer des travaux sur l'ouvrage par une autre entreprise.

Obligation de deux états contradictoires. Toute mise à disposition nécessite d'établir avec l'entreprise concernée un état contradictoire de l'ouvrage.

Un état contradictoire doit impérativement être effectué **avant** la mise à disposition et l'intervention d'une entreprise tierce, **et après** intervention de l'entreprise tierce. Ces deux états sont indispensables car ils permettront de déterminer les parts de responsabilité le cas échéant en cas de désordre à l'ouvrage, et à l'occasion de la réception de l'ouvrage, si le maître d'ouvrage décidait de réceptionner avec réserves.

Pendant cette période, l'entreprise a le droit de suivre les travaux non compris dans son marché et qui intéressent les ouvrages ou parties d'ouvrage qu'elle a réalisés et qu'elle a ainsi mis à disposition du maître d'ouvrage.

L'entreprise peut à ce titre formuler des réserves si elle estime que les caractéristiques de l'ouvrage ne permettent pas ces travaux, ou que lesdits travaux ris-

quent de les détériorer. Ces réserves doivent être motivées et adressées par écrit au maître d'œuvre.

4. Le refus de réception

Le maître d'ouvrage est en droit de refuser la réception en raison de :

- l'inachèvement des travaux,
- leur non-conformité aux dispositions du contrat.

Un refus ne peut être justifié que par un inachèvement des travaux, ou de très graves malfaçons équivalant à un inachèvement et rendant l'ouvrage inhabitable ou inutilisable.

Le refus doit être motivé par écrit dans le procès-verbal.

Le refus injustifié de réception doit conduire l'entrepreneur à envisager une réception prononcée judiciairement. Dans ce cas, le juge se substitue au maître d'ouvrage défaillant et la prononce à sa place, le cas échéant avec réserves, et ce à la date d'achèvement des travaux.

Seul le juge du fond est compétent en la matière ; le recours au référé n'est pas admis. Le magistrat, si l'entrepreneur apporte la preuve que l'ouvrage était effectivement en état d'être reçu, prononce lui-même la réception des travaux, éventuellement assortie de réserves, à une date qu'il fixe (souvent la date à partir de laquelle l'immeuble était devenu habitable).

5. Les réserves à la réception

5.1. Remédier aux réserves dans le délai contractuel

Suite au procès-verbal de réception, et en cas de réserves émises, l'entrepreneur doit remédier aux réserves formulées, dans le délai convenu, sous peine de sanctions graves :

- l'exécution aux frais et risques de l'entrepreneur défaillant des travaux concernés,
- après mise en demeure restée infructueuse.

Si le délai de reprise n'a pas été convenu contractuellement, il est de 60 jours à compter de la réception du procès-verbal dans les marchés privés soumis à la norme AFNOR NF P 03-001 (art. 17.2.5.2, édition de décembre 2000), et de 9 mois maximum dans les marchés publics soumis au CCAG Travaux de 1976. Le délai imparti à l'entrepreneur doit être court pour éviter que les dégradations ultérieures lui soient imputées.

La norme NF P 03-001 est plus précise. Dans son article 17.2.5, elle dispose que l'entrepreneur, immédiatement après leur achèvement, doit par LRAR demander la levée des réserves.

À défaut d'accord dans un délai de trente jours, le litige serait soumis à l'arbitre ou au juge compétent.

Dès lors que les cocontractants ont fait de la norme NF P 03-001 une pièce constitutive de leur marché, ils doivent suivre cette procédure.

Selon la jurisprudence, la procédure de levée de réserves n'a pas à être contradictoire, dès lors que la procédure de réception au cours de laquelle les réserves ont été formulées l'a été (CAA Nantes, 26 septembre 1991, ministère de l'Équipement c/ SA Joseph Paris). Autrement dit, l'entreprise n'a pas à être obligatoirement présente pour la réunion de levée de réserves qui peut se faire en la seule présence du maître d'œuvre et du maître d'ouvrage.

6. Conditions de la réception tacite

6.1. Dans les marchés publics

6.1.1. Conditions

L'article 1792-6 du Code civil, issu de la loi du 4 janvier 1978 sur l'assurance construction, a consacré la réception expresse avec procès-verbal comme le mode normal de réception.

Cependant, la réception tacite par simple prise de possession par le maître d'ouvrage n'est pas exclue par la jurisprudence.

Cette situation de fait exige cependant quelques conditions pour démontrer la « *volonté non équivoque du maître d'ouvrage de recevoir les travaux* » et notamment :

- une prise de possession du maître de l'ouvrage ;
- sans formuler de réserve à l'achèvement ;
- la réception tacite ne peut marquer le point de départ du délai décennal que si elle est antérieure à la réception expresse de l'ouvrage ;
- la réception tacite ne doit pas avoir été écartée par les dispositions contractuelles ;
- au moment de la prise de possession, les travaux doivent être achevés et en état d'être reçus ;
- le maître d'ouvrage doit avoir réglé le solde du marché et restitué la retenue de garantie.

6.1.2. Date d'effet

Le point de départ de la date d'effet de la réception est la date à laquelle l'ouvrage est effectivement mis en service. Il en va ainsi de l'ouverture à la cir-

culution d'un pont, de l'occupation de logements, de la mise en service d'une ligne de tramway... (CE, 7 février 1990, sté Entreprise Sorel Chamoux).

Ainsi, la réception tacite résulte de comportements de fait suffisamment caractérisés pour produire des effets de droit, alors même que les clauses du marché prévoient une réception expresse.

L'ouvrage doit ainsi avoir fait l'objet d'une prise de possession effective, ce que le juge apprécie souverainement (CE, 17 mars 1999, sté d'équipement de Toulouse Midi-Pyrénées). Le juge, alors même que le maître d'ouvrage a pris possession d'un ouvrage, décide que, compte tenu de l'importance des désordres constatés à cette date et des travaux nécessaires pour la reprise des malfaçons, le maître d'ouvrage n'a pas eu l'intention de procéder à la réception tacite (CAA Nantes, 2 décembre 1998, ville de Cabourg).

En aucun cas il n'y a de réception tacite dès lors qu'aucune demande n'a été formulée dans ce sens par l'entreprise, et alors même que le maître d'ouvrage a pris possession de l'ouvrage (CE, 3 mai 1989, président du Sénat).

Le maître d'ouvrage est engagé et la réception considérée comme prononcée dès lors qu'au-delà du délai de 45 jours prévu par l'article 41.3 du CCAG Travaux, le maître d'ouvrage n'établit pas qu'il aurait expressément opposé un refus de signature sur le procès-verbal de réception (CAA Nancy, 4 juillet 1989, commune de Tournes).

6.2. Dans les marchés privés

L'article 1792-6 du Code civil, issu de la loi du 4 janvier 1978 sur l'assurance construction, a consacré la réception expresse avec procès-verbal comme le mode normal de réception.

Il n'a pas exclu cependant la réception tacite par simple prise de possession par le maître d'ouvrage.

– Si la réception peut être tacite, par simple prise de possession des lieux...

Dès lors qu'elle a constaté que le maître de l'ouvrage avait pris possession de l'ouvrage, qu'il n'avait pas formulé de réserve à l'achèvement, qu'il avait payé intégralement le prix, y compris la retenue légale de garantie, la cour d'appel aurait dû admettre la réception tacite (Cass. 3^e civ., 28 mars 2001, sté Winterthur c/ Chaisemarti, n° 435 FS-D).

La prise de possession, sans réserves, par un maître de l'ouvrage, également maître d'œuvre, qui a procédé à la déclaration d'achèvement et a livré les appartements alors qu'aucune discussion n'existe sur le règlement effectif du marché, caractérise la réception tacite (Cass. 3^e chambre civile, 14 mars 2001, MAAF c/ GAN Assurances et autres, n° 387 FS-D).

– ... la jurisprudence exige que soit démontrée "la volonté non équivoque du maître d'ouvrage de recevoir l'ouvrage".

Elle exige donc :

- **un achèvement de l'ouvrage** (Cass. 3^e civ., 22 mai 1997, GP 1998 Panor, Cour de cassation, p. 4),
- **une acceptation par le maître d'ouvrage, en dehors de toute contrainte économique ou familiale** (Cass. 1^{re} civ., 5 décembre 2000, n° 185 FS-D) ;
- la remise de nombreux documents ou **éléments de preuve établissant la prise de possession** : abonnements aux services publics, témoignages de voisins, etc.

Il y aura lieu parfois de s'engager, dans une instance judiciaire alors que de nombreuses années seront passées, aussi il sera souvent préférable de veiller, dans tous les cas, à obtenir dans les meilleurs délais une réception expresse :

- soit à l'amiable, soit judiciairement ;
- même si le maître d'ouvrage souhaite occuper les lieux totalement ou partiellement.

7. Les caractéristiques de la garantie de parfait achèvement

La durée de la garantie de parfait achèvement est d'un an à compter de la date d'effet de la réception.

Cette garantie légale permet au maître d'ouvrage d'obtenir la réparation de deux sortes de désordres :

- ceux ayant fait l'objet de réserves à la réception,
- ceux qui se sont révélés après la réception et que le maître d'ouvrage a signalés par écrit à l'entrepreneur pendant ce délai d'un an.

Mais la garantie de parfait achèvement ne couvre pas les désordres résultant du fait ou de la faute du maître d'ouvrage (défaut d'entretien, utilisation anormale, etc.).

En cas d'inexécution de la part de l'entrepreneur,

- le maître d'ouvrage peut faire exécuter ces travaux de parfait achèvement ;
- aux frais et risques de l'entrepreneur défaillant ;
- après mise en demeure de l'entrepreneur restée infructueuse.

8. En résumé

Il est donc préférable de :

- toujours demander la réception ;
- toujours obtenir un procès-verbal signé et daté ;
- faire signer le procès-verbal par le maître d'ouvrage ;

– vérifier que le procès-verbal comporte une date d'effet de la réception.

Réceptionner les travaux n'exige pas forcément que l'ouvrage soit parfaitement achevé. En effet, de menues finitions ou même des imperfections ne sont pas un obstacle à la réception, qui en ce cas, est prononcée avec réserves.

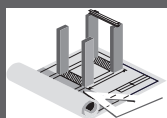
La demande de réception et la demande de paiement du solde sont deux opérations différentes.

La réception constate que les ouvrages ont été bien exécutés.

Le décompte général arrête le montant total que l'entrepreneur estime lui être dû à ce titre.

Il peut arriver qu'il y ait accord sur la qualité des travaux et désaccord sur leur montant. Aussi le maître d'ouvrage ne doit-il pas prendre pour prétexte le désaccord sur le montant des travaux pour ne pas les réceptionner.

Attention, enfin, à toujours obtenir un procès-verbal de levée des réserves.



Ce chapitre sera consacré au règlement des marchés publics soumis au CMP et au CCAG Travaux 1976 (12.1), aux délais de paiement désormais encadrés dans les contrats privés (12.2) et au prix et à son règlement dans les marchés privés soumis à la norme AFNOR NF P 03-001 (12.3). Il traitera également de la question de l'exemplaire unique et des cessions de créances dans les marchés publics (12.1.2).

1. **Le règlement des marchés publics soumis au CMP et au CCAG Travaux 1976**

Rappel : le CCAG (cahier des clauses administratives générales) Travaux 1976 s'applique lorsqu'il est prévu comme pièce contractuelle dans le marché.

1.1. **Le respect des règles de la dépense publique et du financement préalable**

Les marchés publics sont soumis aux règles de la dépense publique et doivent être financés avant que les entreprises soient mises en concurrence.

1.1.1. **Les marchés publics sont soumis aux règles de la dépense publique**

Le principe de séparation de l'ordonnateur et du comptable public interdit aux élus et aux agents publics de manipuler des fonds. Les fonds ne peuvent, en effet, être versés aux entreprises que par le comptable.

Les ordonnateurs sont :

- le maire, le président du conseil général ou régional...
- les ministres, les préfets, les directeurs départementaux...

Les comptables sont :

- les trésoriers payeurs généraux, les agents comptables des établissements publics...
- les comptables des régions et départements, les receveurs...

Le principe d'autorisation budgétaire prescrit que toute dépense publique doit être préalablement adoptée dans le budget de la collectivité.

Quatre phases essentielles doivent être respectées

L'engagement par lequel l'administration crée à son encontre une obligation, celle de payer ultérieurement le titulaire du marché. Pour cela, elle bloque dans son budget les crédits correspondant au montant du marché.

La liquidation qui permet de s'assurer que les prestations commandées ont été réalisées et que la facture de l'entreprise ne comporte pas d'erreur.

Le mandatement qui est l'ordre donné au comptable de payer l'entreprise.

Le paiement qui est l'émission du titre de versement des fonds au bénéfice de l'entreprise.

Les responsabilités de l'ordonnateur et du comptable ne sont pas les mêmes.

L'ordonnateur est chargé d'engager, de liquider et de mandater les sommes dues aux entreprises.

Le comptable assure le paiement de l'entreprise sur ordre de l'ordonnateur. Il est responsable sur ses biens personnels des erreurs qu'il commet. Ses comptes sont régulièrement contrôlés par les chambres régionales et la Cour des comptes.

Ainsi, l'ordonnateur décide de l'opportunité de réaliser une prestation ou une opération et le comptable veille à sa régularité. En cas de dépense irrégulière ou de défaut de pièces justificatives, le comptable est amené à rejeter la demande de paiement de l'entreprise.

1.1.2. Les maîtres d'ouvrages publics doivent savoir comment ils financeront leur marché avant de mettre les entreprises en concurrence

Le financement peut être assuré par les ressources propres de la collectivité.

Il faudra alors s'assurer que le budget permet d'autofinancer la prestation.

Le financement peut dépendre de l'attribution de subventions.

Il faudra vérifier le calendrier de mise à disposition des fonds et la nature des crédits.

Le financement peut provenir d'un emprunt réalisé auprès d'un établissement financier.

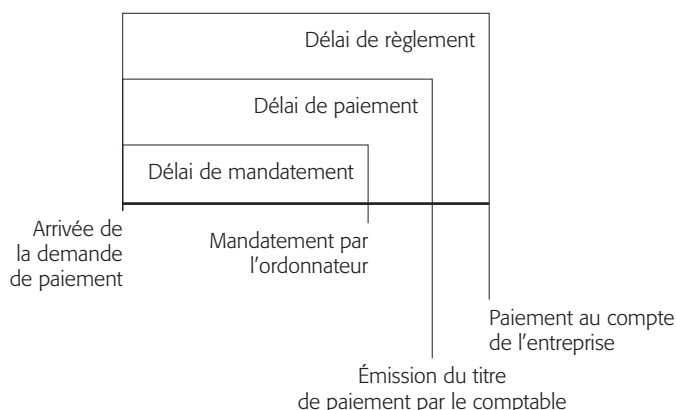
Il faudra être certain de la réalisation de l'emprunt et des conditions de mise à disposition des fonds.

1.2. Le délai de paiement des entreprises

Classiquement, on distingue le délai de mandatement, le délai de paiement et le délai de règlement.

Le délai de mandatement

C'est le délai qui sépare l'arrivée de la demande de paiement par lettre recommandée avec accusé de réception de la date à laquelle l'ordonnateur établit le mandat.



Jusqu'à l'entrée en vigueur, le 9 septembre 2001, du décret du 7 mars 2001 portant réforme du précédent Code des marchés publics, seul le délai de mandatement était réglementé et sanctionné en marchés publics.

Absence de délai de paiement

Aucun délai de paiement ne figurait dans le Code jusqu'à cette date, l'obstacle avancé par l'Administration étant celui des difficultés internes d'organisation qu'elle rencontre au travers des relations entre ordonnateurs et comptables. Or, chacun en a bien conscience : ce qui importe pour l'entrepreneur, ce n'est pas le mandatement mais le virement effectif des sommes dues sur le compte bancaire de l'entreprise indiqué dans l'acte d'engagement. Plus exactement, ce que les entrepreneurs souhaitent, c'est à la fois être payés plus rapidement et être certains d'être effectivement payés dans un délai déterminé.

1.2.1. Le délai de paiement depuis 2001

1. Délai global de paiement imposé par le droit communautaire et le Parlement français

Selon la directive CE n° 2000-35 du 29 juin 2000 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, publiée au JOCE du 8 août 2000, les États membres devaient veiller à introduire dans leur législation, avant le 8 août 2002, des dispositions visant, soit à ce que des intérêts soient exigibles le jour suivant la fin du « délai de paiement » fixé dans le contrat, soit, si cette date n'est pas fixée dans le contrat, à ce que des intérêts soient automatiquement exigibles trente jours après la date de réception, par le débiteur, de la facture.

Cette directive est transposée à l'article 98 du Code qui dispose que *Le délai global de paiement d'un marché public ne peut excéder 45 jours. Toutefois, pour les établissements publics de santé et les établissements du service de santé des armées, cette limite est de 50 jours.*

Le dépassement du délai de paiement ouvre de plein droit et sans autre formalité, pour le titulaire du marché ou le sous-traitant, le bénéfice d'intérêts moratoires, à compter du jour suivant l'expiration du délai.

Un décret précise les modalités d'application du présent article.

Il s'agit du décret n° 2002-232 du 21 février 2002 fixant les règles de mise en œuvre du délai de paiement dans les marchés publics.

2. La mise en œuvre du délai global maximum de paiement dans les marchés publics (décret n° 2002-232 du 21 février 2002)

Le décret d'application reprend en les adaptant au délai global de paiement les modalités juridiques applicables au délai de mandatement qui ont disparu du Code des marchés publics. Il organise le délai global de paiement dans le cadre administratif français de séparation de l'ordonnateur et du comptable.

3. La mesure du délai global et sa détermination

a. Mesure du délai global maximum : point de départ et point d'arrivée

Le **point de départ** du délai global de **paiement des acomptes** est la **date de réception** de la **demande de paiement** par les services de la personne publique contractante ou, si le marché le prévoit, par le maître d'œuvre (ce qui est le cas lorsque le CCAG Travaux 76 est contractuel) ou tout autre prestataire prévu à cet effet (art. 1^{er} – I, premier alinéa du décret). Toutefois, le point de départ du délai global de paiement est la date d'exécution des prestations lorsqu'elle est postérieure à la date de réception de la demande de paiement. En effet, le délai global ne saurait commencer à courir tant que l'acheteur public n'a contracté aucune obligation de régler l'entreprise. Il en est ainsi, par exemple, lorsque la facture parvient à l'organisme public acheteur avant réalisation des prestations commandées. Dans un tel cas, c'est la date du service fait, admise par l'ordonnateur, qui fait courir le délai et non la date de réception de la facture.

La date de réception de la demande de paiement et la date d'exécution des prestations sont constatées par l'ordonnateur. **À défaut, c'est la date de la demande de paiement augmentée de deux jours qui fait foi.** En cas de litige, il appartient au titulaire de la commande d'administrer la preuve de cette date (art. 1^{er} – I, dernier alinéa).

Le **point de départ** du délai global de **paiement du solde** du marché de travaux est la date d'acceptation du décompte général définitif.

Le **délai global maximum de paiement expire** à la date du règlement par le comptable public (au sens de l'article 15 du décret n° 65-97 du 4 février 1965), c'est-à-dire à la date à laquelle il effectue les formalités nécessaires pour permettre le virement par la Banque de France. Il ne s'agit pas de la date de virement de la somme sur le compte de l'entreprise. Les délais bancaires sont donc

exclus du délai global maximum de paiement (qui contient par ailleurs le délai du maître d'œuvre).

Le délai global de paiement du sous-traitant bénéficiant du paiement direct est identique à celui prévu au marché pour le paiement du titulaire. Il court à **partir de la réception** par la personne publique contractante, ou, si le marché le prévoit, par le maître d'œuvre ou tout autre prestataire habilité à cet effet, **de la demande de paiement** du sous-traitant, telle que transmise par le titulaire du marché.

Dans le cas où l'entrepreneur principal ne donne pas suite à cette demande ou n'apporte pas la preuve d'un refus motivé au sous-traitant dans un délai de 15 jours suivant la réception de la demande, l'article 116 du Code des marchés publics s'applique : **le sous-traitant transmet lui-même sa demande de paiement** à la personne désignée au marché par lettre recommandée avec avis de réception postal ou la remet contre un récépissé. **Le délai global de paiement commence à courir à la date de réception de cette demande** (art. 4).

b. Suspension du délai global

Le délai global peut être suspendu une fois par l'ordonnateur

Le délai global de paiement ne peut être suspendu qu'une seule fois par l'ordonnateur avant l'ordonnancement ou le mandatement. Cette suspension fait l'objet d'une notification au titulaire par tout moyen permettant d'attester une date certaine de réception. Cette notification précise les raisons qui, imputables au titulaire, s'opposent au paiement ainsi que les pièces à fournir ou à compléter.

Le délai global de paiement est alors suspendu jusqu'à la remise par le titulaire de la totalité des justifications qui lui ont été réclamées.

À compter de la réception des justifications demandées, un nouveau délai global est ouvert. Il est de 30 jours, ou égal au solde restant à courir à la date de la suspension si ce solde est supérieur à 30 jours.

Il s'agit là de l'adaptation d'une disposition relative au délai de mandatement. En effet, au cas où, par exemple, l'entreprise n'aurait pas adressé à l'ordonnateur tous les justificatifs nécessaires à l'ordonnateur pour qu'il procède au mandatement, le délai doit être suspendu. L'entreprise est alors responsable de l'incapacité pour l'acheteur public de la régler et ne saurait évidemment prétendre à des intérêts moratoires. La computation du délai reprend dès que l'ordonnateur a reçu l'ensemble des justificatifs demandés.

Le délai d'intervention du maître d'œuvre fait partie du délai global maximum de paiement

Si l'acheteur public recourt à un maître d'œuvre (ou à tout autre prestataire dont l'intervention conditionne la liquidation et l'ordonnancement ou le mandatement des sommes dues), le délai d'intervention du maître d'œuvre (ou du prestataire) fait partie du délai global de paiement.

Le contrat conclu avec un maître d'œuvre (ou tout autre prestataire) indique le délai maximum dans lequel celui-ci doit effectuer ses interventions. Ce délai ne peut excéder 15 jours.

Le maître d'œuvre est tenu de faire figurer, dans l'état qu'il transmet à la personne publique contractante en vue du règlement, la date de réception ou de remise de la demande de paiement de l'entreprise.

Le contrat précise les pénalités encourues du fait de l'inobservation de ce délai (art. 3 du décret n° 2002-232 du 21 février 2002).

4. Modalités de calcul et de versement des intérêts moratoires en cas de dépassement du délai

a. Modalités de calcul (art. 5 du décret n° 2002-232 du 21 février 2002)

Le décret donne les indications nécessaires au calcul des intérêts moratoires : durée, assiette, taux, pénalisation si l'ordonnateur ne les mandate pas d'emblée.

Le défaut de paiement dans les délais fait courir des intérêts moratoires :

- de **plein droit et sans autre formalité** ;
- au **bénéfice du titulaire** du marché ou du sous-traitant **payé directement** ;
- à partir du jour suivant l'expiration du délai de paiement ;
- jusqu'à la date de mise en paiement du principal incluse ;
- ils sont **calculés sur le montant TTC du principal** ;
- ils ne sont **pas assujettis à la TVA**.

Si le taux des intérêts moratoires est fixé ou référencé **dans le marché**, il doit être le **taux de l'intérêt légal** en vigueur à la date à laquelle les intérêts moratoires ont commencé à courir, **augmenté de deux points**. En 2007, le taux de l'intérêt légal est fixé à 2,95 %.

Si le taux des intérêts moratoires n'est pas mentionné dans le marché, le taux applicable est un taux variable de la Banque centrale européenne (BCE) **majoré de 7 points**. Ce taux était en janvier 2007 de 3,55 %, (cf. site Internet de la BCE : www.ecb.int/).

Les intérêts moratoires dans les marchés passés selon une procédure adaptée. Le taux des intérêts moratoires des marchés passés selon une procédure adaptée est, dans tous les cas, le taux de l'intérêt légal en vigueur à la date à laquelle les intérêts moratoires ont commencé à courir, augmenté de deux points.

Des intérêts moratoires complémentaires. Lorsque les intérêts moratoires ne sont pas payés en même temps que le principal, des intérêts moratoires complémentaires sont dus à partir d'un retard de paiement des intérêts de 30 jours. Leur taux est le taux des intérêts moratoires d'origine augmenté de deux points.

En cas de désaccord sur le montant d'un acompte ou du solde, le mandatement est effectué sur la base provisoire des sommes admises par la personne publique contractante. Lorsque les sommes ainsi payées sont inférieures à celles qui sont dues au titulaire, celui-ci a droit à des intérêts moratoires calculés sur la différence.

Le taux de l'intérêt légal est fixé annuellement par décret pour la durée de l'année civile. Il s'élève à **2,95 % en 2007**, à 2,11 % en 2006, 2,05 % en 2005,

2,27 % en 2004, 3,29 % en 2003, 4,26 % en 2002, 4,26 % en 2001 et 2,74 % en 2000.

b. Versement

Les **intérêts moratoires** sont payés par l'acheteur public, quel que soit le responsable du retard de paiement. Les collectivités territoriales sont **remboursées par l'État de la part des intérêts versés imputable au comptable public**.

Lorsque le dépassement de délai n'est pas imputable à la personne publique contractante ou au comptable de l'État, aucun intérêt moratoire n'est exigible.

En cas de retard de paiement par l'administration, les intérêts moratoires sont dus de manière automatique, même en l'absence de demande préalable du cocontractant (CE, 29 mai 1991, établissement public d'aménagement de la ville nouvelle de Saint-Quentin-en-Yvelines).

La renonciation par le cocontractant de l'administration aux intérêts moratoires qui lui sont dus en raison de retard dans le règlement de marchés publics est soumise à une interdiction absolue, indifféremment de sa forme ou du stade de la procédure auquel elle intervient. Toute délibération de l'organe délibérant qui autoriserait une telle transaction serait donc illégale (CE, 17 octobre 2003, ministre de l'Intérieur).

1.3 L'avance et les acomptes

1.3.1. L'avance (art. 87 et 115 du CMP)

Elle est de 5 % du montant TTC des prestations à exécuter au cours des douze premiers mois du marché.

Le marché peut prévoir que l'avance versée au titulaire du marché dépasse les 5 % mais, en tout état de cause, l'avance ne peut excéder 30 %.

Si la durée du marché est supérieure à douze mois, l'avance est égale à 5 % d'une somme égale à douze fois le montant mentionné ci-dessus divisé par cette durée exprimée en mois.

Elle est obligatoire pour tous les marchés supérieurs à 50 000 € HT et dans la mesure où le délai d'exécution est supérieur à deux mois.

Cette avance n'est due au titulaire du marché que sur la part du marché qui ne fait pas l'objet de sous-traitance.

L'entreprise peut refuser le versement d'une avance.

Elle ne peut être ni révisée ni actualisée.

Le marché peut prévoir le versement d'une avance dans les cas où elle n'est pas obligatoire.

Le remboursement de l'avance forfaitaire est effectué par précompte sur les sommes dues ultérieurement au titulaire. Il commence lorsque le montant des

prestations exécutées au titre du marché atteint ou dépasse 65 % du montant initial du marché et est terminé lorsque ce taux atteint 80 %.

Les collectivités territoriales peuvent demander la constitution d'une garantie à première demande ou, si les deux parties en sont d'accord, d'une caution personnelle et solidaire pour tout ou partie de l'avance forfaitaire lorsque le montant de l'avance est inférieur ou égal à 30 % du montant du marché.

L'obtention d'avances et d'acomptes constitue un droit pour le cocontractant

Dès lors, le retard imputable au pouvoir adjudicateur dans leur versement, résultant d'une approbation du marché postérieure au début des travaux prévus, est constitutif d'un préjudice justifiant l'octroi d'une indemnité au cocontractant correspondant aux intérêts qu'il a effectivement payés à des banques en raison de l'emprunt de sommes dont il a été privé du fait de l'absence d'avances ou d'acomptes (CE, 17 novembre 1982, commune de Font-Romeu).

1.3.2. Les acomptes (art. 91 du CMP)

La périodicité du versement des acomptes est fixée à 3 mois maximum. Ce maximum est ramené à un mois lorsque le titulaire du marché est une PME ou une SCOP (art. 48 du CMP). Les acomptes sont généralement mensuels.

On entend par « petites et moyennes entreprises » les entreprises dont l'effectif ne dépasse pas 250 employés et dont le chiffre d'affaires ne dépasse pas en moyenne sur les trois dernières années 40 000 000 €. Ne sont pas considérées comme des petites et moyennes entreprises les entreprises dont le capital social est détenu à hauteur de plus de 33 % par une entreprise n'ayant pas le caractère d'une petite et moyenne entreprise.

Le montant d'un acompte ne doit pas excéder celui des prestations correspondantes effectivement réalisées au titre du marché.

L'acompte ne présente pas un caractère définitif, le titulaire en reste débiteur jusqu'au règlement final du marché (art. 91 du CMP).

La demande de paiement (projet de décompte mensuel) est présentée chaque mois au maître d'œuvre de l'opération pour les travaux effectués le mois précédent.

Son montant est établi en prix de base (mois d'établissement des prix) et, en principe, sans l'effet de l'actualisation ou de la révision et hors taxes, mais le titulaire du marché doit joindre tous les éléments permettant le calcul de la variation du prix.

Si le maître d'œuvre modifie la demande d'acompte et applique une réfaction, il doit en faire part immédiatement à l'entreprise par ordre de service.

Les entreprises doivent toujours adresser les projets de décompte en recommandé avec AR, ou les remettre contre récépissé au maître d'œuvre.

Depuis mars 2002 (juillet 2002 pour les établissements publics de santé), le maître d'ouvrage doit mettre en place un système permettant de constater la date de réception de la demande de paiement. À défaut, le point de départ du délai de règlement est la date de la facture augmentée de deux jours.

L'obtention d'avances et d'acomptes constitue un droit pour le cocontractant

Dès lors, le retard, imputable au pouvoir adjudicateur dans leur versement, résultant d'une approbation du marché postérieure au début des travaux prévus, est constitutif d'un préjudice justifiant l'octroi d'une indemnité au cocontractant correspondant aux intérêts qu'il a effectivement payés à des banques en raison de l'emprunt de sommes dont il a été privé du fait de l'absence d'avances ou d'acomptes (CE, 17 novembre 1982, commune de Font-Romeu).

L'annexe I, visée par l'article D 1617-19 du Code général des collectivités territoriales portant liste des pièces justificatives des paiements des collectivités et établissements publics locaux, énonce à la rubrique 41224 **la liste des pièces justificatives à produire dans le cadre du versement d'acomptes. Cette liste a été publiée par décret (n° 2003-301 du 2 avril 2003)** sous l'empire du Code des marchés publics 2001. La mise en œuvre du Code des marchés publics 2006 nécessite une actualisation de ce décret relatif aux pièces justificatives.

1.4. Paiement du solde du marché : établissement du projet de décompte final et contestation du décompte général

Le solde du marché intervient à l'issue de la procédure de réception des travaux.

Le solde délie les parties contractantes.

En marchés publics, le CCAG Travaux de 1976 (qui s'applique lorsqu'il est prévu comme pièce contractuelle au marché) prévoit des procédures bien précises qu'il convient de suivre pour ne pas encourir la forclusion et voir ses demandes rejetées, éventuellement devant le tribunal administratif.

Toutefois, ce que couramment les maîtres d'ouvrage, maîtres d'œuvre et entrepreneurs appellent « situations de travaux » ou « DGD » correspond en droit à des phases successives permettant d'établir les droits à paiement de l'entrepreneur :

Le projet de décompte final est le projet de décompte remis par l'entrepreneur au maître d'œuvre après l'achèvement des travaux établissant le montant HT des sommes auxquelles il peut prétendre du fait de l'exécution de son marché.

Le décompte final est le décompte arrêté par le maître d'œuvre à partir du projet de décompte final éventuellement rectifié présenté par l'entrepreneur.

Le décompte général est le décompte signé par la personne responsable du marché et notifié sous forme d'un ordre de service à l'entrepreneur, lui indiquant le montant retenu pour solde de son marché

Le décompte général et définitif (DGD) est le décompte général accepté expressément ou tacitement par l'entrepreneur. Le montant du décompte général et définitif devient ainsi intangible.

1.5.1. Établissement du décompte général (voir schéma infra)

Délai de production du projet de décompte final

Dans un délai de 45 jours suivant la réception du procès-verbal de réception, l'entrepreneur doit établir et remettre au maître d'œuvre un projet de décompte final.

Ce délai est ramené à 15 jours, si le délai d'exécution du marché est inférieur à 3 mois.

La remise du projet du décompte final, comme celle des projets de décomptes mensuels, doit se faire au maître d'œuvre, soit contre récépissé, soit par lettre recommandée avec accusé de réception

Sanction en cas de retard dans la production du décompte final

L'inobservation de ce délai par l'entrepreneur a deux conséquences pour lui :

- d'une part, une pénalité de retard égale à 1/10 000 du montant du marché lui est appliquée par jour de retard ;
- d'autre part, si malgré une mise en demeure l'entrepreneur n'établit pas ce projet de décompte final, le maître d'œuvre peut l'établir d'office aux frais du titulaire du marché.

L'absence de mise en demeure empêche que le décompte dressé ensuite par le maître d'œuvre ait une quelconque conséquence juridique vis-à-vis de l'entrepreneur, c'est-à-dire que celui-ci ne peut être considéré comme ayant tacitement accepté ce décompte.

Contenu du projet de décompte final

Le projet de décompte final, établi à partir des prix de base, comporte le total des sommes auxquelles l'entrepreneur peut prétendre du fait de l'exécution du marché, réparties entre les mêmes rubriques que celles qui figurent dans les projets de décomptes mensuels. Le projet de décompte final comporte le total des sommes auxquelles l'entrepreneur peut prétendre du fait de l'exécution du marché.

Le projet de décompte final dressé par l'entrepreneur va le lier en ce qui concerne les indications qu'il contient relatives aux travaux exécutés et à l'application des prix.

Néanmoins l'entrepreneur pourra toujours invoquer les éléments impossibles à chiffrer :

- les points ayant fait l'objet de réserves de sa part ;
- la clause de révision de prix, si les indices ne sont pas connus ;
- ou les intérêts moratoires qui ne peuvent être arrêtés qu'une fois connue la date de paiement du solde.

En revanche, doivent être inscrits sur ce décompte final les intérêts moratoires sur acomptes si ces derniers ont été payés tardivement, ainsi que le coût des travaux supplémentaires. En effet, si les intérêts moratoires dus sur les acomptes mensuels ne sont pas notés dans le projet de décompte final, à condition que ces intérêts puissent être chiffrés, c'est-à-dire si le montant de l'acompte mensuel a bien été payé lors de l'établissement du projet de décompte final, seuls les intérêts moratoires sur le solde pourront être réclamés.

Dans un marché public, une entreprise demande le paiement du solde de son marché. Cependant elle n'avait pas remis préalablement son projet de décompte final, soutenant des difficultés rencontrées avec le maître d'œuvre pour l'établir. Les juges déclarent que la remise du projet de décompte final constitue néanmoins une obligation (CAA de Nancy, 7 décembre 2006).

Projet de décompte final et/ou projet de décompte mensuel

À la fin des travaux, l'entrepreneur a le choix pour les travaux exécutés au cours du dernier mois, soit d'établir un dernier projet de décompte mensuel, soit de rédiger uniquement le projet de décompte final sans présenter de dernier acompte mensuel.

N'établir qu'un seul décompte pourrait être considéré comme une simplification, mais en fait l'entrepreneur a intérêt à fournir un dernier décompte mensuel afin d'être réglé plus rapidement. En effet, le délai de paiement d'un acompte mensuel est souvent plus court que celui du solde.

À partir du projet de décompte final, le maître d'œuvre va établir le décompte général qui retrace l'intégralité des dettes et des créances des deux cocontractants, maître d'ouvrage et entrepreneur.

Notification du décompte général

À partir du décompte final le maître d'œuvre va établir le décompte général qui retrace l'intégralité des dettes et des créances des deux parties, maître d'ouvrage et entrepreneur.

Le décompte général est signé et notifié par la personne responsable du marché à l'entrepreneur par ordre de service.

Le délai de notification du décompte général est de 45 jours à partir de la remise du projet de décompte final par l'entrepreneur au maître d'œuvre.

Si cette notification par le maître d'ouvrage n'intervient pas dans le délai fixé par le CCAG, cela a pour seule conséquence de faire courir les intérêts moratoires à partir du dépassement du délai jusqu'à notification du décompte.

Le retard dans la notification du décompte n'entraîne ni nullité de ce décompte ni surtout acceptation tacite du décompte final proposé par l'entrepreneur (CE, 19 juin 1988, Bongiovanni – Lebon Tables ou CE, 27 mai 1998, SA Nicoletti – Lebon Tables).

Mais l'absence de notification entraîne des conséquences importantes pour l'entrepreneur puisqu'elle paralyse la suite de la procédure, y compris la saisine du juge.

Le seul moyen de débloquent la situation consiste à mettre en demeure le maître d'ouvrage d'établir et de notifier le décompte général et de saisir ensuite le tribunal si cette mise en demeure reste sans effet (CE, 20 décembre 1989, Gabrion et autres- Lebon Tables ou CE, 26 mars 2004, sté Marc).

C'est la solution qu'adopte la cour d'appel de Paris qui estime que la situation récapitulative des travaux adressée au maître d'ouvrage n'équivaut pas à la mise en demeure requise et ne permet pas de respecter la procédure contradictoire d'établissement du décompte général et définitif imposée par le CCAG Travaux, cela alors même que la situation récapitulative avait été précédée d'un protocole d'accord conclu avec le maître d'ouvrage ainsi que de la levée des réserves émises lors de la réception des travaux (CAA Paris, 6 juin 2006, sté Impresa Pizzarotti).

Si, après réception du projet de décompte final de l'entrepreneur, aucun décompte général n'est notifié par le maître d'ouvrage, l'entrepreneur n'est pas tenu d'adresser le mémoire en réclamation prévu par l'article 50 du CCAG. Le tribunal statuera alors sur les réclamations pécuniaires présentées par chacune des parties (CAA de Paris, 19 février 2004).

Pour être opposable à l'entrepreneur, le décompte général doit avoir été signé par l'autorité compétente, c'est-à-dire la personne responsable du marché, sous peine de se trouver entaché d'un vice non régularisable, même par l'acceptation de l'entrepreneur.

Le décompte doit être notifié par le maître d'ouvrage à l'entrepreneur dans les conditions prévues par le CCAG Travaux (CE 22 février 2002, société générale de travaux publics – Lebon Tables) :

- Seule la signature de l'entrepreneur donnée postérieurement à celle du maître d'ouvrage après notification par ce dernier est susceptible de conférer au décompte un caractère définitif (CE, 2 octobre 2002, commune de Holving – Lebon Tables) ;
- **Le décompte général doit être notifié par ordre de service** et une lettre recommandée avec accusé réception ne suffit pas (CE, 26 mars 2004, sté Marc) ;
- Le décompte général n'est considéré comme établi que si le maître d'ouvrage a notifié à l'entrepreneur un véritable décompte général. **Ainsi, une simple lettre de rejet du projet de décompte final ne saurait en tenir lieu** (CE, 28 septembre 2001, sté Quillery – Lebon Tables).

Signature du décompte général par le titulaire : DGD

À compter de la notification du décompte général, l'entrepreneur dispose de 30 jours si le délai d'exécution est inférieur ou égal à six mois ou de 45 jours si le délai d'exécution est supérieur à six mois, pour le signer, avec ou sans réserves, et faire connaître les raisons pour lesquelles il fait des réserves ou refuse de le signer.

Ce décompte devient le décompte général et définitif (DGD) du marché si la signature du décompte général est donnée sans réserves. Cette acceptation lie définitivement les parties, sauf en ce qui concerne le montant des intérêts moratoires (cf. infra 12.1.5.3.).

Le décompte général et définitif n'est considéré comme établi que si le maître d'ouvrage a notifié à l'entrepreneur un véritable décompte général. Ainsi, une simple lettre de rejet du projet de décompte final ne saurait en tenir lieu.

1.4.2. Contestation du décompte général

1. Faire des réserves

L'entreprise ayant reçu le décompte général doit se montrer vigilante et faire des réserves sur tous les points sur lesquels elle n'est pas d'accord avec le décompte qui lui est transmis.

Le CCAG assimile les réserves partielles à l'acceptation de tous les éléments du décompte non affectés par celles-ci et cette acceptation est quasiment irrévocable.

Les réserves de l'entreprise (acceptation partielle du décompte général) ou les motifs de son refus de signer le décompte général doivent prendre la forme d'un mémoire en réclamation.

2. Le mémoire en réclamation est celui de l'article 50-22 du CCAG Travaux

Selon la jurisprudence, la contestation du décompte général pour l'entrepreneur fait **naître un litige entre ce dernier et le maître d'ouvrage** (art. 50-22 du CCAG) et non pas avec le maître d'œuvre (art. 50-11 du CCAG).

Voir en ce sens l'arrêt du Conseil d'État du 20 septembre 1991 « Administration générale de l'Assistance publique » qui considère que le différend survient entre la personne responsable du marché et l'entrepreneur et qui stipule que *le renvoi à l'article 50 doit s'entendre comme concernant non les dispositions dudit article, lesquelles ont trait aux litiges entre l'entrepreneur et le maître d'œuvre, mais les dispositions du 2 et 3 du même article, le mémoire de réclamation précité étant celui qui est visé à l'article 50-22*. Voir également : CE, 22 février 2002, sté Reithler Recueil Lebon.

3. Dans le mémoire de réclamation (cf. infra 12.4.), l'entrepreneur doit :

- exposer les motifs de son refus de signer le décompte général ;
- ou exposer les réserves partielles qu'il fait à ce décompte général.

Le mémoire doit impérativement être motivé et chiffré.

Il faut :

- **une motivation en fait** (sur ce qui s'est passé, notamment une demande de travaux supplémentaires) ;
- **et une motivation en droit** (référence aux articles du CCAG, par exemple référence à l'article 15 pour une demande d'indemnisation suite à une augmentation des travaux, référence à l'article 16 pour une demande d'indemnité en cas de diminution des travaux, référence à l'article 20 pour une contestation des pénalités de retard, etc.) ;
- **préciser le montant des sommes** dont il revendique le paiement ;
- **fournir toutes les justifications nécessaires**, notamment en reprenant, sous peine de forclusion, les réclamations déjà formulées antérieurement et qui n'auraient pas fait l'objet d'un règlement définitif.

Le mémoire en réclamation doit contenir également, sous peine de forclusion, **toutes les réclamations déjà formulées antérieurement** et qui n'ont pas fait l'objet d'un règlement définitif.

Le Conseil d'État a posé le principe selon lequel une demande qui ne comporterait aucune justification et ne préciserait pas le montant des sommes réclamées ne pourrait être considérée comme répondant aux exigences de l'article 13.44 du CCAG Travaux (CE, 29 mars 1989, SA entreprise Henri Faure).

Le mémoire introduit par l'entreprise méconnaît l'obligation imposée par l'article 13.44 du CCAG de préciser le montant des sommes dont le paiement est demandé par l'entrepreneur, en cas de refus ou de réserves à la signature du décompte général. Dans cette affaire, l'entreprise avait contesté auprès du maître d'œuvre et de la personne responsable du marché les abattements auxquels il avait été procédé pour tenir compte de diverses malfaçons affectant l'ouvrage réalisé. **L'entreprise avait omis de mentionner le montant des sommes dont elle demandait le paiement pour chacun des abattements en cause. L'arrêt considère que le défaut de motivation de la réclamation a pour effet, non de rendre irrecevable la réclamation, mais de faire regarder l'entreprise comme ayant implicitement accepté le décompte** (CE, 5 octobre 2005, Snc Quillery Centre).

4. Le mémoire de réclamation est un préalable indispensable pour que l'entrepreneur puisse, le cas échéant, saisir le tribunal administratif

Ce mémoire doit être remis au maître d'œuvre dans le délai donné à l'entrepreneur pour signer le décompte général, de 30 jours (si le délai d'exécution est inférieur ou égal à six mois) ou de 45 jours (si le délai d'exécution est supérieur à six mois).

Le maître d'œuvre transmet ensuite ce mémoire au maître d'ouvrage.

Le tribunal administratif, saisi d'une réclamation d'un entrepreneur sans que celui-ci ait adressé un mémoire pour le maître d'ouvrage, se déclare incompétent.

L'entrepreneur qui ne renvoie pas dans les délais le décompte général dûment signé ou qui, l'ayant renvoyé dans les délais, n'a pas motivé son refus ou n'a pas

exposé en détail les motifs de ses réserves en précisant le montant de ses réclamations, est réputé avoir accepté le décompte général et définitif.

Une lettre, fixant le montant des sommes revendiquées sans pour autant indiquer de manière suffisamment précise et détaillée les chefs de réclamation qu'elle reprenait, n'a pas le caractère de mémoire en réclamation.

Le simple envoi dudit décompte assorti de la mention « refusé » ne suffit pas pour valoir réclamation.

Il est indispensable que le mémoire indique avec précision le montant des sommes dont le paiement est revendiqué

Une lettre de l'entrepreneur se bornant à rappeler que les pénalités prévues par ce décompte faisaient l'objet d'une contestation de sa part, sans rappeler les motifs de cette contestation ou ne mentionnant pas le montant des sommes dont le paiement était demandé ne revêt pas non plus le caractère de mémoire en réclamation (CE, 26 mars 2003, sté Deniau – Lebon Tables).

De même, les discussions entre l'entreprise et le maître d'ouvrage ou son délégué sur divers points du décompte ne peuvent être assimilées à l'envoi de la réclamation exigée.

Le mémoire de réclamation adressé au maître d'œuvre est un préalable indispensable pour que l'entrepreneur puisse, le cas échéant, saisir le tribunal administratif s'il n'obtient pas satisfaction. L'entreprise avait adressé plusieurs réclamations au maître d'ouvrage en raison de retards dans la réalisation des travaux. Elle a envoyé deux réclamations par l'intermédiaire du maître d'œuvre. Puis, constatant qu'il n'avait pas adressé ses réclamations au maître d'ouvrage, l'entreprise a envoyé directement ses réclamations ultérieures au maître d'ouvrage. La règle de la transmission de la réclamation par l'intermédiaire du maître d'œuvre ne connaît pas de dérogation. L'entrepreneur qui aurait des doutes sur le respect de son obligation de transmission des réclamations par le maître d'œuvre au maître d'ouvrage n'a d'autre recours que de saisir le juge dans les délais prévus à l'article 50 du CCAG (CE, 27 septembre 2006, sté Pertuy).

5. Suite à la réclamation plusieurs situations peuvent se présenter (voir bas du schéma ci-dessous)

1. Le maître d'ouvrage garde le silence après avoir reçu le mémoire de réclamation

Si, à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la réception par le maître d'ouvrage du mémoire en réclamation de l'entreprise, le maître de l'ouvrage n'a pas notifié sa position, la réclamation de l'entrepreneur est considérée comme implicitement rejetée.

En conséquence, l'entrepreneur peut saisir soit :

- le comité consultatif de règlement amiable (CCRA) (cf. infra chap. 13),
- le tribunal administratif.

Dans ce cas, il n'existe pas de forclusion : l'entrepreneur peut saisir le tribunal administratif à n'importe quelle date, il n'est enfermé dans aucun délai, dès que le délai de trois mois à compter de la réception par le maître de l'ouvrage du

mémoire en réclamation de l'entrepreneur est expiré. Voir toutefois une décision surprenante où le refus implicite fait courir le délai de six mois qui, une fois expiré, empêche toute action judiciaire émanant de l'entreprise de prospérer (CAA Marseille, 23 janvier 2006, sté Sogea Sud).

2. Le maître d'ouvrage notifie à l'entrepreneur une décision expresse

Si la décision du maître d'ouvrage donne satisfaction à l'entrepreneur. Rien ne s'oppose, dans ce cas, à ce que l'entrepreneur signe le décompte général modifié pour tenir compte de l'accord intervenu entre les parties. Ce décompte devient alors le décompte général et définitif (DGD) (cf. 1.5.3.).

Si la décision du maître de l'ouvrage ne satisfait pas l'entrepreneur : celui-ci dispose d'un délai de six mois pour saisir le tribunal administratif.

Si l'entrepreneur ne porte pas ses réclamations devant le tribunal administratif, dans un délai de six mois à compter de la réception de la décision du maître d'ouvrage, il est considéré comme ayant accepté ladite décision et toute réclamation est irrecevable (CE, 10 juin 1983, sté Entreprise Hardy).

À noter :

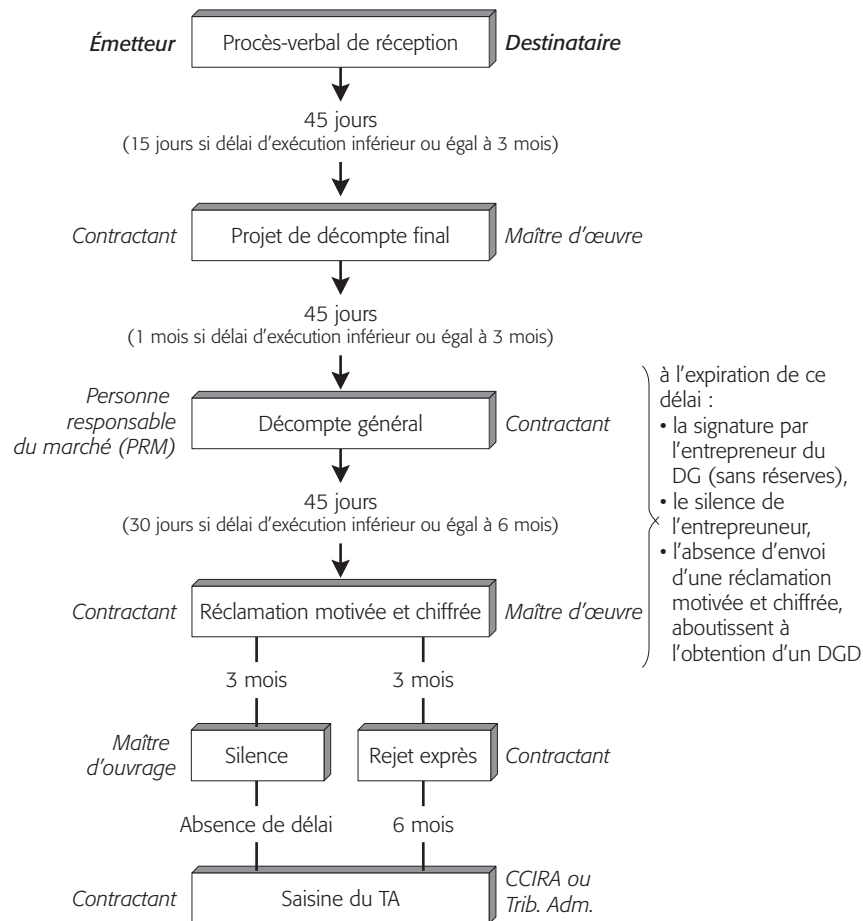
- Au contraire du cas précédent, **il existe ici une forclusion qui est l'expiration d'un délai de six mois à compter de la décision expresse du maître d'ouvrage.**
- Le délai de six mois pour saisir le tribunal administratif peut être suspendu en cas de saisine d'un comité consultatif de règlement amiable.
- Ne peuvent être portés devant la juridiction administrative que les motifs de réclamation énoncés dans le mémoire remis à la personne responsable du marché.
- Seule une décision expresse du maître d'ouvrage fait courir ce délai de six mois, à condition qu'elle émane du maître d'ouvrage et plus précisément de la personne responsable du marché et qu'elle prenne parti sur la réclamation.

6. Le désaccord sur le montant du solde, n'empêche pas le paiement de ce qui n'est pas contesté

Il doit avoir lieu sur la base provisoire des sommes admises par les maîtres d'ouvrage.

Lorsque les sommes ainsi payées sont inférieures à celles qui sont réellement dues au titulaire, celui-ci a droit à des intérêts moratoires calculés sur la différence (cf. décret 2002-232 du 21 février 2002 pris en application de l'article 98 du CMP).

Procédure de la notification du décompte général
(articles 13-32, 13-34, 13-42, 13-44 et 50-22 du CCAG Travaux 1976) (voir annexe n° 1.10)



1.4.3. Le caractère définitif du décompte accepté par les deux parties : le DGD

Un décompte accepté par les deux parties (le DGD) est définitif et ne peut être revu, sauf, bien entendu, en cas d'accord de volonté des parties de modifier le décompte général et définitif.

Une atténuation de ce principe est apportée par l'article 1269 du nouveau Code de procédure civile, selon lequel aucune demande en révision de compte n'est recevable, sauf si elle est présentée en vue d'un redressement en cas :

- d'erreur,
- d'omission,
- ou de présentation inexacte.

La jurisprudence est très stricte quant à l'application de cette dérogation à la règle d'irrévocabilité du décompte accepté qui ne peut être admise que dans des cas très limités.

Par exemple, lorsqu'on a oublié de compter une prestation prévue et exécutée ou si la même prestation a été comptée deux fois, ou si une erreur de calcul purement matérielle a été commise.

En revanche, dès que l'erreur peut être regardée comme relevant d'une interprétation des clauses contractuelles, la rectification du décompte est impossible. Il en est ainsi lorsqu'il a été oublié d'appliquer une clause de révision de prix : dans ce cas le décompte ne peut être recalculé.

Sous prétexte d'erreur, ne peuvent pas non plus être discutées la vérification des mètres ou quantités d'ouvrages, ou la qualité des matériaux.

Est écartée également par les tribunaux la demande de l'administration fondée sur la constatation tardive du caractère abusivement favorable au contractant des clauses de rémunération inscrites dans le marché.

Important

En marchés publics, **la Cour des comptes est amenée parfois, en statuant sur les comptes d'un maître d'ouvrage, à sanctionner le comptable. Elle exige de lui qu'il obtienne le reversement de sommes indûment payées à l'entrepreneur.** Selon les tribunaux, une **telle décision n'autorise pas l'administration à émettre un ordre de versement à l'encontre de l'entrepreneur.** La décision de la juridiction financière n'est pas opposable à l'entrepreneur et ne saurait le priver des droits qu'il tient du caractère définitif du décompte.

1.5. Cession ou nantissement des créances résultant des marchés publics

Le Code des marchés publics consacre une section entière à cette question (art. 106 et suiv.) et l'instruction pour l'application du Code décrit très précisément les mécanismes auxquels ont recours les entreprises en difficulté de trésorerie qui sont généralement fort mal connus des acheteurs publics.

La principale difficulté réside dans la délivrance de l'exemplaire unique en cas de sous-traitance ou lorsque le marché est exécuté en groupement d'entreprises.

La question du privilège de pluviôse sera également traitée dans ce paragraphe.

1.5.1. L'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité

Généralités

Lorsqu'une entreprise est en situation de trésorerie négative et ne peut couvrir la totalité de ses besoins en fonds de roulement, elle doit solliciter un concours bancaire. Lorsque les besoins de l'entreprise sont à la fois de courte durée et de

faible ampleur, ils seront en général couverts par une facilité de caisse ou une autorisation de découvert. En revanche, lorsque les besoins de l'entreprise deviennent permanents ou sont de forte ampleur, le banquier cherche généralement à couvrir son risque par une garantie.

La technique la plus fréquemment utilisée est la cession de créances, qui permet à l'entrepreneur d'obtenir le crédit qui lui est nécessaire en cédant à son banquier des créances qu'il détient. Cette technique, lorsqu'elle porte sur des créances publiques, obéit à des modalités spécifiques, même si elle est mise en œuvre dans le cadre de la loi « Dailly » du 2 janvier 1981 modifiée.

Le système de l'exemplaire unique vise à éviter, d'une part, que la même créance soit cédée ou nantie deux ou plusieurs fois, partiellement ou en totalité, d'autre part, qu'une entreprise ait la possibilité de céder (ou nantir) la créance d'une autre.

Procédure

L'organisme public, maître d'ouvrage contractant, remet un exemplaire du marché dit « exemplaire unique » au titulaire du marché, l'entreprise.

Cet exemplaire unique est une copie certifiée conforme (acte d'engagement et cahier des clauses administratives particulières) revêtue de la mention d'exemplaire unique signée par l'autorité contractante.

La formule d'exemplaire unique est la suivante : « Copie délivrée en unique exemplaire pour être remise en cas de cession ou de nantissement de créances ».

Le titulaire du marché, s'il décide de céder sa créance relative au marché à une banque ou à une autre entreprise, remet cet exemplaire unique à son cessionnaire.

Ce dernier notifie la cession au comptable assignataire de l'organisme public contractant.

Le cessionnaire (le banquier) fait parvenir l'exemplaire unique au comptable assignataire.

Le certificat de cessibilité

Le titulaire du marché peut aussi se voir délivrer un nouveau document de même valeur que la copie du marché : le certificat de cessibilité. Le certificat de cessibilité a été introduit par le Code de 2006 : il constitue avant tout un substitut interchangeable avec « l'exemplaire unique » du marché fourni par le pouvoir adjudicateur. Le régime et le contenu du certificat de cessibilité ont été fixés par l'arrêté du ministre de l'Économie du 28 Août 2006.

La délivrance de l'exemplaire unique au titulaire du marché

Généralités

La délivrance d'un exemplaire unique est obligatoire pour permettre la cession des créances correspondant au marché. Toutefois, aucun exemplaire unique

n'est délivré dans le cas des marchés passés sans formalités préalables en raison de leur montant.

La mention d'exemplaire unique indique le montant des prestations que le titulaire n'envisage pas de confier à des sous-traitants susceptibles de bénéficier du paiement direct, ce montant correspondant au maximum de la créance que le titulaire est autorisé à céder ou à nantir.

En cas de sous-traitance

En cas de sous-traitance donnant lieu à paiement direct, la mention d'exemplaire unique est complétée par la mention suivante : « en ce qui concerne la partie des prestations évaluées à [montant exprimé en lettres] « x » euros et que le titulaire n'envisage pas de confier à des sous-traitants bénéficiant du paiement direct ».

Lorsque le titulaire décide finalement d'exécuter lui-même davantage ou moins de prestations, l'acheteur public doit récupérer son exemplaire unique pour l'annoter.

Si les prestations qu'il exécute sont plus importantes que prévu et que l'exemplaire unique initial ne peut être récupéré, un exemplaire unique « complémentaire » lui est délivré.

En revanche, il n'est pas possible de permettre au titulaire de confier davantage à un sous-traitant payé directement (ou de prendre un sous-traitant supplémentaire payé directement) si son exemplaire unique n'a pu être récupéré pour être annoté, à moins que :

- il produise un certificat de son cessionnaire attestant que les cessions qu'il a consenties au titre de ce marché ne font pas obstacle au paiement direct du sous-traitant ;
- il fournisse une mainlevée de son cessionnaire à hauteur des sommes dont il augmente la sous-traitance.

Dans l'hypothèse où l'augmentation des prestations confiées au sous-traitant correspondrait à une augmentation de la masse initiale des prestations prévues au marché, l'exemplaire unique du titulaire ne devrait pas être récupéré puisque aucun changement n'interviendrait dans le montant des prestations qu'il exécute.

Dans le cas d'un groupement conjoint

Dans la mesure où les prestations exécutées par chacune des entreprises sont individualisées dans le marché et où les règlements sont effectués directement au compte ouvert au nom de chacun d'eux, il convient de délivrer à chacune des entreprises composant le marché un exemplaire unique limité au montant des prestations qui lui sont confiées.

Dans le cas d'un groupement solidaire

Dès lors que les prestations réalisées par les entreprises composant le groupement ne sont pas individualisées et qu'elles sont payées sur un compte unique

ouvert au nom du groupement, il convient de délivrer l'exemplaire unique au nom du groupement.

Si, en revanche, les prestations sont individualisées et les règlements sont effectués au nom de chacune des entreprises composant le groupement, un exemplaire unique est délivré à chaque entreprise correspondant à la part des prestations qu'elle exécute.

Cependant, s'il y a lieu, en cours d'exécution du marché, de procéder à une répartition des prestations et de ne plus payer les entreprises sur le compte unique (par exemple, si l'une des entreprises fait l'objet d'un avis à tiers détenteur), il est nécessaire de récupérer l'exemplaire unique initialement délivré et de délivrer à chacune des entreprises du groupement un exemplaire unique limité au montant des prestations qu'elle doit exécuter.

Au cas où l'exemplaire unique ne pourrait être restitué, par exemple parce qu'il est entre les mains du comptable assignataire, une cession lui ayant été notifiée, il n'est pas possible de délivrer à chacune des entreprises un nouvel exemplaire unique limité tant qu'une mainlevée à hauteur des sommes correspondant aux prestations restant à exécuter n'a pas été produite.

Pour limiter, en cas de cotraitance, l'exemplaire unique délivré à une entreprise aux seules prestations qu'elle exécute, la mention d'exemplaire unique ci-dessus est complétée par la mention suivante « en ce qui concerne la partie des prestations évaluées à [montant exprimé en lettres] « x » euros (somme portée au marché) et devant être exécutée par [nom ou raison sociale du cotraitant] ».

1.5.2. Les cessions (ou nantissements)

Les cessions les plus fréquentes sont celles issues de la loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 modifiée, dite loi « Dailly », dont les dispositions sont désormais reprises dans le Code monétaire et financier.

Dans ce cadre, la cession ou le nantissement de créances résultant de l'exécution de marchés s'effectue par un bordereau dénommé « acte de cession » ou « acte de nantissement de créances » remis par le titulaire du marché à l'établissement de crédit cessionnaire.

Une créance relative à un marché public peut tout aussi valablement faire l'objet d'une cession de droit commun, auprès d'une autre entreprise, par exemple.

Le nantissement désigne, par exemple, l'opération au cours de laquelle le titulaire du marché donnera en gage les créances qu'il possède sur l'administration contractante (c'est-à-dire le pouvoir adjudicateur devant lui payer les prestations fournies) à une banque. En conséquence, le créancier nanti (la banque) pourra obtenir le paiement directement du débiteur (le pouvoir adjudicateur).

La cession désigne l'opération par laquelle le cédant (c'est-à-dire le titulaire du marché) transférera sa créance sur le débiteur cédé (le pouvoir adjudicateur) à un cessionnaire (la banque). Contrairement au nantissement, la cession de

créance fait sortir la créance du patrimoine du titulaire du marché au profit du prêteur, ce qui emporte des conséquences pratiques significatives.

La notification de la cession

Pour tous les organismes dotés d'un comptable public, la notification doit obligatoirement, comme toute opposition, être faite entre les mains de ce comptable.

C'est la raison pour laquelle il est nécessaire d'annoter l'exemplaire unique en cas de modification du comptable : le cessionnaire éventuel doit savoir à qui notifier la cession.

La cession est notifiée dans les formes requises par le type de cession utilisé : lettre recommandée avec avis de réception postal pour la cession « Dailly », désormais visée par le Code monétaire et financier, signification par acte d'huissier pour la cession de droit commun.

L'article 313-27 du Code monétaire et financier prévoit que la cession ou le nantissement « Dailly » prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date portée sur le bordereau.

Le paiement d'une créance cédée

L'exemplaire unique doit être produit au comptable public afin qu'il puisse désintéresser le cessionnaire. Faute de cette production, il n'y a guère qu'une décision de justice qui permettra de dénouer la situation.

En effet, lorsqu'un cessionnaire ne peut produire l'exemplaire unique correspondant à la cession qui lui est consentie, le risque est grand pour que cet exemplaire unique ait déjà été remis à un tiers dans le cadre d'une cession de la même créance.

C'est la raison pour laquelle l'exemplaire unique figure à titre de pièce justificative du paiement dans la liste annexée au décret n° 2003-301 du 2 avril 2003 modifiant le Code général des collectivités territoriales.

Cela étant, l'exemplaire unique n'est pas obligatoirement joint à la notification de la cession. Il suffit qu'il lui ait été transmis lorsque l'ordonnateur lui fait parvenir le mandat, un paiement portant sur la créance cédée.

Toutefois, afin de ne pas retarder les paiements, il est recommandé au cessionnaire de joindre à la notification de la cession ou du nantissement de créances l'exemplaire unique du marché que le cédant lui aura remis.

Les mandatements sont faits à l'ordre du titulaire du marché

Après notification de la cession (ou du nantissement), les paiements sont effectués par le comptable au seul profit du cessionnaire (ou du titulaire du nantissement) pour le montant de la créance ou de la part de la créance qui lui a été cédée ou donnée en nantissement.

Les paiements sont valablement effectués par le comptable public au titulaire du marché entre la date du bordereau et celle de sa notification.

Le cessionnaire ou le bénéficiaire d'un nantissement peut transmettre à un tiers tout ou partie de la créance qu'il détient sur le titulaire du marché, qu'il s'agisse d'une cession ou d'un nantissement issu de la loi « Dailly » ou d'une cession ou d'un nantissement de droit commun.

Une cession (ou un nantissement) « Dailly » se transmet par voie d'endos total ou partiel du bordereau de cession ou de nantissement.

La transmission est portée à la connaissance du comptable assignataire de la dépense par le bénéficiaire de la transmission selon les mêmes formes que la notification de la cession ou du nantissement (lettre recommandée avec avis de réception postal ou tout autre moyen permettant de donner date certaine – télex... – pour la cession « Dailly », signification d'huissier pour la cession de droit commun).

Pour la cession « Dailly », la notification doit faire mention de l'endos.

La notification de la transmission doit reprendre toutes les mentions utiles à la notification de la créance cédée ou nantie concernée.

Pour la cession « Dailly », ces mentions sont celles qui figurent à l'annexe III du décret du 9 septembre 1981 modifié par le décret du 3 décembre 1985.

1.5.3. Les nantissements sont primés par certains privilèges

Ces privilèges sont les suivants.

Le privilège des frais de justice.

Le privilège relatif au paiement des salaires et de l'indemnité de congés payés en cas de faillite ou de règlement judiciaire institué par les articles L 143-10 et L 143-11 du Code du travail.

Le privilège dit « de pluviôse » (cf. infra) résultant, au profit des ouvriers et fournisseurs des entrepreneurs de travaux publics, de l'article L 143-6 du Code du travail.

Les privilèges conférés au Trésor par les lois en vigueur.

Le privilège conféré aux propriétaires des terrains occupés pour cause de travaux publics par la loi du 29 décembre 1892 sur les dommages causés à la propriété privée par l'exécution des travaux publics.

Le privilège « de pluviôse »

Le privilège de pluviôse, qui résulte des dispositions de l'article L 143-6 du Code du travail, confère aux fournisseurs d'entrepreneurs « de tous travaux ayant le caractère de travaux publics » un droit de paiement préférentiel sur tout autre créancier à raison des créances qu'ils détiennent sur lesdites entreprises au titre des fournitures et matériaux qu'ils apportent pour l'exécution du marché public.

Ce privilège est quelquefois utilisé par les sous-traitants.

Le Conseil d'État a rendu, le 9 juillet 1996, un avis relatif à l'exercice du privilège dit « de pluviôse ».

Le Conseil d'État a abouti aux conclusions suivantes.

- La revendication du privilège par le fournisseur vise, dans un premier temps, à empêcher la personne publique de se dessaisir des fonds et, par la suite, à en obtenir le paiement en lieu et place de l'entreprise titulaire de « tous travaux ayant le caractère de travaux publics ».
- Le comptable public assignataire des paiements n'est pas chargé de veiller au respect du privilège. C'est au fournisseur qu'il appartient d'assurer l'efficacité de son privilège en engageant des mesures conservatoires qui, seules, interdiront au comptable public, auquel elles seront notifiées dans le respect de la réglementation en vigueur, de se dessaisir des fonds, ou des mesures d'exécution qui, seules, lui permettront de payer le fournisseur.

Il en résulte que, seule une saisie conservatoire a pour effet d'interdire au comptable public de se dessaisir des fonds, une saisie-attribution autorise et oblige le comptable public à payer le fournisseur privilégié.

Par exception, et en l'absence de toute mesure conservatoire ou d'exécution, le comptable peut toutefois se dessaisir des fonds, dans le cadre d'une procédure amiable, au cas où les deux conditions cumulatives suivantes sont remplies :

- les fonds dus au titre du marché suffisent à désintéresser le fournisseur et les tiers saisissants éventuels ;
- un accord écrit entre l'entrepreneur et son fournisseur, substituant ce dernier au premier en qualité de créancier, est adressé au comptable.

Le Code des marchés publics réserve le privilège de pluviôse aux seuls fournisseurs qui ont été agréés par la personne publique contractante, dans des conditions fixées par décret. De plus, le privilège ne porte que les fournitures livrées postérieurement à la date à laquelle la demande d'agrément est parvenue à l'autorité compétente.

L'agrément donné au fournisseur concerné importe particulièrement dans la mesure où il lui permet, s'il n'est pas payé par l'entreprise (titulaire du marché ou sous-traitant payé directement) qui lui a commandé les matériaux, d'être désintéressé des sommes qui lui sont dues par préférence au titulaire d'un nantissement.

Le fournisseur susceptible de se prévaloir du privilège de pluviôse pour bénéficier d'une telle préférence doit avoir été agréé par la personne publique elle-même dans des conditions fixées par décret.

En effet, la personne publique qui a passé le marché est, plus que quiconque, à même de s'assurer que les matériaux fournis par tel fournisseur ont bien été utilisés dans le cadre de ce marché.

2. **Marchés privés : les délais de paiement encadrés**

Comme pour les marchés publics, la directive communautaire relative à la lutte contre les retards de paiement adoptée le 29 juin 2000 et publiée le 8 août 2000, s'impose aux États membres deux ans après sa date de publication.

Ce texte communautaire, qui pose le principe selon lequel « tout dépassement des délais contractuels ou légaux, en matière de paiement » constitue un « retard de paiement » donnant lieu à versement d'intérêts moratoires à l'entreprise l'ayant subi, privilégie la contractualisation du délai de paiement entre l'acheteur et son cocontractant. Faute d'un tel engagement, un délai supplétif de 30 jours s'impose, dont le dépassement sera automatiquement sanctionné par le versement d'intérêts moratoires dissuasifs.

Le gouvernement français a transposé cette directive à l'occasion de la loi relative aux nouvelles régulations économiques, dite loi NRE n° 2000-420 du 15 mai 2001.

C'est sous l'article 53 de cette loi que se cachent les dispositions conférant, enfin, un cadre juridique aux délais de paiement. Il modifie les articles L 441-3 et L 441-6 du Code de commerce.

Le champ d'application de ces dispositions est large, puisqu'il couvre les relations entre :

- tout producteur,
- prestataire de services,
- grossiste,
- ou importateur ;
- et tout acheteur de produit,
- ou demandeur de prestation pour activité professionnelle,
- à l'exclusion des transactions avec des consommateurs.

Les entreprises sont donc concernées en amont avec leurs clients privés mais aussi en aval dans leurs relations avec leurs fournisseurs et avec leurs sous-traitants.

Le dispositif traduit un double objectif :

- fixer un délai raisonnable de règlement en l'absence de stipulation contractuelle ;
- prévoir des pénalités suffisamment dissuasives pour que le retard de paiement ne soit plus perçu par les entreprises comme un crédit financièrement avantageux.

Depuis la loi NRE du 15 mai 2001, le délai de paiement est fixé, sauf clause différente, **à 30 jours à compter de la date** de réception des marchandises ou **d'exécution des prestations demandées** (et non celle de remise de la facture ou demande de paiement) :

Sauf dispositions contraires figurant aux conditions de vente ou convenues entre les parties, le délai de règlement des sommes dues est fixé au trentième jour suivant la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation demandée (art. 53 de la loi modifiant les alinéas 2 et 3 de l'article. 441-6 du Code de commerce).

La liberté contractuelle des parties est préservée, puisqu'elles conservent toute latitude pour déroger au délai de 30 jours prévu par la loi.

Elles peuvent stipuler, dans les conditions de vente ou dans le contrat, un délai de règlement différent (inférieur ou supérieur).

Autre apport majeur de la loi NRE, le taux des intérêts des pénalités dues pour tout retard de paiement est fixé à un niveau beaucoup plus dissuasif qu'auparavant : c'est le taux de la Banque centrale européenne (BCE) augmenté de 7 points, soit 3,55 % en janvier 2007 (le taux de la BCE est susceptible d'être modifié, il est consultable sur le site de la Banque centrale européenne : <http://www.ecb.int/>).

Là encore, les parties peuvent, par convention, écarter l'application de ce taux au profit d'une valeur différente, sans pouvoir toutefois descendre en deçà d'une fois et demie le taux d'intérêt légal.

*Les conditions de règlement doivent obligatoirement préciser les conditions d'application et le taux d'intérêt des pénalités de retard exigibles le jour suivant la date de règlement figurant sur la facture dans le cas où les sommes dues sont réglées après cette date. Sauf disposition contraire qui ne peut toutefois fixer un taux inférieur à une fois et demie le taux d'intérêt légal, **ce taux est égal au taux d'intérêt appliqué par la Banque centrale européenne à son opération de refinancement la plus récente majoré de 7 points de pourcentage**. Les pénalités de retard sont exigibles sans qu'un rappel soit nécessaire* (art. 53 de la loi modifiant l'alinéa 3 de l'article L 441-6 du Code de commerce).

Notons que la version 2000 de **la norme NF P 03-001** applicable aux marchés privés de travaux qui s'y réfèrent prévoit, quant à elle, sauf clause administrative particulière dérogatoire, **un taux égal au taux d'intérêt légal majoré de sept points** (soit 7 + 2,95 % en 2007, 7 + 2,11 % en 2006, 7 + 2,05 % en 2005, 7 + 2,27 % en 2004 et 7 + 3,29 % en 2003).

3. Le prix et son règlement dans les marchés soumis à la norme AFNOR NF P 03-001

Rappel : la norme AFNOR ne s'applique que si elle est expressément visée au marché comme pièce contractuelle. L'édition étudiée ici est celle de décembre 2000.

3.1. Le prix du marché

Les parties ont le choix entre deux grands types de prix.

Le **marché à prix forfaitaire** se caractérise par un plan définissant le volume et la nature des travaux à réaliser et par un prix global fixé de façon définitive.

Le **marché au mètre** se caractérise par un paiement qui se fait non pas sur un prix global mais par application de prix unitaires aux quantités réellement utilisées.

Cf. supra : chapitre sur l'exécution des marchés et notamment la question des travaux supplémentaires dans un marché à prix global et forfaitaire et l'incidence de la modification de la masse initiale des travaux.

L'article 9.1 de la norme, « Prix du marché », est ainsi rédigé :

(...)

9.1.2 – Les prix du marché sont réputés tenir compte de toutes les circonstances de l'implantation, des particularités du projet et des délais et rémunèrent l'entrepreneur de tous ses débours, charges et obligations normalement prévisibles, dépenses d'intérêt commun mises à sa charge par le descriptif de son lot ou par le jeu de l'article 14. De sorte que la rémunération de l'entrepreneur pour l'exécution des travaux formant l'objet défini du marché ne subira aucune variation, sauf application de dispositions différentes du présent document, et, en particulier, en cas d'évolution du PGC SPS (plan général de coordination en matière de sécurité et de protection de la santé), du fait du maître d'ouvrage, ayant des incidences financières pour l'entreprise.

(...)

9.1.3 – L'exécution d'ouvrages différents de ceux prévus au marché n'ouvre aucun droit à paiement supplémentaire à l'entrepreneur sous réserve des paragraphes 11.1, 11.3 et 11.4 [cf. infra].

(...)

9.1.5 – L'entrepreneur a droit à une indemnité couvrant le montant total des dépenses justifiées entraînés par la découverte de vestiges sur le chantier.

L'invariabilité du prix

L'invariabilité du prix du marché signifie qu'en principe le maître d'ouvrage est débiteur du prix convenu lors de la passation du marché et que **l'entrepreneur ne peut demander le paiement d'un prix différent.**

Ne peuvent notamment pas être invoqués, pour remettre en cause le prix du marché :

- le fait qu'une erreur de calcul ou d'estimation ait été commise dans la fixation du prix ;
- le fait que les parties se soient méprises sur les aléas et l'étendue des travaux convenus ;
- ou encore le fait que le maître d'ouvrage ait obtenu un financement inférieur au prix qu'il doit payer.

Toutefois, dans son article 9.1.3, la norme prévoit trois hypothèses dans lesquelles l'exécution d'ouvrages différents ouvre droit à une rémunération additionnelle pour l'entrepreneur. Tout d'abord, celui-ci peut exiger le paiement des travaux supplémentaires ou de nature différente autorisés préalablement par

écrit par le maître d'ouvrage (art. 11.1). Ensuite, les travaux exécutés à la suite d'une injonction administrative, ou d'une décision judiciaire ou arbitrale, sont pris en attachement et payés à l'entrepreneur (art. 11.3). De la même façon, feront l'objet d'une rémunération, les travaux urgents, indispensables à la stabilité de l'ouvrage ou à sa sauvegarde, même réalisés sans autorisation préalable (art. 11.4). Mais le droit à indemnité est subordonné, dans toutes ces hypothèses, à l'absence de faute de l'entrepreneur.

Les exceptions au principe d'invariabilité du prix

Il est possible de prévoir, dans les documents contractuels, certaines dispositions qui permettront de modifier le prix du marché.

Les deux hypothèses principales sont celles des mécanismes de variation des prix (art. 9.4 de la norme) : l'actualisation et la révision.

La norme AFNOR, dans sa nouvelle version, énonce expressément deux autres exceptions au principe d'invariabilité du prix : l'évolution du PGC SPS et les découvertes archéologiques.

On rencontre également fréquemment des clauses prévoyant des pénalités pour retard, l'indemnisation de l'entrepreneur pour retard imputable au maître d'ouvrage, des intérêts moratoires pour retard de paiement, des indemnités de résiliation, etc.

Il ne faut pas confondre variation, actualisation et révision

La clause de variation de prix comprend deux opérations distinctes : l'actualisation et la révision. Toutes deux ont pour objet de réévaluer le prix d'origine du marché pour indemniser l'entrepreneur des variations économiques survenues depuis la fixation de ce prix.

Le prix initial est actualisé au moment du début effectif des travaux, puis il est révisé périodiquement au cours de l'exécution des travaux.

Dans les deux cas, la même formule de variation (qui doit figurer au contrat) est appliquée pour le calcul du nouveau prix.

La formule de variation de prix doit faire l'objet d'une clause du cahier des clauses administratives particulières.

Doivent y être précisés les paramètres de référence et leur valeur initiale. La seule condition est que les éléments choisis (prix ou indices de matériaux, taux ou indices de salaires, index...) soient en rapport avec l'objet du contrat ou avec l'activité de l'une des parties. Est exclue l'indexation fondée sur le salaire minimal interprofessionnel garanti, ou sur le niveau général des prix ou des salaires.

L'application de la formule de variation suppose la connaissance des valeurs finales des paramètres de référence (c'est-à-dire celles existant à la date de l'actualisation), et des valeurs initiales, pour établir un rapport entre les deux. Les valeurs initiales sont celles indiquées dans les pièces contractuelles.

À défaut, il faut retenir, pour les indices publiés mensuellement, les valeurs du mois précédant la remise de l'offre de l'entrepreneur, et, pour les autres, celles du 15 du mois précédant la remise de l'offre.

L'actualisation (art. 9.4.1.2 de la norme)

La formule d'actualisation doit être appliquée sur le ou les prix d'origine, c'est-à-dire sur les montants définis dans les documents contractuels.

La norme pose le principe d'une actualisation intégrale du prix : le fait que la formule comporte une partie fixe (c'est-à-dire non révisable) ou toute autre disposition limitative (telle qu'une marge de neutralisation des variations de salaires laissée à la charge des entreprises) n'a aucune incidence, ces limitations ne pouvant jouer que pour la révision et non pour l'actualisation (à moins que les parties ne dérogent sur ce point à la norme).

La norme permet d'actualiser le prix quel que soit le laps de temps écoulé entre la détermination initiale du prix du marché et le commencement des travaux.

Cependant les parties, ayant toute liberté en matière de marchés privés, pourront soumettre l'actualisation à l'écoulement d'un certain délai justifiant à leurs yeux la réévaluation du prix initial.

Notons que pour les marchés publics, l'application de la clause d'actualisation n'est possible que si l'exécution des prestations commence plus de trois mois après la date d'établissement du prix d'origine.

Les prix forfaitaires peuvent être actualisés. La norme rappelle (art. 9.4.1.2.5) que la clause d'actualisation peut jouer même en matière de prix forfaitaires ; en effet, selon une jurisprudence constante, la présence d'une clause de variation du prix ne modifie pas le caractère forfaitaire du marché dès lors que la formule de calcul a été fixée dans un document engageant définitivement les parties. Toutefois, le principe d'actualisation des prix forfaitaires peut être valablement écarté par les parties dans les clauses particulières du marché (Cass. 3^e civ., 7 février 2001, SCI les Peupliers c/ Ducamp n° 208 FS-D).

La révision (art. 9.4.1.3 de la norme)

La révision joue de façon automatique pendant toute la durée d'exécution du marché.

Elle a, en principe, lieu chaque mois. Toutefois, le cahier des clauses administratives particulières peut prévoir une périodicité différente selon la volonté des parties.

À chaque échéance, l'entrepreneur doit établir des états de situation destinés à constater ses droits à paiement pour la période considérée.

Dans ces documents, ou dans un document joint, il applique la formule de révision au prix qui lui est dû. Puis, il transmet dans un certain délai les états de situation au maître d'œuvre, à charge pour celui-ci de les vérifier et d'élaborer sur cette base une proposition d'acompte soumise au maître d'ouvrage.

Le point de départ du calcul du montant révisable est le prix initial fixé dans les documents contractuels.

Ce prix peut ensuite être augmenté du fait d'une actualisation lors du début de l'exécution des travaux.

S'y ajoutent, le cas échéant, les rémunérations supplémentaires convenues par voie d'avenants, le prix des travaux effectués en conséquence d'une injonction administrative ainsi que le prix des travaux urgents nécessaires à la stabilité de l'ouvrage.

La formule de variation peut alors être appliquée au total obtenu, en tenant compte d'une éventuelle partie fixe (c'est-à-dire non révisable) ou d'une autre disposition limitative prévue dans la clause de révision.

En principe, les valeurs finales utilisées pour l'application de la formule de révision sont celles correspondant à la période d'exécution des travaux.

Mais l'édition 2000 de la norme a introduit une nouvelle disposition. Il est désormais prévu que, lorsque les valeurs finales ne sont pas connues au moment de l'établissement d'un état de situation, les dernières valeurs connues seront provisoirement utilisées. Cela permet de ne pas retarder le jeu de la révision pour chaque période considérée ; mais il ne s'agit que d'une application provisoire, qui devra donc donner lieu à régularisation lorsque les valeurs réelles seront connues (art. 9.4.1.3.2).

Le jeu de la clause de révision doit cesser à la date prévue contractuellement pour l'achèvement des travaux. Cependant, ce délai d'application de la clause peut être prolongé en cas d'avenant ou de retard dans l'exécution dû à une cause extérieure aux parties, au fait du maître d'ouvrage, au décès ou à la défaillance de l'un des entrepreneurs groupés.

En revanche, l'entrepreneur est privé du jeu de la révision pour la période de dépassement du délai contractuel qui lui est imputable.

L'incidence financière de l'évolution du PGC (art. 9.1.2 de la norme)

La norme NF P 03-001, dans sa nouvelle version, énonce expressément une autre exception au principe d'invariabilité du prix. Le PGC SPS (plan général de coordination sécurité et protection de la santé), établi sous la responsabilité du maître d'ouvrage et généralement transmis aux entreprises avant la passation du marché, leur permet de prendre en compte le coût de la sécurité dans leurs offres.

Les entreprises peuvent donc revendiquer une augmentation du prix lorsque la modification du PGC SPS par le maître d'ouvrage en cours d'exécution des travaux induit des coûts supplémentaires pour elles.

Les dispenses liées aux découvertes archéologiques (art. 9.1.5 de la norme)

La « version 2000 » de la norme a introduit une nouveauté en prévoyant expressément que le maître d'ouvrage doit indemniser l'entrepreneur à raison des coûts liés à la découverte des vestiges sur le chantier. La condition du remboursement total des dépenses est que celles-ci soient justifiées.

Les primes pour avance et pénalités de retard

L'article 9.5 de la norme précise que : *Le cahier des clauses administratives particulières (CCAP) peut prévoir des primes pour avance d'achèvement des travaux, des pénalités pour retard, ou les deux. L'avance et le retard sont déterminés en considération des délais définis à l'article 10. Sauf stipulation différente, il est appliqué, après une mise en demeure, une pénalité journalière de 1/1 000 du montant du marché. Le montant des pénalités est plafonné à 5 % du montant du marché.*

La prime pour avance d'achèvement des travaux est une somme versée à l'entrepreneur en supplément du prix des travaux en cas de livraison de l'ouvrage avant la fin du délai contractuel.

L'octroi d'une telle prime n'est pas obligatoire, la norme ne fait qu'énoncer la faculté pour les parties de le prévoir (alors qu'elle impose, sauf clause contraire, le versement de pénalités de retard).

Les modalités de calcul doivent être établies dans le cahier des clauses administratives particulières (CCAP) : par exemple, fixation d'un pourcentage du montant du marché ou de sommes forfaitaires fixes par jour d'avance.

Les pénalités sont la compensation financière due au maître d'ouvrage du fait du retard dans l'achèvement des travaux.

La norme subordonne la possibilité d'appliquer des pénalités à la mise en demeure de l'entrepreneur. Cette formalité est valablement accomplie par lettre recommandée avec avis de réception (article 6.3.2 de la norme).

Les pénalités de retard courent à partir de la date de la mise en demeure. Mais les parties peuvent convenir, par stipulation contractuelle, de se dispenser de cette notification.

Le maître d'ouvrage doit établir le retard de l'entrepreneur, à l'aide de pièces justificatives des délais convenus ; il n'a pas, en revanche, à chiffrer son préjudice, la clause pénale ayant un caractère forfaitaire.

À noter que les pénalités ne pourront être appliquées lorsque le retard n'est pas imputable à l'entrepreneur (par exemple en cas de force majeure).

Innovation de la version 2000 de la norme, un mode de calcul est prévu à défaut de stipulation différente dans le CCAP. Le montant journalier fixé est assez élevé : 1/1 000 du montant du marché – pour comparaison, le cahier des clauses administratives générales (CCAG) en matière de marchés publics retient le taux de 1/3 000.

Mais ce montant est délimité par un plafond : les pénalités de retard ne pourront excéder 5 % du montant du marché. Les parties peuvent prévoir d'autres modes d'évaluation.

En toute hypothèse, le juge judiciaire dispose du pouvoir de minorer ou d'augmenter les pénalités qu'il considère manifestement excessives ou dérisoires (article 1152 du Code civil), sans qu'aucune stipulation contractuelle puisse le lui interdire.

L'indemnisation pour retard du fait du maître d'ouvrage

L'article 9.6 de la norme est ainsi rédigé :

9.6.1 – Retard dans le commencement de l'exécution

Si les travaux ne peuvent commencer au jour fixé du fait du maître de l'ouvrage, ce dernier indemnise l'entrepreneur.

9.6.2 – Augmentation des délais de préparation et d'exécution

À défaut de clauses plus sévères prévues par les documents particuliers du marché, si la somme des délais de préparation et d'exécution définis à l'article 10, corrigée s'il y a lieu par l'application des dispositions du paragraphe 10.3.1, se trouve augmentée de plus du dixième par le fait du maître de l'ouvrage (par ajournement, suspension des travaux, atermolement, etc.), l'entrepreneur a droit à indemnité, pourvu qu'il ait formulé ses réserves par écrit dès la survenance de l'événement.

La nouvelle édition de la norme rend obligatoire l'indemnisation de l'entrepreneur en cas de retard dans le commencement des travaux imputable au maître d'ouvrage – l'ancienne version ne prévoyait qu'une faculté laissée aux parties.

Cela s'applique uniquement aux marchés faisant référence à la norme et sauf clause dérogatoire dans les documents particuliers du marché. (art. 9.6.1).

Le retard s'apprécie en fonction du jour de début des travaux : selon les dispositions contractuelles, cette date est soit déterminée par la fin de la période de préparation, soit fixée par ordre de service contresigné par le maître d'ouvrage (art. 10.1.2 de la norme).

Les modalités de l'indemnisation, non précisées par la norme, pourront faire l'objet d'une stipulation dans le CCAP.

L'entrepreneur peut également être indemnisé en cas d'augmentation des délais imputable au maître d'ouvrage (art. 9.6.2).

Trois conditions doivent être réunies. Tout d'abord, il faut une augmentation des délais de préparation et d'exécution des travaux qui excède 10 %. Ensuite, ce dépassement doit résulter du fait exclusif du maître d'ouvrage (par exemple, changements incessants quant aux travaux à exécuter, suspension du chantier, retards dans l'obtention des autorisations administratives). Enfin, l'entrepreneur doit avoir formulé des réserves dès la survenance du fait provoquant le retard ; celles-ci doivent être formulées par écrit, datées et signées (la forme recommandée avec avis de réception est conseillée).

3.2. Le paiement des acomptes

Leur périodicité

Le droit à acomptes est ouvert dès que des prestations ont donné lieu à un commencement d'exécution du marché.

La périodicité de versement est au maximum de trois mois mais, généralement, les acomptes sont mensuels.

La présentation de la demande d'acompte (art. 19-3, 19-4, 20-3 et 20-8 de la norme)

Les états de situation doivent parvenir au maître d'œuvre à la date fixée au cahier des clauses particulières ou, à défaut, dans les dix premiers jours de chaque mois.

Passé ce délai, le maître d'ouvrage peut faire constater les travaux exécutés aux frais de l'entrepreneur.

Le maître d'œuvre vérifie l'état de situation, transmet au maître d'ouvrage le décompte des sommes dues et le bon d'acompte avec duplicata à l'entrepreneur, dans les 15 jours à dater de la réception de l'état de situation.

Les entreprises doivent réclamer le duplicata du décompte (et du bon d'acompte) au maître d'œuvre.

Dans les 30 jours de la remise de l'état de situation au maître d'œuvre, les acomptes sont payés à l'entrepreneur.

3.3. Le paiement du solde : établissement du mémoire définitif et contestation du décompte définitif

Il s'agit des articles 19-5-1, 19-6-1, 19-6-2, 19-6-3, 20-4-1, 19-6-4 de la norme AFNOR – édition décembre 2000.

3.3.1. L'établissement du décompte définitif

Après la réception des travaux, **l'entrepreneur doit établir un mémoire définitif** comprenant l'intégralité des sommes qu'il estime lui être dues en application du marché. La norme AFNOR prévoit que ce mémoire doit être établi **dans un délai de 60 jours à compter de la réception** (art. 19.5.1 de la norme).

Passé ce délai de 60 jours ou celui indiqué dans le CCAP, le maître d'œuvre, après mise en demeure restée infructueuse, peut rédiger le mémoire définitif aux frais de l'entrepreneur.

Comme en marchés publics, l'entrepreneur a intérêt à présenter un dernier décompte mensuel pour les travaux exécutés au cours du dernier mois.

Le maître d'œuvre examine le mémoire définitif et établit le décompte définitif des sommes dues en exécution du marché. Il remet ce décompte au maître de l'ouvrage.

Le maître de l'ouvrage notifie ce décompte dans un délai de 45 jours à dater de la réception du mémoire définitif par le maître d'œuvre (art. 19.6.2 de la norme).

Le décompte définitif doit être signé par le maître d'ouvrage ; le décompte définitif signé par le maître d'œuvre n'engage pas le maître d'ouvrage, sauf cas exceptionnel où le maître d'œuvre est le mandataire du maître d'ouvrage.

Si le décompte n'est pas notifié dans le délai, le maître d'ouvrage est réputé avoir accepté le mémoire définitif remis au maître d'œuvre après mise en demeure restée infructueuse pendant 15 jours (art. 19.6.2 alinéa 2). La mise en demeure doit être adressée au maître d'ouvrage avec copie au maître d'œuvre. Ainsi, au contraire des marchés publics, dans les marchés se référant à la norme Afnor NF P 03 001, si le maître d'ouvrage ne notifie pas son décompte dans les délais, après mise en demeure, l'entrepreneur pourra prétendre à un règlement du solde du marché sur la base de son propre mémoire définitif.

Une fois, la notification du décompte définitif faite à l'entrepreneur, celui-ci a le choix de le signer ou de faire des observations par écrit.

Comme en marchés publics, une fois le décompte signé par le maître d'ouvrage et l'entrepreneur, il devient définitif et aucune partie ne peut le remettre en cause.

3.3.2. Contestation du décompte définitif (voir tableau ci-dessous)

À compter de la notification du décompte définitif par le maître d'ouvrage, **l'entrepreneur a 30 jours pour présenter, par écrit, ses observations éventuelles au maître d'œuvre et au maître d'ouvrage** (art. 19.6.3).

Un décompte définitif établi unilatéralement par le maître d'ouvrage ne peut pas lier l'entrepreneur.

Comme en marchés publics, l'entrepreneur peut refuser de signer le décompte ou faire des réserves partielles. Les réserves partielles doivent être très précises car tous les points du décompte non contestés par l'entrepreneur seront considérés comme définitifs puisqu'ils auront reçu l'accord commun des parties.

Le mémoire en réclamation (cf. infra 12.4.)

Le silence de l'entrepreneur pendant le délai de 30 jours à compter de la notification du décompte définitif vaut acceptation tacite de ce décompte. Il en est de même de certaines réponses ambiguës, comme, par exemple, la simple indication faite par l'entrepreneur qu'il maintient ses prétentions.

Comme en marchés publics, même si ce n'est pas précisé dans la norme AFNOR, l'entrepreneur a intérêt à présenter ses observations sous la forme d'un mémoire en réclamation.

En effet, les points du décompte que l'entrepreneur entend contester, ou les sommes qu'il entend réclamer en plus au maître de l'ouvrage, doivent être décrits le plus précisément pour que sa demande ne soit pas rejetée ultérieurement, le cas échéant, par le tribunal au motif que ses réserves sont trop vagues.

En cas de remarques de l'entrepreneur sur le décompte définitif, **le maître d'ouvrage dispose, à son tour, de 30 jours pour répondre**. Son silence vaut acceptation (art. 19.6.4). Ainsi, au contraire des marchés publics, dans les marchés se référant à la norme NF P 03001, le silence du maître d'ouvrage sur les

observations de l'entrepreneur sur le décompte définitif, à l'expiration du délai, vaut acceptation de ces observations par le maître d'ouvrage.

La contestation par l'entrepreneur du décompte définitif qui lui est notifié n'a pas pour conséquence de repousser le moment concret du paiement

En effet, le maître d'ouvrage doit payer les sommes qui découlent du décompte qu'il a notifié, dans un délai de 30 jours suivant l'expiration du délai de notification de 45 jours (art. 20.4.1 de la norme).

Quant aux sommes dont le paiement s'avérerait fondé à la suite d'une contestation du décompte définitif, par l'entrepreneur, elles doivent être payées dans un délai de 20 jours à dater de la remise au maître de l'ouvrage de la pièce constatant l'arrêt définitif des comptes (art. 20.4.3).

Lorsque les travaux sont exécutés, l'entrepreneur doit en obtenir le paiement

Le donneur d'ordres peut refuser de les payer mais à ses risques et périls : si les désordres qu'il invoque ne sont pas importants, la rétention de l'intégralité des sommes n'est pas justifiée. Une rétention limitée à une partie des sommes est en revanche concevable. Le débiteur ne fait alors qu'opposer l'exception d'inexécution. L'exécution des travaux n'étant pas contestée, la cour d'appel devait constater la réalité et l'importance des désordres pour justifier le refus de paiement (Cass. civ., 8 juin 2006, Caerou).

Si les parties n'arrivent pas à trouver une solution au litige qui les oppose, elles peuvent soumettre leur différend aux tribunaux judiciaires. Le tribunal compétent est le tribunal de commerce si les deux parties sont commerçantes, sinon le litige doit être porté devant le tribunal de grande instance. Le demandeur peut introduire le litige soit devant le tribunal du lieu du défendeur, soit devant celui du lieu d'exécution des travaux.

Les parties peuvent également avoir prévu dans le marché qu'elles feront appel à l'arbitrage. Mais si une clause compromissoire est introduite dans un marché, elle n'est valable que si les deux parties sont commerçantes. Si le maître d'ouvrage n'est pas commerçant, la clause d'arbitrage est sans valeur.

3.3.4. Le caractère définitif du décompte accepté par les deux parties

Un décompte accepté par les deux parties est définitif et ne peut être revu, sauf, bien entendu, en cas d'accord de volonté des parties de modifier le décompte général et définitif.

Une atténuation de ce principe est apportée par l'article 1269 du Nouveau Code de procédure civile, selon lequel aucune demande en révision de compte n'est recevable, sauf si elle est présentée en vue d'un redressement en cas :

- d'erreur,
- d'omission,
- ou de présentation inexacte.

La jurisprudence est très stricte quant à l'application de cette dérogation à la règle d'irrévocabilité du décompte accepté qui ne peut être admise que dans des cas très limités

Par exemple, lorsque l'on a oublié de compter une prestation prévue et exécutée, ou si la même prestation a été comptée deux fois, ou si une erreur de calcul purement matérielle a été commise.

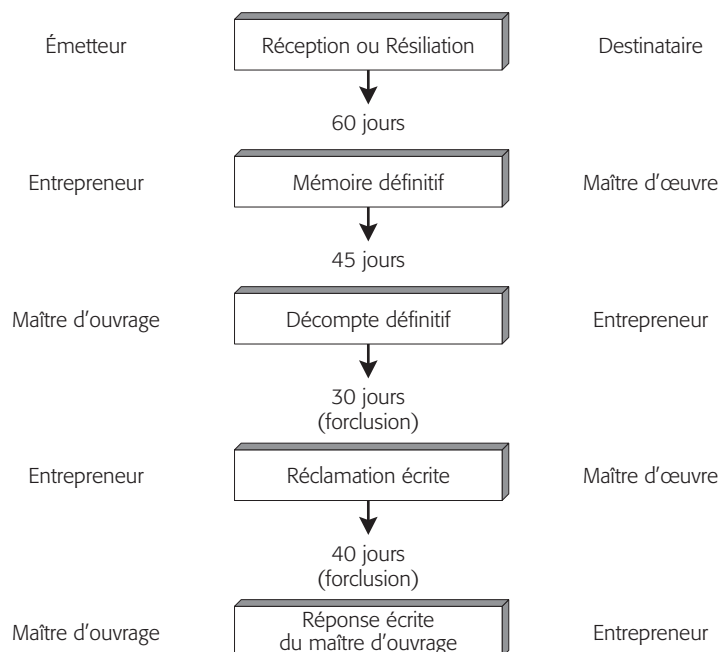
En revanche, dès que l'erreur peut être regardée comme relevant d'une interprétation des clauses contractuelles, la rectification du décompte est impossible. Il en est ainsi lorsqu'il a été oublié d'appliquer une clause de révision de prix : dans ce cas le décompte ne peut être recalculé.

Sous prétexte d'erreur, ne peuvent pas non plus être discutées la vérification des mètres ou quantités d'ouvrages ou la qualité des matériaux.

La jurisprudence sur l'irrévocabilité du décompte général est semblable, qu'il s'agisse des juridictions judiciaires ou des juridictions administratives.

Est écartée également par les tribunaux la demande de l'administration fondée sur la constatation tardive du caractère abusivement favorable au contractant des clauses de rémunération inscrites dans le marché.

**Marchés privés – Le décompte définitif
(norme AFNOR NF P 03-001 – édition décembre 2000)**



4. Modèle de mémoire de réclamation

Recommandée AR

Destinataire

En marchés publics :

Maître d'œuvre (architecte)

En marchés privés :

Maître d'œuvre simultanément maître d'ouvrage

PRÉSENTATION **Exposé général des différents chapitres** **de la demande**

I – Présentation du marché

marché n°

lot principal

lots accessoires

.....

mandataire commun, le cas échéant

Le marché consiste en l'exécution de : (rappel de l'objet du marché)

II – Présentation des chapitres de la demande

Chaque chapitre, après un rappel des faits, détaille les conséquences financières directes ou indirectes, des modifications des conditions d'exécution indépendantes de l'entreprise ou du groupement.

Il pourra, selon les cas, s'agir de travaux supplémentaires (voir chapitre 1 ci-dessous), de l'immobilisation du personnel ou du matériel de l'entreprise (voir chapitre 2 ci-dessous), de frais de garde du chantier, de mesures conservatoires, d'un manque à gagner sur les travaux non réalisés, de frais financiers supplémentaires (agios, commissions de cautions, etc.), perte de bénéfice escompté.

Chapitre 1 – Travaux supplémentaires

A – Exposé des faits

Au cours de la réalisation du chantier, un certain nombre de travaux supplémentaires nous ont été demandés. Ils n'étaient pas prévus initialement, ni dans le CCAP, ni dans le CCTP, ni dans les plans fournis à l'appui du dossier d'appel

d'offres. Seuls certains de ces travaux ont été acceptés à ce jour, d'autres refusés dans les conditions suivantes :

.....

Toutes justifications nécessaires figurent en annexe au présent mémoire.

Nous maintenons donc notre demande relative à ces travaux supplémentaires refusés jusqu'à maintenant.

B – Le droit

Citer les articles adéquats du CCAP-CCTP, du CCAG, du Code des marchés publics (de la norme NF P 03-001 pour les marchés privés), citer la jurisprudence du Conseil d'État adéquate (ou celle de la Cour de cassation pour les marchés privés). Ne pas omettre systématiquement les aspects défavorables.

C – Chiffrage

Évaluation des travaux supplémentaires.

En annexe, mettre tout justificatif : par exemple, les comptes rendus de chantier, les lettres de réserves ou références des lettres, les ordres de services, les réponses positives ou plus ou moins évasives du maître d'œuvre et/ou du maître d'ouvrage, les justificatifs permettant de confirmer les calculs.

Chapitre 2 – Immobilisation du personnel et du matériel

Du fait des retards de l'exécution d'autres corps d'état, le personnel et le matériel ont été immobilisés du Cette immobilisation a engendré pour l'entreprise ou le groupement des faits très importants que nous justifions et chiffrons dans ce présent chapitre.

A – Exposé des faits

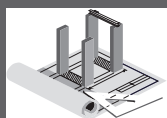
.....

B – Le droit

.....

C – Chiffrage

Avec tout justificatif



Les contrôles peuvent être d'ordre administratif, financier et/ou juridictionnel. Ils peuvent s'exercer *a priori* (avant la notification du marché), ou *a posteriori* (après la notification). Certains concernent les actes administratifs, d'autres visent les personnes.

Par ailleurs, des litiges entre l'Administration et les entreprises peuvent naître à l'occasion, soit de la passation des marchés, soit de l'exécution des marchés publics. Pour contester les décisions prises par l'Administration, les entreprises disposent de nombreux recours. Certains sont non contentieux (recours gracieux, recours hiérarchique, recours amiable devant le Comité consultatif [national ou interrégional] de règlement amiable des litiges [CCRA]) ; d'autres sont des recours contentieux, devant le juge administratif et parfois devant le juge pénal.

Nous verrons tout d'abord le contrôle des marchés publics, puis les recours des entreprises en cas d'éviction, c'est-à-dire au moment de la procédure de passation des marchés. Enfin nous étudierons les recours contentieux ou amiables des entreprises pendant l'exécution du marché.

1. Le contrôle *a posteriori* des marchés publics

Parmi les contrôles *a posteriori* on distingue :

- le contrôle de légalité exercé par le préfet ;
- le contrôle des dépenses par le comptable public ;
- le contrôle de la Cour et des chambres régionales des comptes ;
- le contrôle de la Cour de discipline budgétaire et financière ;
- le contrôle de la mission interministérielle d'enquête sur les marchés.

Les trois premiers sont des contrôles visant les actes administratifs. Les deux derniers visent les personnes qui peuvent de surcroît tomber sous le coup des juridictions pénales.

1.1. Les contrôles visant les actes administratifs

Ils permettent de s'assurer de la légalité des marchés et de veiller à la régularité comptable des paiements.

1.1.1. Le contrôle de légalité exercé par le préfet

Voir également infra 13.2.2. et 13.2.3. (le déferé préfectoral).

Nota : Les marchés passés en procédure adaptée (MAPA) sont dispensés de transmission au préfet.

Cependant les actes non soumis à l'obligation de transmission peuvent faire l'objet d'un déferé préfectoral, comme l'a jugé le Conseil d'État dans un arrêt du 4 novembre 1994 (département de la Sarthe).

Depuis les lois de décentralisation des 2 mars et 22 juillet 1982, intégrées dans le Code général des collectivités territoriales (CGCT) par la loi du 21 février 1996, les préfets ont compétence pour exercer un contrôle de légalité préfectoral *a posteriori* sur les actes des institutions publiques locales.

Avant ce régime, le préfet du département concerné, pouvait sanctionner lui-même l'illégalité d'un acte ; à présent, il ne dispose plus que de la latitude de procéder à un déferé devant les tribunaux administratifs.

Les documents reçus au titre du contrôle de légalité, en matière de marchés et de conventions de service public, **sont immédiatement rendus exécutoires dès l'instant où le tampon « reçu en préfecture » y est apposé**. Cela ne signifie pas pour autant qu'ils sont reconnus comme étant légaux par les services préfectoraux.

Ces derniers disposent de deux mois pour examiner ces pièces, adresser un courrier sollicitant des précisions ou documents complémentaires « nécessaires à l'exercice du contrôle de légalité » selon les termes consacrés (lettre d'observations), ou pour formuler un recours gracieux (demande d'annulation), ou encore engager un contentieux devant le tribunal administratif compétent.

Un préfet n'a toutefois pas pour mission de réaliser systématiquement des déferés préfectoraux.

Toutefois, le Conseil d'État lors de son arrêt du 21 juin 2000 « ministre de l'équipement c/ Roquebrune Cap Martin » a considéré que **les carences de l'État dans l'exercice du contrôle de légalité** des actes des collectivités territoriales et de leurs établissements publics **engagent la responsabilité de l'État** dès lors qu'elles constituent une faute lourde.

Cette jurisprudence a été confirmée dans l'arrêt du 6 octobre 2000 « ministère de l'Intérieur c/ commune de Saint-Florent ».

Eu égard à ses conséquences tant juridiques que financières, cette jurisprudence a contribué à accroître la vigilance des services investis des missions de contrôle de légalité et budgétaire.

Un accroissement des moyens de contrôle

L'article 47-III de la loi n° 92-125 du 6 février 1992 (loi ATR) octroie aux préfets la **possibilité de transmettre les marchés publics aux chambres régionales des comptes** (art. L 1411-18 du CGCT et L 234-1 à L 234-2 du Code des juridictions financières).

Les chambres doivent formuler des observations dans le délai d'un mois à compter de leur saisine. S'il ne s'agit que de simples avis insusceptibles de recours juridictionnels, ils permettent un examen poussé des conventions et sont donc susceptibles d'aider grandement les préfets dans le cadre de leur contrôle de légalité.

On pourra également se reporter à la circulaire du 7 décembre 1994 sur l'exercice du contrôle de légalité en marchés publics, JO du 31 mars 1995, p. 364, et à la circulaire du 29 juillet 1995, JO du 15 octobre 1995, p. 42.

1.1.2. Le contrôle des dépenses par le comptable public

Les comptables exercent, à l'occasion de chaque paiement, un contrôle de régularité au regard des règles de comptabilité publique.

Ils vérifient : la disponibilité des crédits, l'exacte imputation de la dépense, la justification du service fait, l'exactitude des calculs de liquidation.

Les comptables sont conduits à demander les pièces justificatives nécessaires à leurs contrôles.

1.1.3. Le contrôle de la Cour et des chambres régionales des comptes

Ces organismes exercent deux types de contrôle :

- un contrôle juridictionnel sur les comptes des comptables publics qui peuvent être condamnés à reverser au Trésor public les sommes qu'ils ont versées à tort ;
- un contrôle administratif sur le bon emploi des fonds publics par les collectivités.

Depuis le décret n° 83-224 du 22 mars 1983, les chambres régionales des comptes sont habilitées à constater les infractions constitutives d'un délit pénal et à saisir le procureur de la République. Les liens entre les chambres et le parquet ont encore été renforcés par le décret n° 95-945 du 23 août 1995 devenu l'article L 241-1 du Code des juridictions financières. S'agissant des marchés publics et de leurs avenants, un tel contrôle peut être suivi d'une saisine du parquet sur la base de la constitution d'un délit de favoritisme.

1.2. Les contrôles visant les personnes

Ils peuvent conduire à des sanctions personnelles prononcées contre les acheteurs publics.

1.2.1. Le contrôle de la Cour de discipline budgétaire et financière

En cas de fautes de gestion ou de négligences graves commises dans les services, la Cour de discipline peut prononcer à l'encontre des agents et des fonctionnaires publics des amendes et peut publier le jugement au Journal officiel. Les personnes déférées peuvent se faire assister d'un avocat.

Les élus ne sont pas justiciables de la Cour de discipline budgétaire et financière, sauf en cas d'inexécution d'une décision de justice.

1.2.2. Le contrôle de la mission interministérielle d'enquête sur les marchés

Cette mission créée par la loi du 3 janvier 1991 modifiée par les lois du 29 janvier 1993 et du 8 février 1995, est chargée de procéder, sur demande du préfet, à des enquêtes portant sur les conditions de régularité et d'impartialité dans lesquelles sont préparés, passés ou exécutés les marchés des collectivités territoriales et de leurs établissements publics, ainsi que des sociétés d'économie mixte locales.

Le champ d'action de la mission couvre donc la préparation des appels d'offres, la rédaction des cahiers des charges, les opérations de passation et les avenants.

Elle peut avoir accès aux documents administratifs et comptables locaux et pratiquer des saisies sur autorisation du juge.

Elle établit des rapports transmis au préfet et à l'autorité territoriale concernée, après avoir auditionné les parties intéressées.

Son rôle est essentiel en matière de délit de favoritisme.

1.2.3. Le contrôle exercé par les juridictions pénales

Il existe trois délits qui visent spécifiquement les acheteurs, que ceux-ci soient agents publics ou élus. Les juridictions pénales peuvent prononcer des peines de prison et des amendes.

1. La corruption

La corruption consiste à attribuer un marché à une entreprise en contrepartie d'un avantage que celle-ci fournit à l'acheteur public (art. 432-11 du Nouveau Code pénal). Les cas de corruption « involontaire » sont assez rares, encore qu'un manque de vigilance dans les rapports avec les entrepreneurs puisse un jour être qualifié de tel : cadeaux d'entreprise dépassant la simple intention modeste, voyage d'étude pour voir une réalisation dans une région riante, petits travaux réalisés à titre amical par un entrepreneur dans une propriété privée d'un élu ou d'un fonctionnaire qui n'ont pas été facturés...

La corruption passive est passible de 10 ans d'emprisonnement et de 150 000 € d'amende.

2. La prise illégale d'intérêt

C'est l'ancien délit d'ingérence.

Cela consiste, pour un élu, à prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération

dont il avait, au moment de l'acte *en tout ou en partie la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement* (art. 432-12 du NCP). En d'autres termes, la participation à la décision ou à des actes préparatoires, de la part d'une personne y ayant un intérêt familial ou professionnel, est constitutive d'un délit même si au final la collectivité y a trouvé un avantage.

La prise illégale d'intérêt est passible de 5 ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende.

3. Le favoritisme

Le favoritisme consiste, pour un acheteur, à attribuer un avantage injustifié à une entreprise en n'appliquant pas les règles d'égalité et de publicité prescrites par la réglementation des marchés publics (art. 432-14 du NCP).

Le favoritisme peut notamment résulter des comportements suivants :

- avantager une entreprise en la faisant bénéficier seule d'informations qui la favorisent par rapport à ses concurrents ;
- prévoir des clauses techniques « sur mesure » qui ne peuvent être satisfaites à l'évidence que par une seule entreprise déterminée ;
- sous-estimer volontairement le coût des prestations pour pouvoir déclarer un appel d'offres infructueux et choisir ensuite l'entreprise avec laquelle le marché sera négocié.

Mais d'autres hypothèses peuvent être reconnues :

- faire jouer la préférence locale ;
- partager un marché entre plusieurs entreprises ;
- modifier un dossier technique en cours de consultation et ne l'adresser qu'à une seule entreprise ;
- désigner une marque, un procédé technique ;
- solliciter des offres de couverture ;
- parfois même une simple erreur de procédure ;
- ou une atteinte à la concurrence.

Une définition large des personnes concernées par le délit de favoritisme.

L'article 432-14 du Nouveau Code pénal fait référence à toute personne :

- dépositaire de l'autorité publique,
- ou chargée d'une mission de service public,
- ou investie d'un mandat électif public,
- ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'État, d'un établissement public, d'une collectivité territoriale ou d'un de ses établissements publics ou d'une SEM,
- ou toute personne agissant pour le compte de l'une des personnes susvisées.

Les personnes qui agissent comme **mandataires** pour le compte de personnes soumises à l'obligation de concurrence au moyen de procédures formalisées

doivent donc appliquer la réglementation concernant leur mandant. Il en va de même du **maître d'œuvre** lié par contrat au maître d'ouvrage ou au maître d'ouvrage délégué. Par ailleurs, maintenant **tous les établissements publics sont concernés** (alors que lors du vote du Nouveau Code pénal, seuls les établissements publics n'ayant pas le caractère industriel et commercial entraient dans le champ d'application du délit de favoritisme).

Les interrogations liées au délai de prescription du délit de favoritisme.

Deux arrêts de la Cour de cassation (C. Cass. crim., 27 août 1999, Gayet et Quais et Godard, Gaz, Communes, 3 janvier 2000) ont fixé ce point de départ au jour où le délit a été révélé à l'autorité chargée de mettre en œuvre l'action publique, sauf s'il a été volontairement dissimulé par son ou ses auteurs.

Le délit de favoritisme est passible de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende et des peines complémentaires de l'article 432-17, avec notamment l'interdiction d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise.

Le recel de favoritisme

L'article 321-1 du Code pénal permet de retenir sous la qualification de recel le fait de bénéficier en connaissance de cause du produit de l'infraction. Dans un arrêt de principe du 28 janvier 2004 (Bull. crim. n° 23, n° 02-86597), la Cour de cassation a retenu comme constitutif du délit de recel le bénéfice, en connaissance de cause, de l'attribution d'un marché irrégulièrement passé. Il importe de retenir que le délit de recel est constitué tant que la détention du marché se poursuit, à la différence du délit de favoritisme qui se prescrit en principe trois ans après la notification du marché (sauf dissimulation).

En pratique, l'une des formes les plus courantes de l'avantage injustifié est l'obtention d'informations privilégiées. La jurisprudence met donc particulièrement en lumière les risques encourus par les entreprises qui, dans le cadre de démarches commerciales, dépassent la limite de ce qui est permis, notamment en réalisant de véritables études gratuites (Cass. crim., 20 avril 2005, Bull. crim. n° 23, n° 04-83017).

Délit de favoritisme et constitution de partie civile

Comme le rappelle la circulaire (05-3/G3) du ministère de la Justice du 22 février 2005 relative aux incidences de la réforme du Code des marchés publics 2004 sur la caractérisation du délit de favoritisme, **la possibilité de déposer une plainte avec constitution de partie civile a été reconnue aux candidats évincés.**

Il résulte en effet de l'arrêt de principe de la Cour de cassation du 28 janvier 2004 que doit être admise la constitution de partie civile d'une société fondée sur le motif selon lequel l'attribution irrégulière du marché aurait eu pour conséquence directe de lui faire perdre une chance d'être déclarée attributaire. La recevabilité de la constitution de partie civile est toutefois subordonnée à la condition que l'activité de la société évincée entre bien dans l'objet du marché en cause et qu'elle dispose du personnel et du matériel adaptés.

La constitution de partie civile pourrait trouver son terrain de prédilection dans l'hypothèse où un référé précontractuel n'aurait pas été rendu possible en raison de la signature anticipée du contrat.

Extension du champ d'application du délit de favoritisme

Dans un arrêt du 21 septembre 2005 (sté Cyclergie c/ Sytrad), la chambre criminelle de la Cour de cassation sanctionne non pas la volonté de favoriser une entreprise mais au contraire celle de **rompre le principe d'égalité entre les candidats en défavorisant une ou plusieurs entreprises**.

La qualification de délit de favoritisme pour un manquement à un principe fondamental de la commande publique, et spécialement au principe d'égalité, n'est pas une nouveauté (Cass., 12 juin 2003, n° 02-81122). Mais la rupture d'égalité est souvent commise dans le but de favoriser un candidat déterminé.

En considérant qu'en excluant un candidat sans raison, le délit est constitué dès lors que cette exclusion profite à un autre soumissionnaire, la Cour ne déforme pas le délit d'octroi d'avantage injustifié. Elle étend l'application de ce délit à des situations nouvelles.

Toute entreprise soumissionnaire dont la candidature ou l'offre sera illégalement déclarée irrecevable, ou dont l'évaluation sera entachée d'une erreur manifeste d'appréciation, indépendamment de la justesse d'évaluation de l'entreprise « mieux-disante », pourra désormais engager une procédure. Cette démarche contentieuse sera facilitée par la jurisprudence de la Cour de cassation du 28 janvier 2004 (Bull. crim. n° 23, n° 02-86597), citée par la circulaire du 22 janvier 2005, qui admet la constitution de partie civile par les candidats évincés.

2. Les recours dans les marchés publics

Des litiges entre les collectivités publiques et les entreprises peuvent naître à l'occasion soit de la passation, soit de l'exécution des marchés.

Il peut s'agir de :

- litiges portant sur la passation du marché : publicité, mise en concurrence, non respect des principes fondamentaux, non respect des seuils, etc. ;
- litiges portant sur l'application des clauses contractuelles : résiliation du marché ;
- litiges portant sur le paiement du marché.

Pour contester les décisions prises par l'Administration, les entreprises disposent de nombreux recours :

- Certains recours sont traditionnels : les recours gracieux et hiérarchiques et les recours juridictionnels devant le juge de l'excès de pouvoir contre les actes unilatéraux détachables du marché ou en indemnisation devant le juge du plein contentieux.
- D'autres recours ont été ouverts plus récemment : le contrôle de légalité exercé par le préfet pour les marchés des collectivités locales, qui peut aboutir à un sursis à exécution du marché déferé puis à son annulation, et le référé précontractuel de L 551-1 et R 532-1 du Code de justice administrative depuis le 1^{er} janvier 2001 en vertu de la loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives.

2.1. Litiges portant sur la passation du marché : les recours traditionnels

2.1.1. Motifs de l'éviction et caractéristiques de l'offre retenue

Avant d'entamer tout recours il est indispensable d'obtenir par écrit les motifs précis de l'éviction de la candidature ou de l'offre de l'entreprise.

Le Code des marchés publics fait obligation à tout maître d'ouvrage public de communiquer par écrit, à tout candidat qui en fait la demande par écrit, les motifs du rejet de son offre.

La motivation doit comporter l'énoncé des considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de la décision. Une motivation reprenant les termes de la réglementation en vigueur sans expliquer son application au cas particulier n'est pas suffisante (CE, 18 mai 1984, La participation mobilière et immobilière).

L'article 80 du Code des marchés publics issu du décret du 1^{er} août 2006 précise que pour les marchés passés selon une des procédures formalisées, **le pouvoir adjudicateur avise, dès qu'il a fait son choix sur les candidatures ou sur les offres, tous les autres candidats du rejet de leurs candidatures ou de leurs offres, en indiquant les motifs de ce rejet.**

Un délai d'au moins dix jours est respecté entre la date à laquelle la décision de rejet est notifiée aux candidats dont l'offre n'a pas été retenue et la date de signature du marché. En cas d'urgence ne permettant pas de respecter ce délai de dix jours, il est réduit dans des proportions adaptées à la situation. Ce délai n'est en revanche pas exigé dans les situations d'urgence impérieuse (art 80 du Code des marchés publics).

Par ailleurs, le pouvoir adjudicateur communique, dans un délai maximal de quinze jours à compter de la réception d'une demande écrite à tout candidat écarté qui en fait la demande les motifs détaillés du rejet de sa candidature ou de son offre ; cela ne doit pas néanmoins conduire à divulguer des informations portant atteinte aux intérêts commerciaux légitimes des entreprises ou à nuire au libre jeu de la concurrence entre elles (CE 20 octobre 2006, Syndicat des eaux de Charente-Maritime à propos de la communication à un candidat évincé du contenu des secondes enveloppes et notamment du prix des autres candidats).

Et, sauf en cas d'offres inappropriées, irrégulières ou inacceptables, les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue ainsi que le nom du ou des attributaires du marché (art. 83 du Code des marchés publics).

L'article ajoute que la personne responsable du marché ne peut communiquer les renseignements dont la divulgation :

- serait contraire à la loi ;
- serait contraire à l'intérêt public ;
- porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprises ;
- pourrait nuire à une concurrence loyale entre les entreprises.

L'obligation de motivation résulte des principes inscrits :

- dans la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal (accès aux documents administratifs) ;
- dans la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public ;
- et dans la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations.

Ne pas envoyer les motifs du rejet d'une candidature constitue une atteinte aux obligations de mise en concurrence dont il appartient au juge de tirer les conséquences. Dans un arrêt en date du 9 août 2006, le Conseil d'État a annulé une procédure de passation de marché portant sur des travaux à réaliser sur la basilique Notre-Dame de la commune de Boulogne-sur-mer. Le Conseil d'État fonde sa décision sur la violation de l'article 77 du Code des marchés publics [article 83 du Code des marchés publics 2006] qui prévoit que la personne responsable du marché **doit** communiquer, dans un délai de quinze jours à compter de la réception d'une demande écrite, à tout candidat à un appel d'offres dont la candidature a été écartée, les motifs de ce rejet. Cette obligation a pour objet de permettre à l'intéressé de contester le rejet qui lui est opposé. Le Conseil d'État estime que la méconnaissance de cette obligation qui incombe à la personne responsable du marché **constitue une atteinte aux obligations de mise en concurrence** dont il appartient au juge administratif de tirer les conséquences (CE, 9 août 2006, commune de Boulogne-sur-mer).

Modalités d'indemnisation du candidat irrégulièrement évincé lors de l'attribution d'un marché (CE, 27 janvier 2006, commune d'Amiens).

Le contrôle de la passation des marchés publics peut faire l'objet de plusieurs types d'actions.

2.1.2. Les recours gracieux ou hiérarchique

Le candidat évincé peut d'abord saisir l'Administration d'un recours gracieux ou d'un recours hiérarchique : il s'agit de recours exercés devant l'autorité qui a pris la décision ou devant son supérieur hiérarchique. Ces recours revêtent un caractère entièrement facultatif. L'Administration n'est pas obligée de répondre. C'est souvent l'occasion pour un entrepreneur d'obtenir des informations utiles en cas de recours contentieux. L'exercice de ce recours proroge le délai du recours pour excès de pouvoir. Le candidat évincé peut également former un recours juridictionnel. Ils sont de deux types.

2.1.3. Recours en annulation devant le juge de l'excès de pouvoir

Le juge de l'excès de pouvoir ne peut traditionnellement connaître que des actes unilatéraux détachables du marché lui-même : il ne peut s'immiscer dans le contrat.

Sont considérés comme des actes détachables susceptibles de recours : la décision autorisant la passation du marché, les décisions de choix ou d'attribu-

tion du marché, les décisions de conclure ou non le marché, la décision d'approbation ou de refus d'approbation du contrat.

L'annulation d'un acte détachable ne fait pas tomber le marché et la collectivité publique reste libre de tirer ou non les conséquences de l'annulation de l'acte détachable. Dans un tel cas, il appartient en fait à l'administration *d'apprécier si, eu égard aux motifs de la décision d'annulation de l'acte détachable, l'exécution du contrat peut être poursuivie jusqu'à son terme ou si le contrat doit être résilié* (CE, avis, 3 décembre 1997, AJDA, 20 février 1998, p. 169, obs. L. Richer).

En effet, seules les parties au contrat (l'Administration et l'entreprise titulaire du contrat), **peuvent exercer un recours en déclaration de nullité du contrat** ; les tiers, à l'exception du préfet (cf. infra) ne peuvent obtenir que l'annulation de l'acte détachable. Mais ceci leur permettra dans un second temps d'obtenir une indemnisation par le biais d'un recours devant le juge du plein contentieux.

Toutefois, aux termes d'un arrêt du Conseil d'État (section 7 octobre 1994, M. et Mme Lopez) le juge de l'astreinte peut contraindre la collectivité à saisir le juge du contrat, auprès duquel les tiers n'ont pas qualité pour agir, en vue de lui faire prononcer la nullité du contrat. Cet arrêt indique ainsi une méthode (l'astreinte) à ceux qui ont obtenu gain de cause sur le terrain de l'excès de pouvoir pour aboutir à l'anéantissement du contrat.

Néanmoins, depuis le 1^{er} janvier 2001, le pouvoir d'injonction du juge est renforcé. L'article L 911-4 du Code de justice administrative, relative à la partie législative du Code de justice administrative, a renforcé le pouvoir d'injonction du juge administratif en lui permettant notamment d'imposer à l'administration des mesures d'exécution découlant de décisions juridictionnelles et d'assortir une telle injonction d'une astreinte.

Cela devrait permettre aux tiers aux contrats de « forcer » l'Administration à saisir le juge du contrat (ou à résilier le contrat ou l'avenant) afin que l'annulation de l'acte détachable produise un effet sur le contrat lui-même (cf. infra 2.1.5.).

Si l'annulation d'un acte détachable n'entraîne pas l'annulation du marché, le recours en annulation de l'acte détachable devant le juge de l'excès de pouvoir permet toutefois à l'entrepreneur évincé d'obtenir, dans un second temps, une indemnisation par le biais d'un recours devant le juge du plein contentieux.

2.1.4. Recours en indemnisation devant le juge de plein contentieux

La responsabilité de la collectivité territoriale est alors engagée sur le terrain de la faute. Celle-ci sera facile à démontrer grâce à l'annulation de l'acte détachable du marché. L'entreprise sera indemnisée de son manque à gagner à condition de pouvoir démontrer la perte d'une chance sérieuse d'emporter le marché. Il n'y a toutefois aucune systématicité du droit à indemnité des candidats non retenus à un marché attribué à un autre. L'entreprise évincée devra déterminer dans laquelle des catégories énumérées ci-dessous elle se situe.

Lorsque l'entreprise évincée n'a jamais été en position d'obtenir le marché (cf. CE, 19 avril 1985, commune de Vitrolles) ou si l'éviction est la conséquence d'une irrégularité formelle dans l'attribution du marché, mais que son offre était de toute façon irrecevable (insuffisance des garanties professionnelles ou financières, offre de prix anormalement basse...), le candidat non retenu n'a aucun droit à indemnité.

Lorsque l'entreprise évincée n'était pas dépourvue de toute chance d'obtenir le marché (par exemple, être sélectionnée avec d'autres candidats pour poursuivre l'appel d'offres parmi un certain nombre d'autres en compétition), le candidat non retenu a droit à une indemnité correspondant aux frais qu'il a inutilement exposés pour participer à l'appel d'offres (CAA Lyon, 18 mai 1989, société Royat Automobiles).

Lorsque l'entreprise évincée avait une chance sérieuse d'emporter le marché (candidat moins-disant et présentant toutes garanties, candidat à égalité de qualités par rapport à l'entreprise retenue...), le candidat non retenu a droit au remboursement des frais inutilement exposés pour participer à l'appel d'offres et à une partie du manque à gagner (CE, 28 mars 1980, CH de Seclin et CE, 13 octobre 1983, commune des Mées).

Lorsque l'entreprise avait une chance très sérieuse d'emporter le marché (candidat retenu, puis évincé, seul candidat sérieux et/ou capable), le candidat non retenu a droit au remboursement de l'intégralité du manque à gagner et des frais engagés (CE, 10 janvier 1986, société des travaux du Midi, CE, 18 novembre 1988, ministère de l'Intérieur c/ SARL Les Voyages Brounais et CE 1^{re} et 4^e sections réunies, 23 mars 1994, syndicat intercommunal à vocation unique pour l'étude et la réalisation du golf de Cognac).

En revanche, dans le cas où le candidat n'a aucune chance sérieuse d'emporter le marché (hypothèse où l'offre présentée ne respectait pas les prescriptions du règlement de la consultation), il ne peut prétendre à aucune indemnité et ce même s'il a été irrégulièrement évincé d'une procédure de marché public (CE, 11 septembre 2006, commune de Saran).

2.1.5. Injonctions et astreintes (L 911-1 à L 911-10 du CJA)

Les articles L 911-1 à L 911-10 du Code de justice administrative mettent en place un système d'injonctions et d'astreintes, celles-ci pouvant être à la fois réclamées *a priori* et *a posteriori*.

Ces injonctions sont elles-mêmes de deux natures différentes, soit :

- lorsque la décision de la juridiction administrative implique nécessairement que soit prise une mesure d'exécution dans un sens déterminé, le juge administratif peut prescrire, par la même décision, cette mesure assortie le cas échéant d'un délai d'exécution (article L 911-1 du CJA) ;
- lorsque la décision de la juridiction administrative implique nécessairement qu'une décision soit prise après une nouvelle instruction, la juridiction prescrit par la même décision juridictionnelle que cette nouvelle décision doit intervenir dans un délai déterminé (art. L 911-2 du CJA).

Ces deux types d'injonctions peuvent être assortis d'astreintes (article L 911-3) à partir du moment où une date a été déterminée.

Aux termes de l'article L 911-4 du CJA, **ces injonctions, le cas échéant assorties d'astreintes, peuvent être demandées *a posteriori***, c'est-à-dire dans l'hypothèse où le jugement a été rendu et où il n'est pas exécuté.

De manière assez classique, comme cela existe dans la procédure civile, l'astreinte est considérée comme provisoire à moins que la juridiction n'ait précisé son caractère définitif.

Elle ne se confond jamais avec les dommages et intérêts.

Sur saisine de celui qui l'a réclamé, la juridiction administrative procède à la liquidation de l'astreinte qu'elle a prononcée.

Le système ne manque pas de souplesse car, si la modification du taux de l'astreinte définitive lors de sa liquidation est limitée au cas où l'inexécution de la décision provient d'un cas fortuit ou d'un cas de force majeure, la juridiction peut en revanche modérer ou supprimer l'astreinte provisoire même en cas d'inexécution constatée.

L'injonction permet tout d'abord, et c'est essentiel, de donner à la juridiction et aux justiciables le sens de l'exécution de la décision. En effet, certaines décisions étaient inexécutées ou mal exécutées, non pas par volonté de l'administration de se soustraire à la décision du juge, mais bien par manque de connaissance ou difficulté de l'administration à adopter l'exécution adéquate.

L'injonction, en particulier celle de l'article L 911-1, permet donc de prescrire à l'administration la mesure d'exécution.

En ce sens, l'injonction est particulièrement intéressante, en particulier lorsqu'elle est demandée *a priori*, car elle permet au juge d'explicitier le sens dans lequel il estime que sa décision devra être exécutée.

Cette injonction, qui figure habituellement à l'article 2 du jugement, donne donc une force supplémentaire au jugement qui ne se borne donc plus à annuler un acte, mais à prescrire à une personne donnée d'agir dans un sens donné.

De ce fait, l'injonction permet également, dans une certaine mesure, au professionnel du droit qui dépose la requête dans les intérêts du requérant, de solliciter une exécution particulière dans un sens déterminé.

C'est ainsi également qu'en matière de contrat le Conseil d'État a récemment confirmé la jurisprudence selon laquelle, lorsque l'annulation d'un acte détachable du contrat implique nécessairement la résolution des conventions, il y a lieu d'enjoindre à la personne publique (Aéroports de Paris, en l'espèce), s'il ne peut obtenir de ces cocontractants qu'ils acceptent la résolution des conventions d'un commun accord des parties, de solliciter du juge du contrat cette résolution dans le délai de 2 mois (Conseil d'État, section, 26 mars 1999, *société HERTZ France et autres* : RF DA 1999, p. 9777).

Si l'annulation de l'acte détachable du contrat n'entraîne pas nécessairement sa nullité, il appartient au juge de l'exécution, saisi d'une demande d'un tiers, d'enjoindre à une partie au contrat de saisir le juge compétent afin qu'il en constate la nullité, et de prendre en compte la nature de l'acte attaqué, ainsi que le vice dont il est entaché (Conseil d'État, 10 décembre 2003, IRD)

Alors qu'un recours indemnitaire, ou qu'un recours pour excès de pouvoir de manière classique, se concentrent sur le fondement de la responsabilité ou sur les moyens d'annulation de l'acte, les articles L 911-1 et suivants du CJA ont permis à ceux qui rédigent les requêtes de se projeter au-delà de l'instance.

2.1.6. Quels sont les documents dont le juge peut ordonner la communication ?

A l'égard de l'administration, le juge peut requérir la production de tous documents à la seule exception de ceux qui sont couverts par un secret garanti par la loi (CE Ass. 11 mars 1955, Coulo et CE 23 décembre 1988, Banque de France).

A l'égard des parties à l'instance, le juge administratif, et notamment le juge des référés, est tenu de communiquer avant la clôture de l'instruction, par tous moyens, notamment en les mettant à même d'en prendre connaissance à l'audience publique, les pièces et mémoires soumis au débat contradictoire qui servent de fondement à sa décision et qui comportent des éléments de fait ou de droit dont il n'a pas été antérieurement fait état au cours de la procédure (CE 28 mai 2001, Société Codiam).

Toutefois, si l'objet même du litige porte sur la communication d'un document, tel qu'une pièce se rapportant à un marché public, le recours au juge administratif n'est tout d'abord possible que si la commission d'accès aux documents administratifs a été saisie préalablement à ce recours du refus de l'administration de communiquer le document litigieux conformément au dernier alinéa de l'article 20 de la loi du 17 juillet 1978 modifiée.

2.2. Litiges portant sur la passation du marché : le déféré préfectoral

(Voir également supra 1.1.1. le contrôle de légalité exercé par le préfet).

La loi du 2 mars 1982, intégrée dans le Code général des collectivités territoriales (CGCT) par la loi du 21 février 1996, a donné au préfet la faculté d'exercer un recours en annulation contre certains actes des collectivités locales, notamment certains des contrats passés par ces collectivités qui lui sont obligatoirement transmis.

2.2.1. Le préfet est le seul tiers au contrat qui puisse en demander l'annulation

C'est le premier avantage du déféré préfectoral sur le recours en annulation exercé par les candidats évincés qui ne peuvent obtenir que l'annulation des seuls actes détachables du marché (voir néanmoins ci-dessus 2.1.3.).

Ce déféré, qui présente le caractère d'un recours pour excès de pouvoir, conduit le juge de l'excès de pouvoir à annuler non seulement les actes détachables de ces contrats, mais encore les contrats eux-mêmes (voir en ce sens CE, section 26 juillet, commune de Sainte-Marie de La Réunion ou CE, 2 novembre 1988, Corep des Hauts-de-Seine c/ OPHLM de Malakoff).

Dans le cadre de son contrôle de légalité, le préfet peut également demander au juge administratif l'annulation d'un avenant souscrit par une collectivité locale (CE, 28 juillet 1995, préfet de la région Île-de-France c/ société de gérance Jeanne d'Arc).

Le préfet défère au juge les actes qu'il estime illégaux. Il agit, soit de sa propre initiative, c'est le déféré spontané, soit à la demande des tiers intéressés (un entrepreneur injustement évincé par exemple), c'est le déféré provoqué qui permet à l'entreprise de garder un certain anonymat.

La saisine du juge relève du pouvoir discrétionnaire du préfet et son refus de déférer ne fait pas grief et n'est donc pas susceptible de recours (CE, section 25 février 1991, Brasseur).

Toutefois, le Conseil d'État lors de son arrêt du 21 juin 2000 « ministre de l'Équipement c/ Roquebrune Cap Martin » a considéré que **les carences de l'État dans l'exercice du contrôle de légalité** des actes des collectivités territoriales et de leurs établissements publics **engagent la responsabilité de l'État** dès lors qu'elles constituent une faute lourde. Cette jurisprudence a été confirmée dans l'arrêt du 6 octobre 2000 « ministère de l'Intérieur c/ commune de Saint-Florent ». Eu égard à ses conséquences tant juridiques que financières, cette jurisprudence a contribué à accroître la vigilance des services investis des missions de contrôle de légalité et de contrôle budgétaire.

La demande présentée au préfet dans le délai de recours contentieux proroge le délai de recours contentieux exercé par l'entreprise. Le déféré doit être présenté dans le délai de deux mois suivant la transmission de l'acte.

Les marchés passés en procédure adaptée (MAPA) sont dispensés de transmission au préfet. Cependant, les actes non soumis à l'obligation de transmission peuvent faire l'objet d'un déféré préfectoral, comme l'a jugé le Conseil d'État dans un arrêt du 4 novembre 1994 (département de la Sarthe).

Ce délai peut être prorogé en cas de recours gracieux ou d'une demande classique de complément de transmission. Le préfet peut d'ailleurs successivement intenter ces deux actions (CE, 4 novembre 1996, département de la Dordogne, Lebon, p. 433).

2.2.2. Le second avantage du déféré préfectoral est la possibilité pour le préfet d'obtenir le sursis à exécution du marché déféré : référé suspensif

En effet, aux termes de l'article 27 de la loi d'orientation pour l'aménagement du territoire du 4 février 1995, devenu l'article 2131-6, alinéa 4, du Code général des collectivités territoriales, **la demande de sursis à exécution en matière de marchés publics formulée par le préfet dans les dix jours à compter de la récep-**

tion de l'acte entraîne la suspension de celui-ci. Si le tribunal n'a pas statué au terme d'un délai d'un mois à compter de la réception, l'acte redevient exécutoire.

Il en résulte que le déféré assorti d'une demande de sursis revêt, en matière de marchés publics, un caractère suspensif pendant une durée d'un mois.

S'agissant des procédures de sursis et de suspension des actes, on notera que la réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif (loi du 30 juin 2000) a instauré de nouvelles règles. Ainsi, le sursis à exécution est remplacé par un **référé-suspension** qui repose sur des conditions plus souples que celles du sursis (qui étaient l'existence d'un moyen sérieux et d'un préjudice difficilement réparable, le préfet n'étant concerné que par la première condition). Dorénavant, la suspension d'un acte pourra être prononcée s'il existe un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision, et si elle est justifiée par une situation d'urgence. La suspension des actes administratifs – et donc des marchés et des avenants – repose donc sur une procédure plus efficace et susceptible d'être rapide étant donné qu'elle est intégrée aux procédures d'urgence qui donnent la possibilité au juge des référés de se prononcer rapidement.

2.3. Litiges portant sur la passation des marchés : le référé précontractuel (L 551-1 du CJA)

Le recours au juge administratif dans le cadre d'un référé précontractuel permet de faire sanctionner les irrégularités qui entachent la passation ou les clauses d'un marché public et, spécialement, celles qui résultent de la violation des règles de concurrence.

L'institution du référé précontractuel contribue donc à renforcer l'efficacité du rôle du juge administratif en le dotant d'un instrument de contrôle *a priori*.

En effet, les articles L 551-1 et R 532-1 du Code de justice administrative donnent au président du tribunal administratif, ou à un magistrat délégué, « statuant en la forme des référés », le pouvoir d'intervenir avant la conclusion d'un contrat de droit public et celui d'agir rapidement en vue de prévenir ou de corriger les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence qui lui sont applicables.

2.3.1. Champ d'application : les contrats concernés

- Les marchés soumis au Code des marchés publics sans condition de seuil.
- Les contrats du 2° de l'article 24 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics (organismes privés d'HLM, SEM, EDF, GDF, SNCF, Aéroports de Paris, RATP, etc.).
- Les contrats de partenariat
- Les conventions de délégation de service public
- Les baux emphytéotiques hospitaliers (BEH).

2.3.2. Les pouvoirs du juge

Le juge administratif, saisi au titre des articles L 551-1 et R 532-1 du CJA, contrôle les règles de passation au regard de l'impératif de publicité et de concurrence.

Pourra donc être invoquée, la méconnaissance de toutes les dispositions ou principes, d'origine nationale et communautaire :

- assurant la publicité préalable des avis de consultation et d'appel de candidature (arrêt commun de Cabourg) ;
- fixant un délai minimum pour la réception des candidatures ;
- déterminant des critères objectifs de sélection des candidatures ou de choix des offres (CE, 10 février 1997, sté Révillon) ;
- interdisant toute norme technique discriminatoire (CE, 3 novembre 1995, district de l'agglomération nancéenne c/ sté Norit) : le choix de telles spécifications constituait un manquement aux obligations de mise en concurrence ;
- garantissant l'égalité de traitement de concurrents.

Ainsi :

- la date limite de validité des offres ne peut être prorogée qu'avec l'accord de tous les candidats admis à présenter une offre (CE, 13 décembre 1996, syndicat intercommunal pour la revalorisation des déchets du secteur Cannes-Grasse) ;
- de même, la personne responsable d'un marché conclu selon la procédure d'appel d'offres sur performances ne peut apporter, la veille de la date limite impartie aux candidats pour la remise de la dernière offre complète, des modifications substantielles au programme fonctionnel détaillé du marché (CE, 19 mars 1997, ministre de l'Agriculture c/ sté Bull).

Lorsqu'il relève un manquement aux règles applicables, le juge a la possibilité de prendre :

- **des mesures provisoires :**
 - injonction de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximum de 20 jours ;
 - injonction faite à l'auteur du manquement de « se conformer à ses obligations », c'est-à-dire de régulariser le manquement affectant la publicité de la procédure, la composition du dossier de consultation, les conditions d'examen des candidatures ou des offres, etc. ;
 - suspension de la passation du marché ;
 - sursis à l'exécution « de toute décision qui s'y rapporte », actes « détachables » ou actes « préparatoires » tels que l'avis d'appel à la concurrence, le règlement de la consultation ;
- **des mesures définitives :**
 - annulation des décisions se rapportant à la formation du contrat ;
 - suppression des clauses ou prescriptions discriminatoires.

La finalité de libre concurrence autorise le juge, quelles que soient les conclusions du requérant, à utiliser les moyens les plus efficaces propres à prévenir les

atteintes à la concurrence. Il peut ainsi choisir d'exercer pleinement ses pouvoirs diversifiés en écartant la suspension au profit de l'annulation aux effets plus radicaux (CE, 20 octobre 2006, commune d'Andeville).

2.3.3. Les conditions de recevabilité du recours

Selon les articles L 551-1 et R 532-1 du Code de justice administrative, le recours aux fins de référé précontractuel ne peut être valablement introduit que si deux conditions d'ordre public et dont la méconnaissance peut être soulevée d'office par le juge, se trouvent réunies :

Condition tenant à la qualité du requérant

Le demandeur doit avoir qualité pour agir, condition qui s'apprécie différemment selon les catégories de personnes autorisées à se pourvoir :

Les entreprises

Sont tout d'abord recevables à saisir le président du tribunal administratif les personnes *qui ont un intérêt à conclure le contrat et sont susceptibles d'être lésées par (...) (un) manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence* :

- candidats évincés de la procédure d'attribution,
- ou n'ayant pu y participer faute de publicité suffisante,
- voire toute entreprise relevant du secteur d'activité concerné.

En revanche, une fin de non-recevoir doit être opposée aux personnes qui ne se trouvent pas en situation de conclure le contrat litigieux :

- contribuables locaux,
- conseillers municipaux, organismes professionnels... (cf. CE, 16 décembre 1996, conseil régional de l'ordre des architectes de la Martinique).

Le préfet

Depuis la loi du 29 janvier 1993, le préfet peut également engager la procédure de l'article L 551-1 à l'égard de la passation des marchés locaux et conventions locales de délégation relevant de son contrôle de légalité : le « référé » préfectoral s'exerçant *a priori* vient ainsi compléter le « déféré » de la loi de 1982 portant, *a posteriori*, sur un contrat déjà conclu.

L'État

Enfin, la demande est encore susceptible d'être introduite par les représentants de l'État (ministre et préfet) agissant comme interlocuteurs de la commission de Bruxelles lorsque celle-ci invoque une « violation claire et manifeste » des obligations d'origine communautaire.

Condition tenant à la demande préalable : condition supprimée

Cette condition a été supprimée par le décret du 22 novembre 2000 pris pour l'application de la loi du 30 juin 2000 (art. 532-1 du CJA). Avant l'entrée en vigueur de ce décret, l'exercice du recours devant le juge devait être précédé

d'une demande préalable adressée « à la personne morale tenue aux obligations de publicité et de mise en concurrence qui s'appliquent au contrat en cause », le juge pouvant être saisi après rejet explicite de la demande ou en « l'absence de réponse dans un délai de dix jours ».

Condition tenant à l'introduction du recours avant la conclusion du contrat

Enfin, il est nécessaire que le recours soit introduit, et même jugé, avant la conclusion du contrat :

Dans un important arrêt de section du 3 novembre 1995, le Conseil d'État décide, dans un considérant de principe, qu'il résulte des dispositions de l'article L 551-1 du CJA que *les pouvoirs conférés au juge administratif, en vertu de la procédure spéciale instituée par l'article L 22 du Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel* [maintenant L 551.1 du CJA], *ne peuvent s'exercer après la conclusion du contrat* (cf. CE section, 3 novembre 1995, chambre de commerce et d'industrie de Tarbes et des Hautes-Pyrénées).

Dès lors que le contrat est conclu, la procédure instituée par l'article L 22 « ne peut plus être mise en jeu », elle disparaît et, par conséquent, les pouvoirs du juge des référés prennent fin. En effet, pour le Conseil d'État, l'expression « avant la conclusion du contrat » détermine ici le moment où le juge peut prendre les mesures et non pas seulement celui où elles peuvent être demandées.

Alors même que la requête aurait été introduite (et donc enregistrée) avant que le marché n'ait été signé, la signature en cours d'instance dessaisit le juge, qui ne peut que prononcer un non-lieu.

Le Conseil d'État décide également que le juge de cassation est dessaisi et doit prononcer un non-lieu à statuer, dès lors que le contrat a été conclu entre l'ordonnance du président du tribunal administratif et le moment où lui-même devrait statuer. Les mesures tendant à la suspension et à la rectification de la procédure de passation du marché litigieux sont devenues sans objet (cf. CE, 3 novembre 1995, sté Stentofon Communications).

C'est consacrer au référé précontractuel le caractère de procédure purement préventive destinée à corriger des irrégularités tant qu'il est temps, et non à réparer les illégalités consommées.

2.3.4. Les limites de cette procédure

Cette condition de recevabilité contribue à réduire l'efficacité de la procédure du référé précontractuel. Elle peut inciter l'Administration, une fois informée d'un risque de contentieux, à conclure le contrat au plus vite, et parfois de façon irrégulière (voir toutefois ci-dessous 2.3.5.).

Elle provoque l'échec de plus d'un tiers des recours, puisque la majorité des demandes de référé précontractuel sont rejetées pour irrecevabilité faute d'introduction du recours avant la conclusion du contrat.

De plus, **la signature d'un marché préalablement à l'information des candidats évincés du rejet de leur offre prévue** par l'article 76 du Code des marchés publics [80 du Code des marchés publics 2006], **n'entraîne pas l'inexistence de cette signature**. En d'autres termes, la méconnaissance de cette garantie, essentielle pour les soumissionnaires évincés [respect des 10 jours entre la date à laquelle la décision de rejet est notifiée aux candidats dont l'offre n'a pas été retenue et la date de signature du marché] n'a pas pour effet de conserver la compétence du juge du référé précontractuel : ce dernier ne peut que prendre acte de la signature du contrat et prononcer un non-lieu à statuer (CE, 7 mars 2005, sté Granjouan-Saco).

Ainsi l'accès au référé précontractuel repose de plus en plus sur l'exercice immédiat, par le juge, de son pouvoir de différer la signature du marché.

2.3.5. Injonction de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximum de vingt jours

Depuis le 1^{er} janvier 2001, l'article L 551-1 précise que *dès qu'il est saisi, il [le juge] peut enjoindre de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximum de 20 jours*.

L'injonction prononcée à cet effet constitue l'une des manifestations les plus fortes de l'action préventive du juge du référé précontractuel, son but étant de geler provisoirement la formation du contrat dans l'attente du débat judiciaire.

Il s'agit néanmoins d'une mesure conservatoire de portée limitée : la suspension provisoire de la signature ne revêt aucun caractère automatique, elle dépend du bon vouloir du magistrat en charge du dossier.

Cette suspension est par ailleurs limitée à une durée maximale de 20 jours, délai qui est également accordé au juge pour statuer. Si la suspension vient à expiration avant que le juge n'ait statué, rien n'empêche les parties de signer le contrat.

Il s'agit néanmoins d'une mesure *a priori* dissuasive puisque la plupart des collectivités s'abstiennent de signer jusqu'à ce que le juge ait rendu son ordonnance, et cela même si le délai de 20 jours est arrivé à expiration.

Une ordonnance du président du tribunal administratif d'Orléans (5 juillet 2005) a, pour la première fois en référé précontractuel, accepté d'écarter la signature d'un contrat au motif de son inexistence. **La violation d'une injonction de différer prise en application des dispositions législatives de l'article L 551-1 du CJA permet de considérer la signature comme inexistante et le contrat subséquent comme nul et non avenu. Le référé précontractuel peut donc prospérer** (TA Orléans, 5 juillet 2005).

2.3.6. Délit de favoritisme et constitution de partie civile

Comme le rappelle la circulaire (05-3/G3) du ministère de la Justice du 22 février 2005 relative aux incidences de la réforme du Code des marchés publics 2004 sur la

caractérisation du délit de favoritisme, **la possibilité de déposer une plainte avec constitution de partie civile a été reconnue aux candidats évincés.**

Il résulte en effet de l'arrêt de principe de la Cour de cassation du 28 janvier 2004 que doit être admise la constitution de partie civile d'une société fondée sur le motif selon lequel l'attribution irrégulière du marché aurait eu pour conséquence directe de lui faire perdre une chance d'être déclarée attributaire.

La recevabilité de la constitution de partie civile est toutefois subordonnée à la condition que l'activité de la société évincée entre bien dans l'objet du marché en cause et qu'elle dispose du personnel et du matériel adaptés.

La constitution de partie civile pourrait trouver son terrain de prédilection dans l'hypothèse où un référé précontractuel n'aurait pas été rendu possible en raison de la signature anticipée du contrat.

2.4. Résumé du contentieux de la passation

Éviction d'un candidat

Communication à tout candidat qui en fait la demande par écrit des motifs du rejet de son offre. La motivation doit comporter l'énoncé des considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de la décision. Une motivation reprenant les termes de la réglementation en vigueur sans expliciter son application au cas particulier n'est pas suffisante.

Recours gracieux.

Recours hiérarchique facultatif. C'est l'occasion d'obtenir des informations utiles, et cela proroge le délai du recours pour excès de pouvoir.

Recours contentieux en annulation (d'abord) :

- devant le juge de l'excès de pouvoir,
- des actes unilatéraux détachables seulement (décisions autorisant la passation du marché ou de choix du candidat ou d'attribution du marché),
- le donneur d'ordre reste libre de tirer ou non les conséquences de l'annulation de l'acte détachable,
- astreinte possible.
- **Injonctions et astreintes (L 911-1 et L 911-4 du CJA)**

Recours en indemnisation (ensuite) :

- devant le juge du plein contentieux,
- sur la base de la faute de l'Administration (l'annulation d'un acte détachable permettra de prouver la faute),
- indemnisation du manque à gagner (si perte d'une chance sérieuse ou très sérieuse).

Référé précontractuel (L 551-1 du CJA)

Très larges pouvoirs au président du tribunal administratif qui peut donner des ordres à la collectivité concernée, suspendre la passation du contrat ou supprimer des clauses destinées à figurer au marché. Saisi en cas de manquement aux

obligations de publicité et de mise en concurrence par une personne ayant intérêt à conclure le contrat ou par le préfet, le juge statue dans un délai de 20 jours. Sa décision est exécutoire pour provision. Cependant, les pouvoirs du juge des référés cessent dès la conclusion du contrat. Toutefois, depuis le 1^{er} janvier 2001, le juge peut enjoindre de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure pour une durée maximum de 20 jours.

Plainte avec constitution de partie civile

Déféré préfectoral

Dans le cadre du contrôle de légalité, le préfet a la possibilité de déférer devant le juge de l'excès de pouvoir en annulation non seulement les actes détachables, mais les contrats eux-mêmes. Le préfet est le seul tiers au contrat qui puisse en demander l'annulation. Le déféré peut être spontané ou provoqué. Le déféré préfectoral est suspensif pendant un mois si une demande de sursis à exécution du marché considéré illégal est formulée par le préfet dans les 10 jours à compter de la réception de l'acte. Si le tribunal n'a pas statué au terme d'un délai d'un mois à compter de la réception, l'acte redevient exécutoire.

2.5. Litiges portant sur l'exécution du marché

Il s'agira de litiges portant sur l'application des clauses contractuelles : résiliation du marché, pénalités de retard pour non-respect du délai contractuel, rejet des prestations pour mauvaise exécution ou litiges portant sur le paiement des prestations.

Nous avons vu au chapitre 10 – l'Exécution du marché – que chaque fois qu'il se présentait un événement, en cours de marché, pouvant avoir des répercussions sur le montant final des travaux ou sur les délais d'exécution, il y avait lieu de faire des réserves et de se ménager des preuves afin de traiter ces incidents à la fin du marché, au moment du solde.

Nous avons par ailleurs examiné au chapitre 12 – Règlement du marché – la façon de présenter un mémoire en réclamation et étudié les délais conformément à l'article 50 du CCAG Travaux pour porter le différend devant le juge administratif.

L'entreprise titulaire du marché peut donc demander au tribunal administratif d'analyser le marché et de lui octroyer une réparation financière si sa réclamation a été faite dans la forme et les délais requis par l'article 50 du CCAG Travaux, ou si son marché, en totalité ou en partie exécuté, est annulé par le juge.

L'entreprise et l'Administration peuvent également, préalablement à la saisine du juge administratif, faire un recours amiable devant un comité consultatif amiable de règlement des litiges (CCRA).

2.5.1. La réclamation dans les marchés publics soumis au CCAG Travaux

Afin de régler les différends l'opposant à l'administration, le titulaire d'un marché public de travaux doit nécessairement avoir recours à l'article 50 du CCAG,

dans le cadre duquel il saisit soit directement la personne responsable du marché si le différend est né avec celle-ci, soit préalablement le maître d'œuvre, si au contraire le différend est né avec celui-ci.

En effet, l'article 50 du CCAG distingue deux modes de saisine de l'Administration selon que le différend survient entre l'entrepreneur et le maître d'œuvre (art. 50.11), ou entre l'entrepreneur et la personne responsable du marché (art. 50.22).

1. Différend entre l'entrepreneur et le maître d'œuvre (art. 50.11 du CCAG Travaux)

Dans le cas où le différend survient entre l'entrepreneur et le maître d'œuvre, le mémoire de réclamation est adressé par l'entrepreneur au maître d'œuvre (aux fins de transmission à la personne responsable du marché).

La personne responsable du marché doit (dans le délai de deux mois à compter de la réception du mémoire de réclamation par le maître d'œuvre), adresser une proposition à l'entrepreneur.

L'absence de proposition dans ce délai équivaut à un rejet de la demande de l'entrepreneur.

À défaut d'accord sur la proposition faite par la personne responsable du marché, l'entrepreneur doit (dans un délai de trois mois à compter de la notification de la proposition ou de l'expiration du délai de deux mois précité) faire connaître, par écrit, les raisons de son refus à la personne responsable du marché.

Pour ce faire, il doit lui faire parvenir (le cas échéant, aux fins de transmission au maître de l'ouvrage) un mémoire complémentaire.

Le maître d'ouvrage doit lui-même faire connaître à l'entrepreneur sa décision dans un délai de trois mois, à l'expiration duquel l'entrepreneur peut éventuellement saisir le tribunal administratif.

2. Différend entre l'entrepreneur et la personne responsable du marché (art. 50.22 du CCAG Travaux)

Dans le cas où le différend survient entre l'entrepreneur et la personne responsable du marché, le mémoire de réclamation est adressé par l'entrepreneur directement à celle-ci, aux fins de transmission au maître d'ouvrage qui doit, dans un délai de trois mois à compter de la réception par la personne responsable du marché, adresser une proposition à l'entrepreneur.

Lorsque l'entrepreneur n'accepte pas la proposition du maître d'ouvrage (ou à défaut de réponse dans le délai de trois mois), l'entrepreneur peut alors saisir le tribunal administratif.

Il n'est pas toujours aisé pour l'entrepreneur de savoir avec qui est né le différend, au sens purement formel des termes de l'article 50 du CCAG.

Nous avons vu ci-dessus que l'article 13.44 du CCAG qui régit le décompte général renvoie à l'article 50 en cas de différend au moment de la liquidation

des comptes du marché. L'article 13.44 ne précise toutefois pas si l'entrepreneur doit opter pour la saisine du maître d'œuvre ou celle directe de la personne responsable du marché (cf. supra 12.1.2.2.).

Selon la jurisprudence, **la contestation du décompte général fait naître un litige entre l'entrepreneur et le maître d'ouvrage** (art. 50.22 du CCAG) et non pas avec le maître d'œuvre (art. 50.11 du CCAG) (CE, 20 septembre 1991, Assistance publique, et CE, 22 février 2002, sté Reithler Recueil Lebon).

En conséquence, les délais de recours dont dispose l'entreprise pour saisir le juge administratif s'apprécient dans les conditions décrites à l'article 50.32.

3. Dans le mémoire de réclamation l'entrepreneur doit :

- exposer les motifs de son refus de signer le décompte général ;
- ou exposer des réserves partielles qu'il fait à ce décompte général ;
- le mémoire doit impérativement être motivé et chiffré.

Il faut :

- **une motivation en fait** (sur ce qui s'est passé, notamment une demande de travaux supplémentaires) ;
- **et une motivation en droit** (référence aux articles du CCAG, par exemple référence à l'article 15 pour une demande d'indemnisation suite à une augmentation des travaux, référence à l'article 16 pour une demande d'indemnité en cas de diminution des travaux, référence à l'article 20 pour une contestation des pénalités de retard, etc.) ;
- préciser **le montant des sommes** dont il revendique le paiement ;
- **fournir toutes les justifications nécessaires**, notamment en reprenant, sous peine de forclusion, les réclamations déjà formulées antérieurement et qui n'auraient pas fait l'objet d'un règlement définitif.

Le mémoire en réclamation doit contenir également, sous peine de forclusion, toutes les réclamations déjà formulées antérieurement et qui n'ont pas fait l'objet d'un règlement définitif.

Ce mémoire doit être remis au maître d'œuvre dans un délai de 30 jours (si le délai d'exécution est inférieur ou égal à six mois) ou de 45 jours (si le délai d'exécution est supérieur à six mois) donné à l'entrepreneur pour signer le décompte général.

Le maître d'œuvre transmet ensuite ce mémoire au maître d'ouvrage.

Une lettre fixant le montant des sommes revendiquées, sans pour autant indiquer de manière suffisamment précise et détaillée les chefs de réclamation qu'elle reprenait, n'a pas le caractère de mémoire en réclamation.

Le simple envoi dudit décompte assorti de la mention « refusé » ne suffit pas pour valoir réclamation.

Une lettre de l'entrepreneur se bornant à rappeler que les pénalités prévues par ce décompte faisaient l'objet d'une contestation de sa part, sans rappeler les

motifs de cette contestation ou ne mentionnant pas le montant des sommes dont le paiement était demandé, ne revêt pas non plus le caractère de mémoire en réclamation (CE, 26 mars 2003, sté Deniau – Lebon Tables).

De même, les discussions entre l'entreprise et le maître d'ouvrage ou son délégué, sur divers points du décompte, ne peuvent être assimilées à l'envoi de la réclamation exigée.

Le mémoire de réclamation adressé au maître d'œuvre est un préalable indispensable pour que l'entrepreneur puisse, le cas échéant, saisir le tribunal administratif s'il n'obtient pas satisfaction (CE, 27 septembre 2006, sté Pertuy).

4. Suite à la réclamation plusieurs situations peuvent se présenter (cf. schéma supra, chap. 12) :

Le maître d'ouvrage garde le silence après avoir reçu le mémoire de réclamation

Si, à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la réception par le maître d'ouvrage du mémoire en réclamation de l'entreprise, le maître de l'ouvrage n'a pas notifié sa position, la réclamation de l'entrepreneur est considérée comme implicitement rejetée.

En conséquence, l'entrepreneur peut saisir soit le comité consultatif de règlement amiable (CCRA) (cf. infra 2.5.3.), soit le tribunal administratif.

Dans ce cas, il n'existe pas de forclusion : l'entrepreneur peut saisir le tribunal administratif à n'importe quelle date, il n'est enfermé dans aucun délai, dès que le délai de trois mois à compter de la réception par le maître de l'ouvrage du mémoire en réclamation de l'entrepreneur est expiré. Voir toutefois une décision surprenante où le refus implicite fait courir le délai de 6 mois qui, une fois expiré, empêche toute action judiciaire émanant de l'entreprise de prospérer (CAA Marseille, 23 janvier 2006, sté Sogea Sud).

Le maître d'ouvrage notifie à l'entrepreneur une décision expresse

Si la décision du maître d'ouvrage donne satisfaction à l'entrepreneur, rien ne s'oppose, dans ce cas, à ce que l'entrepreneur signe le décompte général modifié pour tenir compte de l'accord intervenu entre les parties. Ce décompte devient alors le décompte général et définitif (DGD).

Si la décision du maître de l'ouvrage ne satisfait pas l'entrepreneur, celui-ci dispose d'un délai de six mois pour saisir le tribunal administratif.

Si l'entrepreneur ne porte pas ses réclamations devant le tribunal administratif, dans un délai de six mois à compter de la réception de la décision du maître d'ouvrage, il est considéré comme ayant accepté ladite décision et **toute réclamation est irrecevable** (CE, 10 juin 1983, Entreprise Hardy).

2.5.2. Annulation du marché en partie (ou en totalité) exécuté

Concrètement, la question qui se pose est celle de l'annulation du marché par le juge administratif à la suite d'un déféré préfectoral puisque, nous l'avons vu, le préfet est le seul tiers au contrat qui peut en demander l'annulation, et que le cas où l'une des parties (Administration ou cocontractant) demande au juge l'annulation du contrat est rarissime.

Ainsi le préfet, spontanément ou sur l'incitation d'un tiers (déféré provoqué), obtient du juge administratif l'annulation du contrat mais, entre temps, le marché a reçu un commencement d'exécution ou est totalement exécuté.

Sur quelles bases l'entrepreneur pourra-t-il être indemnisé ?

Il ne pourra se voir payer le prix du contrat puisque celui-ci est nul.

Il devra :

- obtenir paiement des dépenses qui ont été utiles à l'Administration ;
- obtenir, sur la base de la faute de l'Administration, le dédommagement du préjudice subi, c'est-à-dire le remboursement des frais engagés et, le cas échéant, la perte du bénéfice escompté ;
- dans la limite du prix du marché.

Voir en ce sens : CE, 8 décembre 1995, commune de Saint-Tropez, req. 144.029 :

(...) Considérant que, par son jugement du 29 octobre, le tribunal administratif de Nice a annulé, sur un déféré formé par le préfet du Var, les dix-sept marchés passés par la commune de Saint-Tropez, les 8 janvier, 22 février et 25 mars 1991, pour l'exécution de travaux de réhabilitation et d'aménagement dans la salle Jean-Despas ; que ces marchés avaient été entièrement exécutés à la date à laquelle ledit jugement a été notifié aux parties ; que, par une délibération du 23 septembre 1992, le conseil municipal de Saint-Tropez a décidé d'allouer à chacun des cocontractants une indemnité devant compenser les conséquences de l'annulation du marché passé avec celui-ci et a autorisé le maire à conclure une convention de transaction à cette fin.

Considérant qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que l'indemnité attribuée à chaque cocontractant, dont le montant était égal, sauf dans un cas, au prix du marché, ait été déterminée sur la base du montant des dépenses utiles exposées par le cocontractant au profit de la commune, éventuellement augmenté, dans la limite du prix du marché, d'une somme correspondant à la réparation du préjudice subi par le cocontractant du fait de la faute constituée par l'illégalité entachant le marché, y compris, le cas échéant, la privation du bénéfice que le cocontractant escomptait de l'exécution du marché ; qu'ainsi, en fixant le montant des indemnités accordées dans le cadre des transactions envisagées, le conseil municipal de Saint-Tropez a commis une erreur de droit ; que dès lors, la commune requérante n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Nice a annulé la délibération du 23 septembre 1992 ; (...).

Ce paiement pourra être obtenu :

- par un jugement du tribunal administratif ;
- ou par une transaction avec l'Administration (cf. CE, commune de Saint-Tropez, 8 décembre 1995, n° 144029).

2.5.3. Le recours amiable devant le CCRA

Généralités

Cette procédure est énoncée dans le Code des marchés publics 2006 à l'article 127 et précisée dans le décret du 3 septembre 2001.

Les pouvoirs adjudicateurs et les titulaires de marchés publics peuvent recourir aux comités consultatifs de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés dans des conditions fixées par décret du 3 septembre 2001.

Ces comités ont pour mission de **rechercher des éléments de droit ou de fait en vue d'une solution amiable ou équitable.**

La saisine d'un comité consultatif de règlement amiable **interrompt le cours des différentes prescriptions.** La saisine du comité suspend, le cas échéant, les délais de recours contentieux jusqu'à la décision prise par le pouvoir adjudicateur après avis du comité.

La composition, l'organisation et les modalités de fonctionnement des comités consultatifs, notamment des pouvoirs propres de leurs présidents, sont fixées par le décret du 3 septembre 2001.

Ces comités sont constitués :

- auprès du préfet de la région d'Ile-de-France, préfet de Paris ;
- auprès du préfet de la région Pays de la Loire, préfet de la Loire-Atlantique ;
- auprès du préfet de la région Aquitaine, préfet de la Gironde ;
- auprès du préfet de la région Rhône-Alpes, préfet du Rhône ;
- auprès du préfet de la région Lorraine, préfet de Meurthe-et-Moselle ;
- auprès du préfet de la région Provence-Alpes-Côte d'Azur, préfet des Bouches-du-Rhône et de la zone de défense Sud.

Le **Comité consultatif national** de règlement amiable des litiges relatifs aux marchés publics se situe : bâtiment Condorcet, 6 rue Louise Weiss, Télédocus 353, 75703 Paris Cedex 13, tél. : 01 44 97 25 53

Les sièges et les ressorts des comités consultatifs interdépartementaux de règlement amiable des litiges relatifs aux marchés publics de Paris, de Versailles, de Nantes, de Bordeaux, de Lyon, de Nancy et de Marseille sont les suivants :

Paris : ville de Paris, Val-de-Marne, Seine-et-Marne, Guadeloupe, Guyane, Martinique, Mayotte, Réunion, Saint-Pierre-et-Miquelon ;

Versailles : Yvelines, Hauts-de-Seine, Val-d'Oise, Essonne et Seine-Saint-Denis ;

Nantes : Loire-Atlantique, Maine-et-Loire, Mayenne, Sarthe, Vendée, Calvados, Manche, Orne, Loiret, Cher, Eure-et-Loir, Indre-et-Loire, Loir-et-Cher, Ile-et-Vilaine, Côtes-d'Armor, Finistère, Morbihan, Seine-Maritime, Eure ;

Bordeaux : Gironde, Dordogne, Lot-et-Garonne, Haute-Vienne, Corrèze, Creuse, Indre, Pyrénées-Atlantiques, Gers, Hautes-Pyrénées, Landes, Vienne, Charente, Charente-Maritime, Deux-Sèvres, Haute-Garonne, Ariège, Aveyron, Lot, Tarn, Tarn-et-Garonne ;

Lyon : Rhône, Ain, Ardèche, Loire, Puy-de-Dôme, Allier, Cantal, Haute-Loire, Côte-d'Or, Nièvre, Saône-et-Loire, Yonne, Isère, Drôme, Haute-Savoie, Savoie ;

Nancy : Meurthe-et-Moselle, Meuse, Vosges, Somme, Aisne, Oise, Doubs, Haute-Saône, Jura, Territoire de Belfort, Marne, Ardennes, Aube, Haute-Marne, Nord, Pas-de-Calais, Bas-Rhin, Haut-Rhin, Moselle ;

Marseille : Bouches-du-Rhône, Alpes-de-Haute-Provence, Hautes-Alpes, Vaucluse, Haute-Corse, Corse-du-Sud, Hérault, Aude, Gard, Lozère, Pyrénées-Orientales, Alpes-Maritimes, Var.

Il s'agit d'une procédure consultative qui est contradictoire et qui a pour but de débloquer une situation conflictuelle, si possible aux lieu et place d'une procédure contentieuse.

Elle présente l'avantage d'une relative rapidité par rapport à une procédure contentieuse et constitue le moyen de discuter du différend opposant un maître d'ouvrage et un entrepreneur en présence de juristes (conseiller au conseil d'État ou à la Cour des comptes, président de tribunal administratif ou de cour administrative d'appel) et de deux représentants des maîtres d'ouvrage ainsi que deux représentants des entrepreneurs (gros œuvre ou second œuvre).

Par ailleurs, et ce n'est pas un moindre avantage, l'avis est rendu en tenant compte des éléments de droit mais également de fait : il est rendu en équité.

De quels litiges s'agit-il ?

Les termes du décret sont très généraux en visant les « différends ou litiges relatifs aux marchés » sans exclusion.

Le champ de prédilection de cette procédure est bien entendu essentiellement le contentieux du règlement financier des marchés sur le décompte final, mais peut concerner un avenant ou des travaux supplémentaires ou des pénalités de retard...

Il faut exclure tous les litiges relatifs à la passation des marchés et tout le contentieux des garanties postcontractuelles.

De quels marchés s'agit-il ?

Il s'agit d'abord et principalement :

- des marchés de l'État et de ses établissements publics non industriels et commerciaux ;
- des marchés des collectivités territoriales et de leurs établissements publics (OPHLM par exemple) ;

- que le montant de ces marchés soit modeste (pour un corps d'état par exemple) ou beaucoup plus important (la Très Grande Bibliothèque ou la Cité de la Musique de la Villette).

Saisine du Comité

Chacune des parties peut saisir le Comité, le représentant du maître d'ouvrage public (État, collectivité, établissement public) ou le titulaire du marché.

Toutefois, cette saisine ne peut provenir du sous-traitant, car seule l'entreprise principale est responsable du marché.

Chacune des parties peut saisir le Comité « à tout moment », c'est-à-dire à tous les stades de l'exécution du marché, de la notification au décompte général et définitif.

Le titulaire du marché peut saisir directement le Comité dès lors que la personne responsable du marché a rejeté une de ses demandes.

C'est généralement l'entreprise qui prend l'initiative de la procédure, car c'est elle qui souffre financièrement du conflit.

La procédure est peu formaliste. La saisine est faite par un mémoire adressé par lettre recommandée avec AR ou déposé au secrétariat du Comité exposant les motifs de la réclamation et le montant de cette réclamation.

Le chiffrage est indispensable car son absence équivaut à une absence de réclamation.

Ce mémoire doit être accompagné des pièces contractuelles du marché, de la lettre de la PRM rejetant la réclamation et de toutes correspondances relatives au litige. Il doit être adressé au Comité par lettre recommandée avec demande d'avis de réception postal, ou déposé au secrétariat du Comité contre récépissé.

Effets de la saisine

La saisine entraîne automatiquement :

- la suspension des délais de recours contentieux,
- la suspension du cours des prescriptions et déchéances jusqu'à décision implicite ou explicite de l'autorité publique après avis du Comité.

Composition du Comité

- Un président et un vice-président.
- Pour les **marchés publics locaux**, le Comité consultatif interrégional comprend un président et un vice-président qui sont des magistrats de l'ordre administratif (tribunal administratif, cour administrative d'appel, membre de la cour régionale des comptes).
- Pour les **marchés de l'État**, le Comité consultatif national comprend un conseiller d'État (président) ou un conseiller maître à la Cour des comptes (vice-président) et un maître des requêtes du Conseil d'État ou un conseiller référendaire de la Cour des comptes.

Ceci est un gage de qualité juridique.

- Deux fonctionnaires choisis par le président sur une liste de représentants de l'État (CCNRA), ou des collectivités et entreprises publiques (CCIRA).
- Deux représentants de la profession appartenant au même secteur d'activité que le titulaire du marché.
- Pour le bâtiment, selon le corps d'état de l'entreprise concernée, seront membres du Comité un représentant du gros œuvre ou du second œuvre.

Déroulement de la procédure

Pour l'instruction du dossier, le comité désigne un rapporteur qui peut poser toutes questions orales ou écrites aux parties, puis dépose son rapport et rend un projet d'avis aux seuls membres du Comité.

Toutefois, les représentants de l'Administration et de l'entreprise peuvent interroger le maître d'ouvrage pour l'un, l'entreprise pour l'autre, afin de connaître leur marge de négociation par rapport aux propositions du rapporteur.

À l'issue de l'instruction, l'affaire est fixée à une séance du Comité. Les parties sont présentes et peuvent être assistées de leur conseil. La délibération se tient à huis clos. L'avis est rendu le jour même ; il est pris en considération de questions de droit et de fait.

Contenu et suites de l'avis

L'avis du communiqué porte sur le principal et les intérêts de l'indemnité susceptibles d'être accordés pour le règlement du litige.

Il s'agit en droit d'un simple avis qui ne lie pas les parties, pas plus qu'il ne liera plus tard les tribunaux s'il ne débouche pas sur un accord. Il s'agit toutefois d'un avis d'une nature particulière, puisque son objectif est de proposer une solution amiable susceptible d'être acceptée par les deux parties.

Il est donc pris en considération des points de droit et de fait. Il permet ainsi de s'affranchir du carcan juridique.

Les suites de l'avis

Une fois rendu, dans un délai maximum de six mois, l'avis est notifié aux deux parties et transmis pour information au préfet et au directeur des affaires juridiques du ministère de l'Économie, des finances et de l'industrie.

À compter de cette notification, la personne publique dispose de trois mois pour faire connaître sa décision au titulaire du marché. Le silence de l'Administration pendant ces trois mois équivaut à un rejet.

2.5.4. Le référé-provision

L'article R 541-1 du Code de justice administrative indique que : *Le juge des référés peut, même en l'absence d'une demande au fond, accorder une provision au créancier qui l'a saisi lorsque l'existence de l'obligation n'est pas*

sérieusement contestable. Il peut, même d'office, subordonner le versement de la provision à la constitution d'une garantie.

L'objet du référé-provision est de permettre le versement rapide d'une provision, assortie le cas échéant d'une garantie, dans les cas où la créance invoquée par le demandeur n'apparaît pas sérieusement contestable (CE, 10 juillet 2002, SARL Grey Diffusion). Il permet aux créanciers de l'Administration d'obtenir en quelques mois une avance sur les sommes dues, voire la totalité de la somme réclamée, en attendant que le montant exact de leur créance soit déterminé.

À supposer l'entreprise requérante effectivement créancière de la somme en litige, elle doit prouver que l'obligation de la personne publique paraît, en l'état du dossier, assez évidente (ce qui ne signifie pas qu'elle ne soit pas contestée par la personne publique, l'appréciation du caractère « non sérieusement contestable » de la créance appartenant au juge).

Le référé-provision est donc un moyen rapide et efficace de percevoir le prix convenu dans un contrat public (ou toute autre créance).

Cette procédure peut être utilisée à l'encontre de l'ensemble des personnes publiques.

2.5.6. Les procédures de mandatement et d'inscription d'office

Ces procédures sont prévues aux articles L 232-1 et suivants du Code des juridictions financières (CJF), lesquelles renvoient aux articles L 1612-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales (CGCT) permettent aussi d'obtenir le paiement d'une créance, et en particulier du prix convenu dans un marché public. Elles nécessitent la réunion de plusieurs conditions.

1. Conditions

Les procédures sont limitées aux personnes suivantes : les collectivités territoriales (communes, départements, régions) ; les établissements publics locaux (article 1612-20 du CGCT) : OPHLM, centres communaux d'action sociale (CCAS), caisses des écoles, régies personnalisées, services départementaux d'incendie et de secours (SDIS), centres de gestion de la fonction publique territoriale (CGFPT) ; les établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) ; le Centre national de la fonction publique territoriale (art. L 232-8 du CJF).

Certaines catégories d'établissement doivent être distinguées : pour les offices publics d'aménagement et de construction (OPAC), soumis aux règles applicables aux entreprises de commerce, la procédure de mandatement d'office ne s'applique pas (art. L 232-7 du CJF) ; pour les établissements publics de santé, la procédure d'inscription d'office ne s'applique pas (art. L 232-5 du CJF) ; enfin les créances à l'égard des établissements publics locaux d'enseignement obéissent à un régime propre (art. L 232-4 du CJF).

Ces procédures ne concernent donc pas les créances d'autres personnes publiques, dont l'État, ou celles intéressant les personnes privées (en particulier les sociétés anonymes, dont les **SA D'HLM**, et les **sociétés d'économie mixte**).

L'entreprise doit s'assurer, d'une part, avoir transmis la demande de paiement dans les formes fixées par le contrat, d'autre part, avoir donné date certaine à la demande de paiement (par lettre recommandée avec accusé de réception ou remise contre récépissé).

Quand une entreprise est créancière de l'une des personnes publiques citées ci-dessus, il convient de déterminer si les crédits nécessaires ont été inscrits à son budget. Avant d'initier l'une ou l'autre de ces procédures, **l'entreprise doit demander à son cocontractant public, par écrit, le motif du non-paiement**. Si un doute subsiste sur le fait que les crédits sont, ou non, inscrits au budget, il faut solliciter la communication des documents budgétaires de la personne publique concernée. À défaut d'avoir pu obtenir ces renseignements, l'article R 1612-33 du CGCT prévoit que *le président de la chambre régionale des comptes se les fait communiquer par le représentant de l'État*.

2. Mise en œuvre

La procédure de mandatement d'office

Si les crédits nécessaires sont inscrits au budget du cocontractant public, mais que celui-ci refuse néanmoins de mandater la somme, l'entreprise doit saisir le préfet par un mémoire circonstancié, accompagné de l'ensemble des pièces justificatives, afin qu'il mette en œuvre cette procédure (art. 1612-16 du CGCT).

Le préfet prend un arrêté notifié à la personne publique et au créancier, sans que la chambre régionale des comptes (CRC) ne puisse être saisie.

La décision du préfet peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant le tribunal administratif par le créancier ou la personne publique.

La procédure d'inscription d'office

Cette procédure peut être mise en œuvre quand les crédits nécessaires n'ont pas été inscrits au budget du cocontractant public (art. L 1612-15 du CGCT). Elle est soumise à des conditions et à une procédure plus complexes.

La dépense doit être obligatoire. Selon le Conseil d'État, *une dépense ne peut être regardée comme obligatoire et faire l'objet d'un mandatement d'office que si elle correspond à une dette échue, certaine, liquide, non sérieusement contestée dans son principe et dans son montant et découlant de la loi, d'un contrat, d'un délit, d'un quasi-délit ou de toute autre source d'obligations* (Conseil d'État, 17 décembre 2003, sté Natexis).

L'entreprise doit saisir la CRC par un mémoire accompagné des pièces justificatives (art. R 1612-32 du CGCT). La CRC constate, dans le délai d'un mois à partir de sa saisine, l'absence d'inscription de la dépense obligatoire au budget de l'exercice en cours. Elle adresse une mise en demeure à la personne publique concernée (art. R 1612-37 du CGCT). Si la CRC considère que la dépense n'est pas « obligatoire », cette décision peut faire l'objet d'un recours administratif.

Si la saisine de la CRC intervient en fin d'année, alors qu'il n'est plus possible d'agir sur l'exercice en cours, celle-ci peut mettre en demeure la personne publique de délibérer pour inscrire cette dépense au budget suivant (dans ce cas, le préfet pourra être invité à s'assurer du respect de cet engagement).

La personne publique concernée dispose d'un mois à compter de la date de cette mise en demeure pour procéder à l'inscription à son budget.

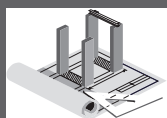
À défaut, la chambre régionale des comptes demande au préfet d'inscrire cette dépense au budget et de le rendre exécutoire (sans intervention de la personne publique débitrice ; elle peut toutefois attaquer devant le juge administratif l'arrêté d'inscription d'office du préfet). Ces décisions doivent intervenir dans un délai de 20 jours à compter de la notification de l'avis de la CRC. Elles sont adressées à la personne publique intéressée ainsi qu'à son comptable, d'une part, et à la CRC, d'autre part (art. R 1612-11 du CGCT).

Si la CRC reconnaît le caractère obligatoire de la dépense, le préfet reste cependant libre de ne pas suivre son avis par une décision motivée, susceptible d'être contestée devant le juge administratif par l'entreprise (Conseil d'État, 10 février 1988, commune de Brives-Charensac où le préfet a refusé de procéder à l'inscription d'office). La responsabilité de l'État peut être retenue dans ce cadre pour faute lourde. La réciproque est inverse : le préfet est lié par l'appréciation du caractère non obligatoire de la dépense par la CRC.

2.5.7. Cas particulier des intérêts moratoires dans les marchés publics

Tout dépassement du délai global de paiement ouvre de plein droit le bénéfice d'intérêts moratoires à compter du jour suivant l'expiration du délai (art. 98 du CMP). Le cocontractant public concerné doit constater ce dépassement pour chaque paiement, mais aussi liquider et mandater les intérêts moratoires, et informer l'entreprise du dépassement. Si le mandatement de tout ou partie des intérêts moratoires n'est pas intervenu dans le délai de trente jours de la mise en paiement du principal, des intérêts moratoires complémentaires sont dus. L'article 1612-18 du CGCT organise la procédure de mandatement d'office des intérêts moratoires dans le cadre général des commandes publiques.

La procédure, dont l'initiative appartient au seul comptable public, est la suivante : en l'absence de mandatement des intérêts moratoires en même temps que le principal, le comptable doit alerter l'ordonnateur et le préfet du département dans les dix jours suivant la réception de l'ordre de paiement. Le préfet dispose alors de quinze jours pour adresser à l'ordonnateur une mise en demeure de mandatement. Si celle-ci est infructueuse pendant plus d'un mois, il procède d'office au mandatement des intérêts moratoires dans un délai de dix jours. Le cas échéant, la procédure d'inscription d'office sera mise en œuvre par le préfet.



BIBLIOGRAPHIE

I. LA RÉGLEMENTATION

(www.minefi.gouv.fr ou www.legifrance.fr)

Code des marchés publics issu du décret n° 2006-975 du 1^{er} août 2006

Arrêtés d'application du 28 août 2006

Manuel d'application du CMP (circulaire du 3 août 2006, JO du 4 août 2006)

Cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics (CCAG Travaux)

Brochure Journaux officiels n° 2006, Paris

Guide à l'intention des maîtres d'ouvrages publics pour la négociation des rémunérations des maîtrises d'œuvre (Journal officiel, juin 2004)

Norme AFNOR NF P 03-001 - CCAG applicable aux travaux de bâtiment faisant l'objet de marchés privés (Paris La Défense, 2000)

II. OUVRAGES AVEC MISES À JOUR

Droit des marchés publics

sous la direction de Christine BRÉCHON-MOULÈNES, éd. Le Moniteur, Paris, 2006, 3 tomes, 1 300 p.

Code des marchés publics

sous la direction de Michel GUIBAL, éd. Le Moniteur, Paris

CCAG des marchés publics

sous la direction de Mireille BERBARI, éd. Le Moniteur, Paris

III. OUVRAGES DE RÉFÉRENCE

Droit de l'urbanisme et de la construction

Jean Bernard AUBY et Hugues PÉRINET MARQUET, 7^e édition, éd. Montchrestien, Paris, 2004

Droit de la construction 2007/2008

sous la direction de Philippe Malinvaud, éd. Dalloz, Paris, 2007

Passation et exécution des marchés privés de travaux

Albert CASTON, Marc CABOUCHE, Laurent GABRIELLI et Michel HUET, 5^e édition, éd. Le Moniteur, Paris, 2006

Le régime juridique des marchés publics

François BOURACHOT, Daniel CHABANOL et Jean-Pierre JOUGUELET, 4^e édition, éd. Le Moniteur, Paris, 2005

Droit de la construction

Georges LIET-VEAUX et Andrée THUILLIER, 11^e édition, éd. Litec, Paris, 1994

IV. OUVRAGES SPÉCIALISÉS

Mémento des marchés publics de travaux

Patricia GRELIER WYCKOFF, éd. Eyrolles, Paris, 2007

Mémento des marchés privés de travaux

Patricia GRELIER WYCKOFF, éd. Eyrolles, Paris, 2006

La Sous-traitance dans la construction

Bertrand SABLIER, Joseph-Emmanuel CARO et Séverin ABBATUCCI, 6^e édition, éd. Le Moniteur, 2007

Groupeements d'entreprises et cotraitance

Jean-Pierre BABANDO, 2^e édition, éd. Le Moniteur, Paris, 2006

Le contentieux des marchés publics

Catherine BERGEAL et Frédéric LENICA, éd. Le Moniteur, Paris, 2004

Les Avenants aux contrats publics

Jean-Marc PEYRICAL, 3^e édition, éd. Le Moniteur, Paris, 2005

Marchés des maîtres d'œuvre

Dominique BOUCHON et Patrice COSSALTER, 3^e édition, éd. Le Moniteur, Paris, 2003

Guide de la réception des travaux, marchés privés

Fédération française du bâtiment, 2^e édition, SEBTP, Paris, 1993

Les Impayés du bâtiment (marchés privés – marchés publics)

4^e édition, SEBTP, Paris, 2006

Prix forfaitaire – travaux de bâtiment (marchés publics – marchés privés)

SEBTP, Paris, 2004

V. LES CONTRATS TYPES

Contrat-type de sous-traitance

SEBTP, Paris

Convention de groupement momentané d'entreprises conjointes

SEBTP, Paris

Convention de groupement momentané d'entreprises solidaires

SEBTP, Paris

Travaux privés – Marché type

Publication de l'Office général du BTP en complément de la norme AFNOR NF P 03-001

SEBTP, Paris

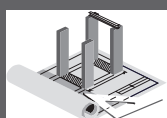
VI. LES ENCYCLOPÉDIES

Droit public des affaires, éd. Lamy, Paris, 2000

JurisClasseur Administratif, volume 7, fascicules 520 et suiv.

JurisClasseur Collectivités territoriales, fascicule 770

Encyclopédie Dalloz Collectivités locales, fascicules 3 000 et suiv.



INDEX

A

Accord-cadre 190
Acomptes 279, 303
ACT 33
Acte détachable 388
Annulation du marché 388
AOT des collectivités territoriales 182
Assistance apportée au maître d'ouvrage
lors des opérations de réception
et pendant la période de garantie
de parfait achèvement (AOR) 33
Assistance au maître d'ouvrage pour la
passation du ou des contrats de travaux
(ACT) 30
Assistant maître d'ouvrage (AMO) 19
Astreintes et injonctions 389, 398
Augmentation de la masse des travaux 300
Avant-projet définitif (APD) 36
Avenants et décisions de poursuivre 305
Avenants irréguliers 309

B

BEA hôpitaux 154
Bouleversement de l'économie du contrat
293, 294, 308

C

Caution personnelle et solidaire 241
Cautionnement solidaire 259
CCAG 193, 349, 351, 401
CCAP 193
CCRA 402
CCTG 193
CCTP 193
Certificat de cessibilité 98, 103, 359
Certificat de signature électronique 225
Cession ou nantissement des créances 358
CISSCT 59, 62, 68
Clause de paiement à première demande 251
CMP 97, 209, 213, 240, 244

Collège interentreprises de sécurité, de santé
et des conditions de travail (CISSCT) 74
Collège interentreprises de sécurité, travaux
de santé et des conditions de travail 65
Comité consultatif amiable de règlement
des litiges (CCRA) 399
Comité particuliers d'hygiène et de sécurité 74
Compte prorata 311, 313, 315, 321
Conditions d'exercice du mandat 14
Conditions de passation d'un avenant 306
Conducteur d'opération 19, 20
Consultation des entreprises 36
Consultation en conception réalisation 38
Contrat de maîtrise d'œuvre 40
Contrat de maîtrise d'ouvrage déléguée 18
Contrat de promotion immobilière 126, 142
Contrat de vente d'immeuble à construire 128
Contrats concernés par la loi MOP 28
Contrats de maîtrise d'œuvre 26
Contrats du secteur privé 123
Contrats du secteur protégé 128
Contrats passés avec un maître d'ouvrage
privé non soumis à la loi MOP 47
Contrats passés par un maître d'ouvrage
non soumis au Code des marchés publics
mais soumis à la loi MOP 48
Contrôle de légalité 379
Contrôle des marchés publics 379
Convention de mandat 15, 20, 22
Coordination SPS 57, 67, 68
Coordonnateur 60
Coordonnateur sécurité et protection
de la santé 55
Coordonnateur SPS 60
Copie de sauvegarde 225
CRAM 64

D

Déchets 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324
Décision de poursuivre 310
Décompte définitif 244, 260, 264, 291, 373

Décompte final 349, 405
 Décompte général 339, 349, 400, 406
 Décret du 8 janvier 1965 68
 Délégué préfectoral 391
 Délai de paiement 342
 Délais d'exécution 129, 301, 302, 399
 Délais de paiement (marchés privés) 365
 Délais de paiement (marchés publics) 341
 Délit de favoritisme 309
 Dématérialisation des procédures de passation 223
 Dépense publique 341
 Dépenses communes de chantier 311
 DGD 353, 356, 357, 402
 Diminution de la masse des travaux 299
 Direction de l'exécution des contrats de travaux (DET) 31
 DIUO 58
 Dossier d'intervention ultérieure 61
 Dossier d'intervention ultérieure sur l'ouvrage (DIUO) 73
 Droit à indemnisation 300, 302
 Droit de résiliation du marché 302
 Droits de l'entrepreneur dans les marchés privés 301
 Droits de l'entrepreneur dans les marchés publics 298

E

Effet attractif de la notion de travaux publics 181
 Éléments de mission de maîtrise d'œuvre 28
 Engagement de la maîtrise d'œuvre 40
 Entité adjudicatrice 10, 12
 Environnement 319, 320, 322
 Étapes de la réception 329
 Études d'avant-projet (AVP) 30
 Études d'esquisse (ESQ) 29
 Études d'exécution (EXE) 31, 36
 Études de diagnostic (DIA) 29
 Études de projet (PRO) 30
 Études préliminaires (EP) 29
 Études spécifiques d'avant-projets 37
 Évaluation des travaux 41
 Éviction 379, 386, 389, 398
 Exécution 267
 Exécution du marché 267
 Exemplaire unique 341, 358, 359, 361, 362

F

Fait du Prince 147, 176, 297
 Favoritisme 381
 Forfait de rémunération de la maîtrise d'œuvre 40

G

Garantie à première demande 244
 Garantie de paiement 259
 Garantie de parfait achèvement 338
 Garanties 237
 Garanties dans un contrat de sous-traitance 254
 Garde du chantier 280, 282, 300, 305
 Gestion des déchets de chantier 319
 GME 85

H

HLM 6, 7

I

Indemnisation (recours en) 385
 Indemnisation des entrepreneurs 267, 298
 Inspecteur du travail 64
 Interruption des travaux en cas de non-paiement 303
 Intervenants à l'acte de construire 1, 320
 Invariabilité du prix 367

L

L 551-1 CJA 385
 Libération de la caution 252
 Livraison de l'ouvrage 325
 Loi d'orientation pour la sécurité intérieure (LOPSI) 154
 Loi MOP 6

M

Maître d'ouvrage 3
 Maître d'ouvrage délégué 17
 Maîtres d'ouvrage assujettis à la loi MOP 27
 Maîtrise d'œuvre 25
 Maîtrise d'ouvrage 4
 Maîtrise d'ouvrage publique soumise à la loi MOP 6
 Maîtrise d'ouvrage publique soumise au Code des marchés publics 5

Mandat 12, 14, 17, 18, 23, 26, 48, 125, 126, 127, 174
 Mandataire 13
 Mandatement d'office 408, 409
 Marché à forfait 285
 Marché de définition 52, 53
 Marché sans formalités préalables 360
 Mémoire définitif 373
 Mémoire en réclamation 353, 354, 355, 356, 374, 399
 Mission de base 34
 Mission du coordonnateur 61
 Mission du mandataire 13
 Modifications dans la masse des travaux 298
 MOP 8, 9
 Motifs de l'éviction 386

N

NF P 03-001 25, 301, 366
 Niveaux d'opérations SPS 57
 Nouvelles réglementations économiques 365

O

Obligation du maître d'ouvrage particulier 77
 Obligations des entreprises 67, 289
 Obligations des intervenants à l'acte de construire en matière de sécurité et de protection de 60
 Obligations des particuliers en matière de coordination de travaux 76
 Obligations du coordonnateur désigné par la loi 77
 Obligations du maître d'ouvrage 63
 Obligations du maître d'ouvrage liées à l'exécution 267
 Opérations de niveau I 59
 Opérations de niveau II 58
 Opérations de niveau III 57
 Ordonnancement, pilotage et coordination (OPC) 32
 Ordonnateurs 341
 Ouvrages concernés par la loi MOP 27
 Ouvrages publics 179

P

Paiement des acomptes 372
 Paiement du solde 339, 344, 349, 373
 Passation d'un avenant 306, 307, 308, 309

Passation des marchés de maîtrise d'œuvre 47, 49
 Pénalités de retard 265, 304, 326, 354, 366, 371, 399, 405
 PGC 58, 66, 67
 Phase de conception 29
 Phase de réalisation 31
 Plan général de coordination (PGC) 61
 Plan général de coordination santé et sécurité 69
 Plan particulier de sécurité et de protection de la santé (PPSPS) 70
 Portée de l'obligation de garantie 261
 Pouvoir adjudicateur 4, 10, 49, 81, 97, 100, 175, 189, 204, 217, 232, 386, 404
 PPSPS 58, 67
 Préoccupations environnementales dans les marchés 318
 Privilège de pluviôse 363
 Prix du marché 366
 Prix forfaitaires 284
 Prix unitaires 284
 Procédures de passation 49
 Prolongation du délai d'exécution 298, 301
 Prolongation du délai et d'indemnisation des entrepreneurs 298

R

Réception des travaux 325
 Réception partielle 332
 Réception tacite 337
 Réclamation 399
 Recommandation T2-2000 322
 Recours dans les marchés publics 385
 Référé précontractuel (L 551-1 CJA) 393
 Référé-provision 407
 Référé-suspension 393
 Refus d'exécuter les travaux supplémentaires 301
 Refus de réception 334
 Régime juridique des travaux publics 181
 Registre journal (RJ) 62, 72
 Règle du préalable 183
 Règlement des marchés 341
 Règles de l'art 268, 270, 274, 289, 292
 Réserves à la réception et leur levée 334
 Résiliation du marché forfaitaire 298
 Responsabilités des constructeurs 326, 327

Retenue de garantie 250
RJ 58

S

Sanction de la non-fourniture de la garantie
260
Sanctions pénales pour le maître d'ouvrage
et pour l'entrepreneur 60
SCI 8
SEML 7
Signature électronique 225
Solde du marché 349
Substitution de la retenue de garantie 249
Sujétions imprévues 294

T

Travailleurs indépendants 55, 56, 57, 59, 69,
74
Travaux de bâtiment et de génie civil 59
Travaux publics 177
Travaux publics et d'ouvrages publics 177
Tri sélectif des déchets 320

U

URSSAF 7

V

Versement direct du montant du prêt 259
VRD 58