

**droit**

# Le mémento des **marchés** *publics* **de travaux**

**Intervenants,  
passation & exécution**

*Patricia Grelier Wyckoff*

**Le Code  
des marchés  
publics 2006**

**EYROLLES**

**Patricia Grelier Wyckoff**

**Le memento des marchés  
publics de travaux**

DES MÊMES AUTEURS

---

**Mémento des marchés privés de travaux.**

*Intervenants, passation et exécution*

2<sup>e</sup> édition, 2006, 130 pages.

**Pratique du droit de la construction.**

*Marchés publics et marchés privés*

5<sup>e</sup> édition, 2007, 444 pages.

CHEZ LE MÊME ÉDITEUR

---

**P. GÉRARD. – Pratique du droit de l’urbanisme.**

*Urbanisme réglementaire, individuel et opérationnel*

5<sup>e</sup> édition, 2007, 294 pages.

**B. QUIGNARD. – Ascenseur et copropriété.**

3<sup>e</sup> édition, 2005, 400 pages.

**B. DE POLIGNAC, J.-P. MONCEAU, X. DE CUSSAC. – L’expertise immobilière.**

4<sup>e</sup> édition, 2007, 456 pages.

**Patricia Grelier Wyckoff**

# **Le mémento des marchés publics de travaux**

Intervenants, passation & exécution

Troisième édition 2007

Deuxième tirage 2008

**EYROLLES**

The logo for EYROLLES features the word "EYROLLES" in a bold, sans-serif font. Below the text is a horizontal line with a small grey circle centered underneath it.

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



Le code de la propriété intellectuelle du 1<sup>er</sup> 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 l'autorisation de l'Éditeur ou du Centre Français d'exploitation du droit de copie, 20, rue des Grands Augustins, 75006 Paris.

© Groupe Eyrolles, 2007, ISBN 978-2-212-12132-2

# TABLE DES MATIÈRES

---

## **1. Les maîtres d'ouvrage** **1**

---

### **1.1. La maîtrise d'ouvrage** ..... **3**

1.1.1.	Les trois grandes catégories de maîtres d'ouvrage .....	4
	1. Les maîtres d'ouvrage publics soumis au Code des marchés publics .....	4
	2. Les maîtres d'ouvrage réglementés .....	5
	3. Les maîtres d'ouvrage privés .....	7
1.1.2.	Les fonctions des maîtres d'ouvrage .....	8
	1. Les fonctions des maîtres d'ouvrage publics et réglementés (soumis à la loi MOP) .....	8
	2. Les fonctions des maîtres d'ouvrage privés (non soumis à la loi MOP) .....	9
1.1.3.	Le vocabulaire européen : pouvoir adjudicateur (PA) et entité adjudicatrice (EA) .....	9

### **1.2. La maîtrise d'ouvrage déléguée (MOD)** ..... **11**

1.2.1.	La MOD avec maître d'ouvrage soumis à la loi MOP (réglementé) .....	11
	1. La mission du mandataire .....	11
	2. Les personnes pouvant être mandataires .....	12
	3. Les conditions d'exercice du mandat .....	13
	4. Les conséquences juridiques du mandat MOP .....	14
	5. Les marchés passés par les mandataires sont soumis au Code des marchés publics .....	15
	6. Les conventions de mandat peuvent être passées en procédure adaptée (MAPA) .....	15

1.2.2.	La MOD avec maître d'ouvrage non soumis à la loi MOP (non réglementé).....	16
	1. Généralités .....	16
	2. Les conséquences juridiques du mandat .....	16
	3. Qui recourt à la maîtrise d'ouvrage privée déléguée ? .....	17

### **1.3. Le conducteur d'opération (AMO) en marchés publics ou réglementés ..... 18**

1.3.1.	Une mission d'assistance générale .....	18
1.3.2.	Les personnes pouvant être conducteurs d'opération.....	18
1.3.3.	Articulation avec les autres intervenants .....	19
1.3.4.	Choisir son conducteur d'opération.....	19
1.3.5.	Conduite d'opération ou mandat ? .....	20

## **2. La maîtrise d'œuvre ..... 21**

---

### **2.1. Généralités ..... 23**

2.1.1.	La fonction de maîtrise d'œuvre.....	23
2.1.2.	L'équipe de maîtrise d'œuvre : son rôle .....	23
2.1.3.	Le dispositif réglementaire .....	24
2.1.4.	Les maîtres d'ouvrage assujettis à la loi MOP .....	24
2.1.5.	Les ouvrages concernés par la loi MOP .....	24
2.1.6.	Les contrats concernés par la loi MOP.....	25

### **2.2. Les éléments de mission de maîtrise d'œuvre (loi MOP) ..... 25**

2.2.1.	Phase de conception .....	25
	1. Les études d'esquisse (ESQ) .....	25
	2. Les études de diagnostic (DIA) .....	25
	3. Les études préliminaires (EP).....	25
	4. Les études d'avant-projet (AVP).....	25
	5. Les études de projet (PRO) .....	26
	6. L'assistance au maître d'ouvrage pour la passation du ou des contrats de travaux (ACT).....	26
2.2.2.	Phase de réalisation .....	26
	1. Les études d'exécution (EXE).....	26
	2. La direction de l'exécution des contrats de travaux (DET).....	27
	3. Ordonnancement, pilotage et coordination (OPC) .....	28
	4. Assistance apportée au maître d'ouvrage lors des opérations de réception et pendant la période de garantie de parfait achèvement (AOR).....	28
	5. Missions complémentaires .....	28

<b>2.3. La mission de base (loi MOP) .....</b>	<b>29</b>
<b>2.4. Le contrat de maîtrise d'œuvre (loi MOP) .....</b>	<b>29</b>
2.4.1. Généralités .....	29
2.4.2. Le forfait de rémunération de la maîtrise d'œuvre .....	30
2.4.3. L'engagement de la maîtrise d'œuvre .....	30
<b>2.5. Le contrat passé avec un maître d'œuvre public (non soumis à la loi MOP) .....</b>	<b>31</b>
<b>2.6. La responsabilité du maître d'œuvre .....</b>	<b>31</b>
2.6.1. La conception : les fautes de conception .....	31
2.6.2. Le conseil : le défaut de conseil .....	32
2.6.3. Le contrôle et la surveillance : le défaut de surveillance .....	33
2.6.4. L'atténuation de la responsabilité du maître d'œuvre par celle du maître d'ouvrage ou de l'entrepreneur .....	34
2.6.5. La responsabilité du maître d'œuvre vis-à-vis de l'entrepreneur .....	34
2.6.6. Garantie de bon fonctionnement et garantie décennale .....	36
<b>2.7. La passation d'un marché public de maîtrise d'œuvre (CMP) .....</b>	<b>37</b>
2.7.1. Définition des contrats de maîtrise d'œuvre dans le CMP .....	37
2.7.2. Schéma général des procédures de passation .....	37
2.7.3. La procédure adaptée .....	38
1. Définition .....	38
2. Quand utiliser la procédure adaptée ? .....	38
3. Contenu de la procédure adaptée .....	39
2.7.4. Le concours de maîtrise d'œuvre .....	39
1. Définition .....	39
2. Quand utiliser un concours de maîtrise d'œuvre ? .....	39
2.7.5. La procédure négociée spécifique .....	39
1. Définition .....	39
2. Quand utiliser une procédure négociée spécifique ? .....	40
2.7.6. L'appel d'offres .....	40
1. Définition .....	40
2. L'appel d'offres n'est pas approprié pour les marchés de maîtrise d'œuvre avec conception .....	40
2.7.7. Les marchés de définition .....	41
1. Définition .....	41
2. Quand utiliser un marché de définition ? .....	41
3. Comment utiliser un marché de définition ? .....	41
4. Marché de maîtrise d'œuvre ultérieur .....	42
5. Conditions pour pouvoir passer un marché de maîtrise d'œuvre ultérieur (article 73 du CMP) .....	42

## **3. Le coordonnateur sécurité et protection de la santé**

**43**

<b>3.1. Généralités .....</b>	<b>45</b>
3.1.1. Espace clos et indépendant .....	45
3.1.2. Risques de coactivité .....	45
3.1.3. Le dispositif légal et réglementaire .....	46
3.1.4. Les trois niveaux d'opération .....	47
1. Les opérations de catégorie III .....	47
2. Les opérations de catégorie II .....	48
3. Les opérations de catégorie I .....	48
3.1.5. La notion de travaux de bâtiment et de génie civil .....	49
<b>3.2. Les obligations des intervenants à l'acte de construire en matière de SPS .....</b>	<b>49</b>
3.2.1. Le coordonnateur SPS .....	49
3.2.2. Les obligations du maître d'ouvrage .....	51
1. Les obligations de faire .....	51
2. Les obligations de « faire faire » .....	52
3.2.3. Les droits et obligations des entreprises et des sous-traitants .....	53
1. Élaborer le PPSPS lorsqu'il est requis (L 235-7 et R 238-26 à 36 du Code du travail) .....	53
2. Respecter les mesures générales de prévention applicables à la profession du bâtiment .....	54
3. Informer les sous-traitants sur les obligations liées à la coordination SPS .....	54
<b>3.3. Les documents .....</b>	<b>54</b>
3.3.1. Le plan général de coordination santé et sécurité (PGC) .....	54
3.3.2. Le plan particulier de sécurité et de protection de la santé .....	55
1. Chantiers de catégorie I ou II : différentes rubriques du PPSPS .....	56
2. Chantiers de catégorie III : cas particulier du PPSPS « simplifié » pour les travaux présentant des risques particuliers .....	56
3.3.3. Registre journal .....	56
3.3.4. Dossier d'intervention ultérieure sur l'ouvrage (DIUO) .....	57
<b>3.4. Le collège interentreprises de sécurité, de santé et des conditions de travail .....</b>	<b>58</b>

## **4. La dévolution des marchés : les entrepreneurs**

**59**

### **4.1. Les marchés en lots séparés : l'allotissement ... 61**

### **4.2. Le marché unique ou à l'entreprise générale ... 62**

### **4.3. Les groupements momentanés d'entreprises (GME) : la cotraitance ..... 63**

4.3.1.	Généralités .....	63
	1. Définition d'un GME.....	63
	2. Avantages des GME .....	64
	3. La cotraitance est différente de la sous-traitance.....	64
4.3.2.	Les deux formes de groupement : conjoint ou solidaire .....	64
	1. Caractéristiques communes aux deux groupements .....	64
	2. Le groupement conjoint .....	65
	3. Le groupement solidaire .....	66
	4. Un groupement ne peut pas être conjoint et solidaire.....	66
	5. Les deux types de groupement peuvent être combinés .....	67
4.3.3.	Le fonctionnement des GME.....	67
	1. Le mandataire commun .....	67
	2. Les cotraitants .....	69
	3. La convention de groupement .....	69
	4. Les précautions à prendre pour constituer et faire fonctionner un GME .....	70
	5. Les assurances .....	71
	6. La défaillance.....	71
	7. Les qualifications d'entreprises dans un groupement : une solidarité purement financière.....	71
	8. Respect des règles de concurrence en marchés publics soumis au CMP .....	72

### **4.4. La sous-traitance..... 73**

4.4.1.	Généralités .....	73
	1. Définition de la sous-traitance .....	73
	2. Acceptation des sous-traitants et agrément de leurs conditions de paiement par le maître d'ouvrage .....	74
	3. Il n'est pas nécessaire d'intervenir sur le chantier pour être sous-traitant .....	74
	4. La sous-traitance de pose est néanmoins possible .....	74
	5. La sous-traitance en chaîne.....	75
	6. Sanctions en cas de sous-traitance irrégulière .....	75
4.4.2.	La sous-traitance dans les marchés publics .....	75
4.4.3.	Le paiement direct du sous-traitant de rang un.....	76

1.	La mise en place du paiement direct des sous-traitants de rang un .....	76
2.	Les modalités du paiement direct par le maître d'ouvrage public .....	79
4.4.4.	La garantie de paiement due aux sous-traitants de rang supérieur à un : une caution ou une délégation de paiement .....	81
1.	La caution de sous-traitance .....	81
2.	La délégation de paiement .....	81
4.4.5.	La responsabilité du maître d'ouvrage public vis-à-vis du sous-traitant impayé : l'action indemnitaire .....	82
4.4.6.	Requalifications par le juge du contrat de sous-traitance .....	83
4.4.7.	Responsabilité décennale du sous-traitant .....	84

## **5. L'effet attractif de la notion de travaux publics**

**87**

### **5.1. Notion de travaux publics .....**

**89**

5.1.1.	La notion de travaux publics résultant de la loi .....	89
5.1.2.	La notion de travaux publics résultant de la jurisprudence .....	89
1.	Un critère obligatoire .....	89
2.	Deux critères alternatifs .....	89

### **5.2. Régime juridique des travaux publics .....**

**90**

5.2.1.	L'effet attractif de la notion de travaux publics .....	90
1.	Dans le domaine contractuel .....	90
2.	Dans le domaine extra-contractuel (responsabilité délictuelle) ..	91
5.2.2.	Les particularités du contentieux de travaux publics : la non-application de la règle du préalable .....	92

## **6. La passation des marchés**

**93**

### **6.1. Généralités .....**

**95**

6.1.1.	L'entrée en vigueur du Code des marchés publics 2006 .....	95
1.	Les marchés notifiés avant le 1 <sup>er</sup> septembre 2006 .....	95
2.	Les marchés pour lesquels une consultation aura été engagée à compter du 1 <sup>er</sup> septembre 2006 .....	95
6.1.2.	Les différentes catégories de marchés publics et les accords-cadres .....	95
1.	Les marchés simples .....	95
2.	Les marchés à bons de commande .....	95

	3. Les marchés à tranches conditionnelles .....	96
	4. Les accords-cadres .....	96
6.1.3.	Le prix .....	97
	1. Marché à prix forfaitaire ou marché à prix unitaires .....	97
	2. Marché actualisable et/ou révisable (article 18 du Code des marchés publics) .....	97
6.1.4.	Les pièces constitutives des marchés publics .....	98
	1. L'acte d'engagement .....	98
	2. Les autres pièces constitutives des marchés .....	98
	3. Le marché indique l'ordre de priorité des pièces contractuelles ...	98
<b>6.2. Le respect des principes .....</b>		<b>99</b>
6.2.1.	Le principe d'égalité des candidats .....	99
6.2.2.	La liberté d'accès à la commande publique .....	99
6.2.3.	Le principe de transparence .....	100
6.2.4.	Sanctions du non-respect de ces principes .....	100
<b>6.3. La publicité .....</b>		<b>100</b>
6.3.1.	En dessous du seuil de 4 000 € HT : publicité non obligatoire ..	101
6.3.2.	Entre les seuils de 4 000 € HT et de 90 000 € HT : une publicité adaptée .....	101
6.3.3.	Entre le seuil de 90 000 € HT et celui de 5 270 000 € HT .....	102
6.3.4.	Au-dessus du seuil communautaire de 5 270 000 € HT .....	102
6.3.5.	Le calcul des seuils : les notions d'ouvrage et d'opération (art. 27 du CMP) .....	102
<b>6.4. La sélection des candidats .....</b>		<b>103</b>
6.4.1.	Interdictions de soumissionner (art. 43 du CMP) .....	103
6.4.2.	Documents à produire par tous les candidats (ou sélection des candidatures) (art. 44 et 45 du CMP) .....	104
6.4.3.	Pièces absentes ou incomplètes (art. 52 du CMP) .....	105
6.4.4.	Documents à produire par le seul attributaire (art. 46 et 47 du CMP) .....	105
<b>6.5. La sélection des offres .....</b>		<b>106</b>
6.5.1.	Les critères de sélection des offres : l'offre économiquement la plus avantageuse (art. 53 du CMP) ....	106
	1. Une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché .....	106
	2. Un seul critère : le prix .....	106
6.5.2.	Pondération des critères (art. 53 du CMP et point 12.1 de la circulaire) .....	106
6.5.3.	Variantes et options (art. 50 du CMP) .....	107

<b>6.6. Les procédures de passation des marchés publics .....</b>	<b>107</b>
6.6.1. Les marchés à procédure adaptée (MAPA) .....	108
1. Généralités .....	108
2. Principes à respecter .....	108
3. Démarche .....	109
4. Cas particuliers des petits lots (article 27 III du CMP) .....	109
6.6.2. Définition et déroulement de l'appel d'offres dans le CMP (art. 33, 57 et 60) .....	110
1. Définition de l'appel d'offres .....	110
2. Déroulement de l'appel d'offres ouvert (art. 57 et suiv.) .....	110
3. Le déroulement d'un appel d'offres restreint dans le CMP (art. 60 et suivants) .....	114
6.6.3. La procédure de marchés négociés (art. 34, 35, 65 et 66) .....	117
1. Définition d'une procédure négociée .....	117
2. Les cas possibles de recours aux marchés négociés dans le CMP .....	117
3. Le déroulement d'une procédure de marchés négociés .....	119
6.6.4. La procédure du dialogue compétitif (art. 36 et 67 du CMP) .....	121
<b>6.7. La négociation .....</b>	<b>121</b>
6.7.1. Les sujets de négociation .....	122
6.7.2. Les thèmes non négociables .....	122
6.7.3. Les procédures qui autorisent la négociation .....	122
6.7.4. Principes à respecter lors de la négociation .....	123
6.7.5. Différences entre une procédure adaptée et une procédure négociée .....	123
<b>6.8 La dématérialisation .....</b>	<b>124</b>
6.8.1. De quoi s'agit-il ? .....	124
6.8.2. Les obligations du maître d'ouvrage .....	124
6.8.3. Les obligations de l'entreprise .....	124
6.8.4. La signature électronique .....	125
6.8.5. La copie de sauvegarde .....	125
6.8.6. Ni enchères électroniques ni système d'acquisition dynamique en marchés de travaux .....	126
6.8.7. Constats .....	126
<b>6.9. La passation des marchés réglementés .....</b>	<b>127</b>
6.9.1. Les procédures de passation des marchés des SEM et des SA d'HLM agissant en qualité de mandataire .....	127

6.9.2.	Les procédures de passation des marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au CMP .....	128
	1. Les textes .....	128
	2. Les maîtres d'ouvrage concernés.....	128
	3. Principales dispositions de l'ordonnance du 6 juin 2005 .....	129
	4. Principaux articles du décret du 30 décembre 2005 .....	129
	5. Les organismes HLM .....	130
6.9.3.	Les procédures de passation des marchés des organismes de sécurité sociale .....	131

## **7. Les garanties : la retenue de garantie et son remplacement par une caution ou par une garantie à première demande 133**

---

### **7.1. La retenue de garantie dans les marchés soumis au CMP ..... 135**

7.1.1.	Définition .....	135
7.1.2.	Remplacement .....	135
7.1.3.	L'objet de la retenue de garantie.....	136
7.1.4.	Son remboursement .....	136

### **7.2. La caution personnelle et solidaire..... 137**

7.2.1.	Définition et nature juridique de la caution .....	137
7.2.2.	Forme de l'engagement de la caution .....	137
7.2.3.	Délai imparti pour constituer la caution : la durée du marché.....	138
7.2.4.	Libération de la caution (art. 101) .....	138

### **7.3. La garantie à première demande..... 139**

7.3.1.	Caractéristiques.....	139
7.3.2.	Forme de l'engagement à première demande .....	139
7.3.3.	Délai imparti pour constituer la garantie à première demande : la durée du marché.....	140
7.3.4.	Libération de la garantie à première demande .....	140

### **7.4. La retenue de garantie dans un contrat de sous-traitance ..... 141**

---

**7.5. Les garanties que le maître d'ouvrage  
peut exiger en contrepartie d'une avance..... 142**

**8. L'exécution du marché 143**

---

**8.1. Les obligations de l'entrepreneur liées  
à l'exécution des travaux ..... 145**

- 8.1.1. Exécution des ordres de service (OS)..... 145
  - 1. L'entreprise doit exécuter les ordres de service ..... 145
  - 2. Les trois cas permettant le refus d'exécuter un OS ..... 146
- 8.1.2. Obligation de bonne exécution ..... 146
  - 1. Le respect des règles de l'art ..... 146
  - 2. Le devoir général de renseignement et de conseil..... 146
  - 3. Les modalités du devoir de conseil : l'expression de réserves.. 147
- 8.1.3. Obligation de respecter les délais ..... 148
- 8.1.4. Obligation de supporter les risques ..... 149

**8.2. La modification dans la masse des travaux... 151**

- 8.2.1. La prolongation du délai d'exécution..... 151
- 8.2.2. Le droit à indemnisation ..... 152
  - 1. L'hypothèse de la diminution des travaux  
(article 16 du CCAG) ..... 152
  - 2. L'hypothèse de l'augmentation des travaux  
(article 15 du CCAG) ..... 153
  - 3. Les autres changements (article 17 du CCAG) ..... 154
- 8.2.3. Le refus d'exécuter les travaux supplémentaires..... 154

**8.3. Le paiement des travaux supplémentaires  
dans un marché à prix global et forfaitaire ... 154**

- 8.3.1. Les conditions classiques d'existence du marché à forfait..... 155
  - 1. Le marché doit être conclu avec le propriétaire du sol..... 155
  - 2. La notion large de construction et celle, plus restrictive,  
de bâtiment ..... 156
  - 3. Une description suffisamment précise et sérieuse  
des ouvrages « selon un plan arrêté et convenu » ..... 156
  - 4. Le prix du marché..... 157
- 8.3.2. Les conséquences de la qualification de marché forfaitaire ..... 158
  - 1. Le principe : non-paiement des travaux supplémentaires  
en l'absence d'autorisation écrite et de prix convenu  
avec le « propriétaire » ..... 158
  - 2. Les spécificités des marchés publics : travaux indispensables  
et travaux utiles ..... 159

3. Les exceptions au principe.....	160
8.3.3. Possibilité de résiliation du marché forfaitaire .....	161
<b>8.4. Avenants et décisions de poursuivre .....</b>	<b>162</b>
8.4.1. Les conditions de passation d'un avenant .....	162
1. Définition de l'avenant .....	162
2. Objet de l'avenant.....	162
3. L'avenant ne doit pas bouleverser l'économie du marché ni en changer l'objet .....	163
4. 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.....	164
5. L'exception des sujétions techniques imprévues.....	164
8.4.2. Les avenants irréguliers .....	164
1. Annulation par les tribunaux des avenants irréguliers.....	164
2. Condamnation pour délit de favoritisme .....	165
8.4.3. La décision de poursuivre .....	165
1. Définition de la décision de poursuivre .....	165
2. Objet de la décision de poursuivre.....	165
3. La décision de poursuivre ne doit pas bouleverser l'économie du marché ni en changer l'objet.....	166
<b>8.5. L'interruption des travaux en cas de non-paiement .....</b>	<b>166</b>
8.5.1. Continuité du service public .....	166
8.5.2. L'interruption est possible après plus de six mois d'impayés.....	166
<b>8.6. Le traitement des déchets.....</b>	<b>167</b>
8.6.1. Généralités .....	167
8.6.2. Un tri sélectif des déchets doit être envisagé.....	167
8.6.3. Faut-il créer un lot spécifique « déchets » ? .....	168
8.6.4. Faut-il intégrer le coût du traitement dans le compte prorata ?.....	168
8.6.5. La recommandation n° T2-2000 .....	168
1. Le cas de la démolition : le diagnostic préalable .....	168
2. Le cas de la construction neuve : l'estimation préalable .....	169
3. Le cas des travaux sur existants.....	169
<b>8.7. La gestion du compte prorata .....</b>	<b>169</b>
8.7.1. Généralités .....	169
8.7.2. Les dépenses communes de chantier .....	170
1. Les dépenses communes d'investissement .....	170
2. Les dépenses communes de consommation .....	171

<b>9.1. Caractéristiques .....</b>	<b>175</b>
<b>9.2. Effets juridiques et financiers .....</b>	<b>176</b>
9.2.1. Les effets de la réception .....	176
9.2.2. Effets de l'absence de réception .....	176
9.2.3. Effets de la réception assortie de réserves .....	177
1. Coexistence de la garantie de parfait achèvement et de la responsabilité contractuelle pour les dommages réservés .....	177
2. Possibilité d'utiliser les garanties décennale et biennale pour les désordres réservés s'aggravant par la suite .....	177
3. Impossibilité d'utiliser les garanties décennale et biennale pour la réparation des autres désordres réservés .....	177
9.2.4. Effets de la réception sans réserves .....	178
1. À l'égard des désordres apparents .....	178
2. À l'égard des désordres non apparents (cachés).....	178
<b>9.3. La réception dans les marchés publics       soumis au CCAG Travaux .....</b>	<b>178</b>
9.3.1. Étapes de la réception : les opérations préalables à la réception (OPR) .....	178
9.3.2. Cas particulier de la réception partielle .....	180
9.3.3. Cas particulier de la mise à disposition .....	181
<b>9.4. Le refus de réception .....</b>	<b>182</b>
<b>9.5. Les réserves à la réception .....</b>	<b>183</b>
9.5.1. Remédier aux réserves dans le délai contractuel .....	183
9.5.2. Comment remédier aux réserves ? .....	183
<b>9.6. La réception tacite .....</b>	<b>184</b>
9.6.1. Problématique .....	184
9.6.2. Conditions .....	184
9.6.3. Date d'effet .....	184
<b>9.7. Les caractéristiques de la garantie       de parfait achèvement .....</b>	<b>185</b>

## **10. Le règlement des marchés soumis au CMP et au CCAG Travaux 1976 187**

---

### **10.1. Séparation de l'ordonnateur et du comptable public ..... 189**

### **10.2. Le délai de paiement du CMP..... 189**

- 10.2.1. Généralités..... 189
- 10.2.2. Le point de départ du délai de paiement ..... 190
- 10.2.3. L'expiration du délai de paiement..... 191
- 10.2.4. Les intérêts moratoires ..... 191

### **10.3. Le marché peut prévoir le versement d'une avance et d'acomptes ..... 191**

- 10.3.1. L'avance (art. 87 et 115 du CMP)..... 191
- 10.3.2. Les acomptes (art. 91 du CMP)..... 192

### **10.4. Paiement du solde du marché : établissement du projet de décompte final et contestation du décompte général..... 193**

- 10.4.1. Établissement du décompte général ..... 194
  - 1. Délai de production du projet de décompte final ..... 194
  - 2. Contenu du projet de décompte final ..... 194
  - 3. Le décompte général ..... 195
  - 4. Signature du décompte général par le titulaire : DGD ..... 196
- 10.4.2. Contestation du décompte général ..... 196
  - 1. Faire des réserves ..... 196
  - 2. Le mémoire en réclamation est celui de l'article 50.22  
du CCAGTravaux ..... 197
  - 3. Suite à la réclamation, plusieurs situations peuvent  
se présenter ..... 198
  - 4. Le désaccord sur le montant du solde,  
n'empêche pas le paiement de ce qui n'est pas contesté..... 199
- 10.4.3. Le caractère définitif du décompte accepté  
par les deux parties : le DGD ..... 199
- 10.4.4. En résumé ..... 201

### **10.5. Le paiement d'une créance cédée ou nantie : l'exemplaire unique ..... 202**

- 1. Dans le cas du marché principal..... 202
- 2. Dans le cas d'un groupement conjoint ..... 203
- 3. Dans le cas d'un groupement solidaire ..... 203
- 4. Le certificat de cessibilité..... 203

**11.1. Le contrôle des marchés publics ..... 207**

- 11.1.1. Les contrôles visant les actes administratifs ..... 207
  - 1. Le contrôle de légalité exercé par le préfet ..... 207
  - 2. Le contrôle des dépenses par le comptable public ..... 208
  - 3. Le contrôle de la Cour et des chambres régionales des comptes ..... 208
- 11.1.2. Les contrôles visant les personnes ..... 209
  - 1. Le contrôle de la Cour de discipline budgétaire et financière ..... 209
  - 2. Le contrôle de la mission interministérielle d'enquête sur les marchés ..... 209
  - 3. Le contrôle exercé par les juridictions pénales ..... 209

**11.2. Les recours portant sur la passation des marchés publics ..... 211**

- 11.2.1. Les recours traditionnels ..... 211
  - 1. Motifs de l'éviction et caractéristiques de l'offre retenue (articles 80 et 83 du CMP) ..... 211
  - 2. Les recours gracieux ou hiérarchique ..... 213
  - 3. Recours en annulation devant le juge de l'excès de pouvoir ..... 213
  - 4. Recours en indemnisation devant le juge de plein contentieux ..... 214
  - 5. Injonctions et astreintes (L. 911-1 à L. 911-10 du CJA) ..... 214
- 11.2.2. Litiges portant sur la passation du marché : le déféré préfectoral ..... 215
  - 1. Le préfet est le seul tiers au contrat qui puisse en demander l'annulation ..... 215
  - 2. Le préfet peut obtenir le sursis à exécution du marché déféré ..... 215
- 11.2.3. Litiges portant sur la passation des marchés : le référé précontractuel L. 551-1 du CJA ..... 216
  - 1. Champ d'application : les contrats concernés ..... 216
  - 2. Les pouvoirs du juge ..... 216
  - 3. Les conditions de recevabilité du recours ..... 217
  - 4. Les limites de cette procédure ..... 217

**11.3. Les recours contentieux et amiables  
portant sur l'exécution du marché ..... 218**

11.3.1. La réclamation dans les marchés publics soumis  
au CCAG Travaux ..... 218

1. Différend entre l'entrepreneur et le maître d'œuvre  
(article 50.11 du CCAG Travaux) ..... 219

2. Différend entre l'entrepreneur et la personne responsable  
du marché (article 50.22 du CCAG Travaux) ..... 219

11.3.2. Annulation du marché en partie (ou en totalité) exécuté ..... 222

11.3.3. Le recours amiable devant le CCRA ..... 222

1. Généralités ..... 222

2. De quels litiges s'agit-il ? ..... 223

3. Saisine du Comité ..... 223

4. Contenu et suites de l'avis ..... 224

5. Adresses des CCRA ..... 224

11.3.4. Le référé provision ..... 225

11.3.5. Les procédures de mandatement et d'inscription d'office ..... 226

1. Conditions ..... 226

2. Mise en œuvre ..... 227

3. Cas particulier des intérêts moratoires  
dans les marchés publics ..... 228



CHAPITRE

1

# **LES MAÎTRES D'OUVRAGE**



## 1.1. La maîtrise d'ouvrage

Le maître d'ouvrage prend l'initiative de l'acte de construire. C'est le client.

Il n'y a pas de définition officielle unique de la maîtrise d'ouvrage. Il est néanmoins indispensable d'identifier clairement le maître d'ouvrage.

Il est possible de 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 sur 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 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 (habiter personnellement, vendre ou louer) sont indifférents quant à la détermination du 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** des marchés de maîtrise d'œuvre ou de travaux (respect du Code des marchés publics ou de l'ordonnance du 6 juin 2005 ou liberté contractuelle, respect ou non de la loi MOP du 12 juillet 1985) ;
  - des **cahiers des charges spécifiques** (CCAG Travaux 1976, norme Afnor NF P 03 001, CCAG SNCF, CCAG Aéroport de Paris, CCAG EDF, etc.) ;
  - 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.

### 1.1.1. Les trois grandes catégories de maîtres d'ouvrage

#### 1. Les maîtres d'ouvrage publics soumis au 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** (avec l'ensemble de leurs établissements publics).

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 :

- **l'État**, c'est-à-dire les services centraux (ministères) et les services déconcentrés (DDE, DDA, direction régionale du Génie, etc.) ;
- **les établissements publics de l'État** autres que les établissements publics industriels et commerciaux, à savoir des établissements **administratifs** comme les écoles nationales type ENA, les beaux-arts, l'École normale supérieure, les universités, des établissements à **caractère culturel**, des établissements à **caractère sanitaire et social**, etc. ;
- **les établissements consulaires** tels que les chambres de commerce et d'industrie (CCI), les chambres d'agriculture, les 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 ;
- **les établissements de santé et les 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 les établissements publics industriels et commerciaux.

Au titre des collectivités territoriales, on peut citer :

- **les collectivités territoriales**, à savoir communes, départements, régions de droit commun ou dotées d'un statut spécifique (Paris), régions et départements d'outre-mer (Saint-Pierre-et-Miquelon, Guyane, Martinique, Guadeloupe, La Réunion, Mayotte), mais pas les territoires d'outre-mer ;
- **les établissements publics des collectivités territoriales**, sans restriction aucune, qu'ils revêtent un caractère administratif ou un caractère industriel et commercial. Ce sont les structures de coopération intercommunale (EPCI, SIVU, SIVOM, communautés urbaines, etc.), les lycées et collèges, les hôpitaux publics, les offices publics d'HLM les offices publics d'aménagement et de construction, les centres communaux d'action sociale, etc. 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.**

## 2. Les maîtres d'ouvrage réglementés

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

**D'une façon générale** va être 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 pou-

voirs 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)**, les sociétés d'économie mixte locales (SEML), des SEM d'aménagement, des SEM de construction et de gestion de logements sociaux, etc.

**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 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 soumi-

ses au Code des marchés publics (cf. 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 MOP** du 12 juillet 1985 modifiée qui régit les rapports entre la maîtrise d'ouvrage publique et la maîtrise d'œuvre privée (MOP).

### 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 1975 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).

## 1.1.2. Les fonctions des maîtres d'ouvrage

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

Une fonction d'intérêt général.

L'article 2 de la loi MOP énonce que le maître d'ouvrage public (entendu au sens de maître d'ouvrage public et de maître d'ouvrage réglementé) est le « **responsable principal** de l'ouvrage, il remplit **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**.

Plusieurs obligations.

L'article 2 et l'article 3 de la loi MOP indiquent que, 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.

## 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 à commander et à payer les travaux.**

Il 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 « dommages 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.

### 1.1.3. 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 sur la 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<sup>er</sup> septembre 2005, relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics, **suivie de 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<sup>er</sup> août 2006**, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 2006, comprenant une première partie concernant les **pouvoirs adjudicateurs** et une deuxième partie concernant les **entités adjudicatrices**.

Dans ces documents (directives, 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 mots « pouvoir adjudicateur » ou « entité adjudicatrice » se retrouvent à la fois dans l'ordonnance du 6 juin 2005 (pour les « donneurs d'ordre » qui tombent dans son champ d'application), et dans le Code des marchés publics (pour les « donneurs d'ordre » qui tombent dans son champ d'application).

**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 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, à savoir 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)

passé 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.

## 1.2. La maîtrise d'ouvrage déléguée (MOD)

### 1.2.1. La MOD avec maître d'ouvrage soumis à la loi MOP (réglementé)

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 (1.2.1) ou d'une conduite d'opération (1.3) auxquels peut recourir le maître d'ouvrage, tout en préservant sa responsabilité en qualité de décideur de l'opération.

#### 1. La mission du mandataire

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.

La mission du mandataire (loi MOP), appelé également maître d'ouvrage délégué (MOD), 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 déléguer** :

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

Selon les 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, etc. 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 délégué du maître d'ouvrage devient l'unique interlocuteur des acteurs du projet.

## **2. Les personnes pouvant être mandataires**

Avant l'ordonnance du 17 juin 2004, les personnes qui pouvaient être mandataires d'un maître d'ouvrage soumis à la loi MOP étaient limitativement énumérées à l'article 4 de la loi MOP. Il s'agissait notamment de l'État et des collectivités territoriales, de certains établissements publics, des sociétés

d'économie mixte locales, et des organismes privés d'HLM pour d'autres organismes privés d'HLM.

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 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 publique est autorisé à toute personne publique ou privée à condition toutefois que celle-ci, ou toute autre personne 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.

### 3. Les conditions d'exercice du mandat

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

Le mandataire est **soumis aux dispositions applicables à son mandant** dans l'exercice des attributions qui lui sont confiées par celui-ci (respect du Code des marchés publics ou de l'ordonnance du 6 juin 2005 pour la passation des marchés, respect de la loi MOP dans les rapports avec la maîtrise d'œuvre privée). 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* ». Ce principe reprend la jurisprudence résultant de plusieurs décisions (CE, 28 juillet 1995, préfet d'Ile-de-France, six arrêts), relevant que les dispositions du Code des marchés publics « sont applicables aux marchés passés au nom des collectivités territoriales ».

Les conditions d'exercice du mandat sont fixées par l'article 5 de la loi MOP. 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.
- Par ailleurs, **le contentieux d’un marché passé par un maître d’ouvrage délégué (même privé) pour l’exécution de la mission d’un maître d’ouvrage public** relève de la **compétence du juge administratif**. Un arrêt du tribunal des conflits (TC, 23 septembre 2002, sociétés Sotrane et Metalform c/ GIE Sesam-Vitale, n° 3300) donne une illustration de l’application de la théorie du mandat, selon laquelle une personne privée peut voir ses agissements soumis au juge administratif si elle agit en fait pour le compte d’une personne publique.

#### 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’œuvre 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 délégués au mandataire mais qui

font l'objet d'un accord préalable du maître d'ouvrage, dont les modalités sont définies dans le contrat.

### **5. Les marchés passés par les mandataires sont soumis au Code des marchés publics**

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

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. »

### **6. Les conventions de mandat peuvent être passées en procédure adaptée (MAPA)**

**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.

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.

## 1.2.2. La MOD avec maître d'ouvrage non soumis à la loi MOP (non réglementé)

### 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* ».

En marché privé, le contrat de maîtrise d'ouvrage déléguée est une convention de mandat unissant un mandataire et un maître d'ouvrage, le mandant. Ce contrat, bien qu'il soit un mandat, a néanmoins un régime fort différent du mandat loi MOP. Le contrat de maîtrise d'ouvrage privée déléguée ne tombe pas sous le coup d'une réglementation juridique. Il conserve un **caractère essentiellement conventionnel**.

Par ce mandat, le mandataire 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**.

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

### 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. Celui qui est investi d'un mandat est le représentant du maître de l'ouvrage. Les actes qu'il accomplit dans l'exécution de son mandat obligent le mandant, sauf s'il a manifestement excédé ses pouvoirs et que le tiers ne pouvait l'ignorer (Cass. Civ. III, 21 février 2006, société Eurovia Champagne c/ Sofadev n° F-D) ;
- **le mandataire** (maître d'ouvrage privé délégué) **applique les obligations qui s'imposeraient au maître d'ouvrage**, comme si ce dernier agissait lui-même ;
- le mandataire doit apporter ses meilleurs soins pour la réalisation de l'ouvrage (il s'agit d'une **obligation de moyens**) ;
- **le mandataire rend compte au maître d'ouvrage** de ce qu'il a fait en son nom ;

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

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.

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

La maîtrise d'ouvrage déléguée privée (le mandat) 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, **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 tout ou partie des missions confiées au mandataire (une entreprise construisant ou rénovant son siège social).

**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 contrat de promotion immobilière (CPI) ;
- ne peut **pas 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 vente en état futur d'achèvement (VEFA) ;
- ne comporte **pas la mission de conception** qui est réservée à la maîtrise d'œuvre (architecte, BET, etc.).

## **1.3. Le conducteur d'opération (AMO) en marchés publics ou réglementés**

---

### **1.3.1. Une mission d'assistance générale**

La mission du conducteur d'opération (souvent appelé assistant maître d'ouvrage en pratique) 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 proposition, de conseil, d'organisation, d'élaboration d'outils, de suivi, etc. 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 assiste le maître d'ouvrage 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. Ses missions 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 rôle important 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.

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

### 1.3.3. 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 le conducteur d'opération accompagne la collectivité publique dès sa réflexion initiale amenant la décision de lancer l'opération.

**Le contrat de conduite d'opération se distingue du contrat de maîtrise d'œuvre.** La conduite d'opération apparaît plus large. La dimension financière est en effet présente alors qu'elle est absente de la définition donnée de la maîtrise d'œuvre (article 7 de la loi MOP). Par ailleurs, elles ne sont pas substituables l'une à l'autre dès lors que la mission de conduite d'opération est exclusive de toute mission de maîtrise d'œuvre portant sur le même ouvrage.

**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.

### 1.3.4. Choisir son conducteur d'opération

Le maître d'ouvrage public passera **un marché public** de conduite d'opération à un prestataire, au terme d'une procédure prévue par le Code des marchés publics.

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.

**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 arrêtées.

### **1.3.5. Conduite d'opération ou mandat ?**

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 faire 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**.

CHAPITRE

**2**

# **LA MAÎTRISE D'ŒUVRE**



## 2.1. Généralités

### 2.1.1. La fonction de maîtrise d'œuvre

Elle recouvre les prestations de **conseil**, d'**études** et de **direction de travaux** qu'un professionnel exécute pour le compte d'un client, le maître d'ouvrage, en vue de réaliser des travaux, 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 du 12 juillet 1985 modifiée, 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.

### 2.1.2. 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, etc.

Ils remplissent **en amont une mission de conception** de l'ouvrage, et ont **en aval 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.

### **2.1.3. 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 soumis à la loi MOP (maître d'ouvrage public ou maître d'ouvrage réglementé). Ils encadrent le contrat de maîtrise d'œuvre et sa rémunération, et fixent les règles des procédures de concours et de conception réalisation.

Il s'agit :

- du décret 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 précise les modalités techniques d'exécution ;
- du décret n° 93-1269 réglementant la procédure des concours d'architecture et d'ingénierie organisés par les maîtres d'ouvrage publics ;
- du décret n° 93-1270 réglementant la procédure de conception réalisation.

Ces trois décrets ont été publiés au *Journal officiel* du 1<sup>er</sup> décembre 1993.

### **2.1.4. Les maîtres d'ouvrage assujettis à la loi MOP**

Il s'agit :

- des maîtres d'ouvrage publics ;
- et des maîtres d'ouvrage réglementés (*cf. supra* chapitre 1).

### **2.1.5. Les ouvrages concernés par la loi MOP**

Il s'agit :

- des bâtiments ;
- de l'infrastructure ;
- des équipements industriels liés à leur exploitation (par exemple, la chaufferie d'immeuble) ;
- des constructions neuves ;
- des opérations de réhabilitation ;
- des opérations de réutilisation.

Ne sont pas concernés :

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

### 2.1.6. Les contrats concernés par la loi MOP

Il s'agit uniquement des contrats relatifs aux ouvrages ci-dessus, dont les maîtres d'ouvrage sont soumis à la loi MOP, quel qu'en soit leur montant, passés avec la **maîtrise d'œuvre privée** ; la **maîtrise d'œuvre publique n'est pas concernée**.

## 2.2. Les éléments de mission de maîtrise d'œuvre (loi MOP)

---

### 2.2.1. Phase de conception

#### 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.

#### 2. Les études de diagnostic (DIA)

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

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

#### 4. 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.

## **5. 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 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.

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

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 **misés au point** permettant la passation (en réalité c'est la conclusion) du ou des contrats de travaux.

### **2.2.2. Phase de réalisation**

#### **1. Les études d'exécution (EXE)**

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.

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

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

**Cet élément de mission a quatre finalités essentielles :**

a) 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.

b) 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.

c) Contrôle des situations

Il s'agit de vérifier les projets de décomptes mensuels ou final ou les demandes d'avances présentés par l'entrepreneur, et 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.

d) 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.

### **3. Ordonnancement, pilotage et coordination (OPC)**

**L'ordonnancement consiste** à analyser les tâches élémentaires portant sur les études d'exécution et les travaux, 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.

### **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.

### **5. 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.

## 2.3. La mission de base (loi MOP)

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 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.

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.

En revanche, **le visa des études d'exécution** faites par les entreprises et **la participation à la cellule de synthèse** font 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.

## 2.4. Le contrat de maîtrise d'œuvre (loi MOP)

### 2.4.1. Généralités

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.

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.

#### **2.4.2. 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.

#### **2.4.3. 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.

Le **premier engagement** est obtenu **avant** la passation des marchés de travaux.

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

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).

## 2.5. Le contrat passé avec un maître d'œuvre public (non soumis à la loi MOP)

---

Le contrat liant un maître d'ouvrage public et un maître d'œuvre public 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'œuvre privé.

Il peut être **négocié librement**.

La forme du contrat sera de préférence écrite mais le non-respect de la recommandation d'un écrit ne saurait affecter la régularité de l'acte.

## 2.6. 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.

### 2.6.1. 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 matériau qui se révèle être **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 avérés 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 Cass. 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 (Cass. civ. II, 5 juillet 2000, n° 98 22533).

### **2.6.2. 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 de 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.

### 2.6.3. 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 avéré, 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 était 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.

#### **2.6.4. 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. 1 003).

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 ou émis d'observations sur ce procédé (CE, 14 décembre 1981, n° 12 987).

#### **2.6.5. 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 mise en cause**, 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, « Société Asseco », 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, 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 ces 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, l'architecte 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 sept huitièmes 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 **un huitième**. L'économiste indemnise l'entreprise du reste (**Cour d'appel** de Rouen, 19 septembre 2002).

#### **2.6.6. 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, « société 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'informations erronées ou insuffisantes à l'entrepreneur, etc.) ou de conception (erreur dans l'établissement des plans, dans le choix des matériaux, etc.) (CE, 10 juillet 1974, « Descottes-Genon » 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).

---

## **2.7. La passation d'un marché public de maîtrise d'œuvre (CMP)**

---

### **2.7.1. 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<sup>er</sup> 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 et par le décret du 29 novembre 1993* ».

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.

### **2.7.2. Schéma général des procédures de passation**

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

- en dessous de 150 000 € HT (État) ou 210 000 € HT (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.

### **2.7.3. 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'ouvrage 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 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 ?**

La procédure adaptée est utilisée 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<sup>er</sup> 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.).

#### 2.7.4. 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 ?

**Le concours est obligatoire pour tous les marchés supérieurs** à 135 000 € HT (État) et 210 000 € HT (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.

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

**Le concours est 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.

#### 2.7.5. 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 trois, 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 ?

Cette procédure s'utilise **pour les marchés supérieurs** à 135 000 € HT (État) et 210 000 € HT (collectivités territoriales) lorsque :

- **le concours n'est pas obligatoire.** Cela correspond aux 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.
- ou 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).
- **ou en dessous de ces seuils**, la procédure est alors employée lorsque le maître d'ouvrage le juge opportun.

### 2.7.6. 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 (article 33 du CMP).

L'article 59 du CMP 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 étu-

des 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 (articles 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 CMP 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.

**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 (article 24 du CMP).

### 2.7.7. 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 (article 73 du CMP).

#### 2. Quand utiliser un marché de définition ?

La personne publique fait appel à un marché de définition lorsqu'elle 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 (article 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.

CHAPITRE

**3**

**LE COORDONNATEUR  
SÉCURITÉ ET PROTECTION  
DE LA SANTÉ**



## 3.1. Généralités

Depuis le 1<sup>er</sup> 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.

### 3.1.1. 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.

### 3.1.2. 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 la 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 risques 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.

L'addition des trois critères d'application, au moins deux entreprises, espace clos et indépendant, existence de risques 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
OPP-BTP	Office professionnel de prévention du bâtiment et des travaux publics

**3.1.3. Le dispositif légal et réglementaire**

***La loi***

Loi du 31 décembre 1993 n° 93-1418 appelée « chantiers temporaires et mobiles » (entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> 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 sécurité, de santé 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 fixant le contenu de la déclaration préalable.

Arrêté du 7 mars 1995 relatif à la formation des coordonnateurs et des 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).

## **3.1.4. Les trois niveaux d'opération**

### **1. Les opérations de catégorie III**

Il s'agit :

- de chantiers ne relevant ni de la catégorie I, ni de la catégorie II ;
- et de 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 minimal 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 remplir 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 < 760 000 €, et celles 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.

### **3.1.6. 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 visées les catégories suivantes.

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 ».

## **3.2. Les obligations des intervenants à l'acte de construire en matière de SPS**

---

### **3.2.1. Le coordonnateur SPS**

C'est la pièce maîtresse du nouveau dispositif.

Qui désigne le coordonnateur ? C'est le maître d'ouvrage.

#### ***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 ;
- sous 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 intervenir que dans les cadres suivants :

- **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 ;
- **le cadre de l'existence** d'un ou plusieurs travaux présentant des risques particuliers sur les chantiers de catégorie III ;
- **le cadre 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.

### ***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.

## **3.2.2. Les obligations du maître d'ouvrage**

### **1. Les obligations de faire**

**Mettre en œuvre les principes généraux de prévention (L 235-1 du Code du travail) :**

- 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.

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

Il s'agit de la déclaration préalable.

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

- l'inspecteur du travail ;

- la CRAM ;
- l’OPP-BTP
  - 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.

### ***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 ;
- **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.

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 par rapport à 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 et aux réunions de chantier pendant la phase de réalisation de l’ouvrage.

## **2. Les obligations de « faire faire »**

### ***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, et pour les chantiers de la catégorie III sur lesquels doivent être exécutés des travaux présentant des risques particuliers.

### ***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.

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.

### ***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.

## **3.2.3. Les droits et obligations des entreprises et des sous-traitants**

### **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 un 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.

Le PPSPS doit être remis avant le début des travaux au coordonnateur ou au maître d'ouvrage (pour l'entreprise exécutant seule des travaux importants).

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 soient pas sur la liste des travaux présentant des risques particuliers.

## **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 aux moyens de protection ;
- la prévention des chutes de hauteur.

## **3. 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 du second œuvre.

### **3.3. Les documents**

---

#### **3.3.1. Le plan général de coordination santé et sécurité (PGC)**

C'est le maître d'ouvrage qui le fait établir. Le coordonnateur 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 ;
- soit 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.

### ***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, Compagnie 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.

### **3.3.2. Le plan particulier de sécurité et de protection de la santé**

#### ***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 catégories I et II ;
- ou sur un chantier de catégorie III où sont exécutés des travaux comportant des risques particuliers.

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 ou II et les chantiers de catégorie III.

## **1. Chantiers de catégorie I ou 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.

## **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 réalisés ;
- décrire les modes opératoires ;
- énoncer les consignes à respecter par les salariés appelés à exécuter les travaux.

### **3.3.3. Registre journal**

Le registre journal (RJ) doit permettre au coordonnateur de garder trace des événements liés à la coordination (observations, consignes, incidents, etc.).

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 ;
- 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, par 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.

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

Le dossier de l'ouvrage doit permettre de 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 éléments suivants :

- 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, etc.) ;
- 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 celui-ci est différent,
  - 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, et aux notaires chargés de la mutation de l'ouvrage, pour être joint aux actes notariés.

### **3.4. Le collège interentreprises de sécurité, de santé et des conditions de travail**

---

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 de bâtiment, ou à 5 s'il s'agit d'une opération de 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.

CHAPITRE

4

**LA DÉVOLUTION  
DES MARCHÉS :  
LES ENTREPRENEURS**



Dans le cadre d'une opération de construction, le maître d'ouvrage public peut passer un ou plusieurs marchés. Il contracte soit avec plusieurs entreprises séparément, soit avec une seule entreprise, ou avec des entreprises groupées.

On parlera dans le premier cas de **marchés séparés** ou de lots séparés (4.1.), dans le second cas de marché unique ou passé à **l'entreprise générale** (4.2.). Dans le dernier cas de marché attribué à **des entreprises groupées ou de cotraitance**, les entreprises seront groupées **conjointes** ou groupées **solidaires** (4.3.).

La **sous-traitance** peut se retrouver dans tous les marchés, quel qu'ait été le mode de dévolution initial (4.4.).

## 4.1. Les marchés en lots séparés : 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** : secteur nord, secteur sud, etc. 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, etc. ;
- il est passé **autant de contrats que d'entreprises**, celles-ci n'ayant aucun lien entre elles ;
- **un lot coordination et/ou pilotage du chantier** est attribué soit à une entreprise spécialisée soit au titulaire du lot gros œuvre. Il peut aussi être gardé par le maître d'ouvrage ou être confié au maître d'œuvre.

La formule des marchés séparés en lots présente l'avantage de donner du travail aux **entreprises artisanales et aux petites et moyennes entreprises**.

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.

Cela permet de maintenir un tissu économique local et est, à ce titre, **encouragé par les pouvoirs publics**.

**L'article 10 du Code des marchés publics 2006 pose pour la première fois l'allotissement comme la règle**, et le marché unique comme l'exception : *« 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 applicables 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 ».*

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.

Si le pouvoir adjudicateur 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.

L'article 51 du Code des marchés publics instituant **un principe de liberté de groupement** des entreprises, il sera toujours possible même lorsque la consultation est lancée en lots séparés de **répondre groupés conjoints** ou **groupés solidaires**.

## **4.2. Le marché unique ou à l'entreprise générale**

---

Le marché est conclu avec **un unique attributaire** qui peut néanmoins soustraire certaines parties de son marché.

L'entrepreneur général est **personnellement responsable** vis-à-vis du maître d'ouvrage 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.

L'attribution d'un marché à l'entreprise générale suppose que l'attributaire présente les garanties professionnelles et financières adéquates.

Ces garanties professionnelles peuvent être détenues **personnellement** par le titulaire du marché **ou au travers d'autres opérateurs économiques** puisqu'il peut demander, comme l'y autorise l'article 45 du Code des marchés publics, que soient également prises en compte les capacités professionnelles, techniques et financières d'autres opérateurs économiques, quelque

soit la nature des liens juridiques existant entre ces opérateurs et lui. Dans ce cas, il doit justifier des capacités de ce ou de ces opérateurs économiques et apporter la preuve qu'il en disposera pour l'exécution du marché.

**L'article 10 du Code des marchés publics prévoit quatre dérogations au principe de l'allotissement des marchés.** « *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 n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination. »

### **4.3. Les groupements momentanés d'entreprises (GME) : la cotraitance**

---

#### **4.3.1. Généralités**

##### **1. Définition d'un GME**

Aucune définition précise ne peut être donnée du groupement d'entreprises, ni légale ni réglementaire. Il est issu de la pratique.

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

C'est une juxtaposition temporaire 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.

On parle de **groupements momentanés** d'entreprises **par opposition aux groupements permanents** que sont les groupements d'intérêt économique (GIE), les associations, ou les sociétés commerciales ou civiles.

- Dans un groupement momentané (GME), chaque membre du groupement (chaque cotraitant) conserve le bénéfice de son activité.
- Contrairement à un groupement momentané, un groupement permanent a la personnalité morale (sauf société de fait ou société en participation) distincte de celle des entreprises qui le composent. De plus, dans un groupe-

ment permanent (qui est une mise en commun pérenne de moyens), les bénéfices ou les pertes sont supportés par le groupement.

## 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. La cotraitance est différente de la sous-traitance

**Dans un groupement, chaque cotraitant a signé l'acte d'engagement** (ou donné pouvoir au mandataire commun de le signer en son nom), il 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. C'est une boîte à lettres, une courroie de transmission.

### 4.3.2. Les deux formes de groupement : conjoint ou solidaire

#### 1. Caractéristiques communes aux deux groupements

- Dans un groupement (conjoint ou solidaire), chaque entreprise (chaque opérateur économique) est liée au maître d'ouvrage (le pouvoir adjudicateur) par un marché de travaux, même s'il n'existe qu'un **seul acte d'engagement**.
- Dans un groupement conjoint ou dans un groupement solidaire, le **mandataire commun est l'interlocuteur unique du maître d'ouvrage**.
- Dans les deux cas, la coordination interentreprises (OPC) est assurée par le mandataire commun.
- Les GME n'ont **pas la personnalité morale**. Il n'y a pas d'apport d'argent, pas de partage des bénéfices ou des pertes résultant du marché.

- L'article 51 du Code des marchés publics 2006 prévoit que « *les opérateurs économiques* (les entreprises) *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* ». **C'est donc un principe général de liberté de se grouper qui est instauré par le Code.**

## 2. Le groupement conjoint

**Dans les groupements momentanés conjoints**, les prestations à exécuter pour le compte du maître d'ouvrage sont décomposées et sont exécutées par les membres du groupement. Chaque membre du groupement, c'est-à-dire **chaque cotraitant, n'est engagé que pour la seule partie qu'il exécute.**

Chaque cotraitant peut sous-traiter.

L'article 51 du Code des marchés publics indique que le groupement est conjoint lorsque chacun des opérateurs économiques membres du groupement s'engage à exécuter la ou les prestations qui sont susceptibles de lui être attribuées dans le marché.

Seul l'un des cotraitants, désigné dans l'acte d'engagement comme mandataire, **peut** être solidaire de chacun des membres du groupement **pour ses obligations contractuelles**, à l'égard du pouvoir adjudicateur, pour l'exécution du marché, à condition que le marché ait prévu cette solidarité. Il représente l'ensemble des membres du groupement vis-à-vis du pouvoir adjudicateur et coordonne les prestations des membres du groupement.

Dans un groupement conjoint, il n'y a **pas de solidarité entre les entreprises.**

Dans un groupement conjoint, **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.

**La solidarité (éventuelle) du mandataire commun ne bénéficie qu'au maître d'ouvrage** et non aux autres membres du groupement ou aux tiers : par exemple les fournisseurs ou les sous-traitants des cotraitants, le fisc, etc.

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.

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. Le groupement solidaire

**Dans un groupement momentané solidaire, chaque entreprise est engagée et responsable pour la totalité du marché** que l'opération soit ou non divisée en lots. Elles sont donc toutes solidaires les unes des autres.

**Cette solidarité profite au seul maître d'ouvrage**, pour le respect des obligations contractuelles. Elle n'existe ni à l'égard des tiers, ni à l'égard des autres membres du groupement.

Comme dans un groupement conjoint, les entreprises mandatent l'une d'entre elles – le mandataire commun – pour les représenter auprès du maître d'ouvrage et du maître d'œuvre, et pour la coordination des travaux.

Chaque cotraitant peut sous-traiter.

L'article 51 du Code des marchés publics précise que le groupement est solidaire lorsque chacun des opérateurs économiques membres du groupement est engagé financièrement pour la totalité du marché.

L'article 51 ajoute qu'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.

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**.

### 4. Un groupement ne peut pas être conjoint et solidaire

Un groupement est soit un groupement conjoint, soit un groupement solidaire. Dans les marchés publics qui se réfèrent expressément au CCAG Travaux, quand l'acte d'engagement n'indique pas si les entrepreneurs groupés sont solidaires ou conjoints, le CCAG précise dans son article 2.3 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** (article 2.3 du CCAG). Le CCAG Travaux ajoute que 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 ou en marchés publics, **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. En effet, la solidarité ne se présume jamais (sauf en matière commerciale).

### 5. Les deux types de groupement peuvent être combinés

Toutefois, les deux types de groupement 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 être exécutés par des entreprises groupées conjointes.

#### 4.3.3. Le fonctionnement des GME

##### 1. Le mandataire commun

a) Le statut de mandataire commun

Le mandataire n'est solidaire des autres membres du groupement que si la solidarité est expressément prévue par les pièces du marché ou par la convention de groupement.

En marchés publics, l'article 51 du Code des marchés publics dit que, **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.

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 **statut** du mandataire commun et l'étendue de ses **responsabilités** sont **variables**.

Le mandataire ne peut exercer les fonctions particulières qui lui incombent qu'en vertu **d'un mandat** donné par les cotraitants.

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

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).

b) Les missions du mandataire commun sont multiples

Les missions du mandataire sont les suivantes :

- il 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 situations de travaux et leurs mémoires de réclamation, le cas échéant ;
- 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 gérer le compte prorata, etc.

c) 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 ;
- **par le maître d'ouvrage** au titre du lot du mandataire.

## 2. Les cotraitants

a) 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.

b) Paiement des cotraitants

**Les entreprises groupées conjointes seront payées individuellement 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** (s'il y a eu individualisation des créances) ;
- **soit sur un compte commun**, s'il n'y a pas d'individualisation des prestations. Un compte commun n'est pas sans présenter quelques difficultés en cas de dépôt de bilan de l'un des membres. Ce compte commun ne doit être qu'un compte de passage. Les sommes doivent très vite être transférées sur les comptes de chaque cotraitant.

c) Un cotraitant peut sous-traiter

Un cotraitant qui sous-traite doit respecter la loi du 31 décembre 1975, préalablement faire accepter son sous-traitant, et faire agréer ses 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 pourra lui aussi sous-traiter sa part de marché.

Si le sous-traitant est payé directement par le maître d'ouvrage, le cotraitant devra joindre à son projet de décompte (comme toute entreprise qui sous-traite) la demande de paiement du sous-traitant indiquant la somme que la personne responsable du marché devra régler directement à ce sous-traitant.

## 3. La convention de groupement

Tout groupement d'entreprises est caractérisé par au moins deux contrats (auxquels peuvent s'ajouter des contrats de sous-traitance).

**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, etc.

**La convention de groupement d'entreprises fixe l'ensemble des règles qui régissent les relations interentreprises.** Elle 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.

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 (SEBTP 6/14, rue La Pérouse, 75784 Paris Cedex 16).

Elle définit généralement :

- le rôle du mandataire, sa rémunération ;
- les obligations envers le maître d'ouvrage (notamment stipulation du caractère solidaire ou conjoint du groupement) ;
- le rôle des cotraitants ;
- les modalités de paiement ;
- les responsabilités ;
- la défaillance, etc.

#### **4. Les précautions à prendre pour constituer et faire fonctionner un GME**

Un certain nombre de précautions doivent être prises pour **éviter une éventuelle requalification en société de fait** du groupement par le juge. À ce titre, il faut pouvoir démontrer la **volonté** des cotraitants **de ne pas s'associer** :

- chaque entreprise doit acheter les matériaux et matériel 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 l'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 immédiatement aux cotraitants.

## 5. Les assurances

Chaque membre d'un groupement 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, etc.) ;
- 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 souscrire une assurance spécifique.

## 6. La défaillance

Lorsqu'un cotraitant est défaillant, si le marché a prévu la solidarité du mandataire commun, celui-ci a l'obligation de prendre les mesures appropriées pour pallier cette défaillance **sans modification des clauses du marché et surtout du prix** :

- soit en effectuant lui-même les prestations ;
- soit en les sous-traitant ;
- ou, si le maître d'ouvrage l'accepte par avenant, en prenant une nouvelle entreprise.

**Les règles à appliquer en cas de défaillance** due à un redressement judiciaire (RJ) ou à une liquidation judiciaire (LJ) sont les suivantes : 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).

## 7. Les qualifications d'entreprises dans un groupement : une solidarité purement financière

En cas de groupement solidaire, les qualifications ne doivent pas être fournies par l'ensemble des entreprises pour la totalité des lots ou travaux.

L'article 52 I dernier alinéa du Code des marchés publics indique que « **l'appréciation des capacités professionnelles, techniques et financières des membres 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** ».

Il en est de même pour le mandataire d'un groupement conjoint lorsqu'il est solidaire.

## **8. 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** ».

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.

**Interdiction de modifier la composition du groupement entre la remise des candidatures et la remise des offres.** 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 (article 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'un de ses membres se trouve dans l'impossibilité d'accomplir sa tâche pour des raisons qui ne sont pas de son fait, le groupement 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 (article 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 » (article 51 VI).

## 4.4. La sous-traitance

### 4.4.1. Généralités

#### 1. Définition de la sous-traitance

L'article 1<sup>er</sup> de la loi du 31 décembre 1975 (modifiée par la loi 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 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.

## 2. Acceptation des sous-traitants et agrément de leurs conditions de paiement par le maître d'ouvrage

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).

L'article 114-4° du Code des marchés publics précise que le silence de la personne publique contractante gardé pendant vingt et un jours à compter de la réception des documents visés à cet article vaut acceptation du sous-traitant et agrément des conditions de paiement.

## 3. Il n'est pas nécessaire d'intervenir sur le chantier pour être sous-traitant

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.

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, etc.

**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).

## 4. La sous-traitance de pose est néanmoins 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.

## 5. La sous-traitance en chaîne

La sous-traitance en chaîne peut contenir deux ou plusieurs maillons ; on parle alors indifféremment de sous-traitant de **rang supérieur à un ou de sous-traitant de deuxième, troisième rang**, etc.

Le droit de recourir à la sous-traitance en cascade s'apprécie dans les mêmes conditions qu'en matière de sous-traitance simple. Le sous-traitant est considéré comme entrepreneur principal à l'égard de ses propres sous-traitants.

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.**

## 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.

### 4.4.2. La sous-traitance dans les marchés publics

#### *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<sup>er</sup> 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.

### **4.4.3. Le paiement direct du sous-traitant de rang un**

Depuis décembre 2001, la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance dans les marchés publics, réserve le paiement direct aux seuls sous-traitants de rang un.

#### **1. La mise en place du paiement direct des sous-traitants de rang un**

##### ***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 du 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 maximal 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 ci-dessus, partie 1.

**Le titulaire établit en outre** qu'aucune cession ni aucun nantissement de créances résultant du marché ne font 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 ci-dessus, partie 1.

**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 maximal 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).

En effet, l'article 114-3° du Code des marchés publics prévoit : « 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

### *Le sous-traitant doit adresser sa demande de paiement (une lettre) 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 il 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 quinze jours (art. 8, loi 1975, et art. 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.

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 de 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 Chala-bre).

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, société 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.

#### 4.4.4. 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* ».

Le droit au paiement direct est limité aux seuls sous-traitants du titulaire du marché, c'est-à-dire les sous-traitants de premier rang. Les sous-traitants de rang plus éloigné doivent se faire remettre par leur donneur d'ordres une caution bancaire ou une délégation du maître de l'ouvrage (comme dans les marchés privés).

##### 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. L'entrepreneur principal délègue ainsi au maître d'ouvrage le paiement du sous-traitant. 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.

#### **4.4.5. La responsabilité du maître d'ouvrage public vis-à-vis du sous-traitant impayé : l'action indemnitaire**

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 sur le chantier 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. 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 donc être remplies pour que le maître d'ouvrage public puisse être condamné à payer une seconde fois les travaux :

- 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 (modifiée sur ce point en décembre 2001) qui imposent 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<sup>er</sup> 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...

#### **4.4.6. Requalifications par le juge du contrat de sous-traitance**

##### **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.

##### **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.

Les conséquences seront :

- au plan pénal ;
- au plan financier ;
- au plan social ;
- au plan fiscal.

**Pour éviter de telles requalifications**, il faut donc :

- **respecter la loi de 1975** avec l'acceptation du sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement par le maître d'ouvrage, ainsi que la délivrance par l'entreprise principale au sous-traitant d'une garantie de paiement ;
- **signer un contrat de sous-traitance**.

**Un contrat type de sous-traitance**, rédigé 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).

**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 ;
- une attestation sur l'honneur 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 une attestation sur l'honneur 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.

#### **4.4.7. 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 (article 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 malfaçons apparues plus de 10 ans après la réception, tandis que l'entrepreneur principal était délogé.

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.



CHAPITRE

**5**

**L'EFFET ATTRACTIF  
DE LA NOTION  
DE TRAVAUX PUBLICS**



Avant d'étudier le marché public, il est nécessaire de préciser la notion de travaux publics et sa conséquence : l'effet attractif vers les **tribunaux de l'ordre administratif et la non-application de la règle du préalable**.

## 5.1. Notion de travaux publics

Les définitions ci-dessous assez complexes sont particulièrement nécessaires puisqu'elles déterminent à la fois la compétence juridictionnelle et les règles de fond applicables.

### 5.1.1. 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.

### 5.1.2. La notion de travaux publics résultant de la jurisprudence

La jurisprudence a dégagé la notion de travaux publics à partir **d'un critère obligatoire et deux critères alternatifs**.

#### 1. Un critère obligatoire

**Les travaux publics sont nécessairement des travaux immobiliers**, c'est-à-dire qui portent sur un immeuble au sens juridique du terme.

La catégorie la plus importante est celle des travaux de construction ou de reconstruction, y compris les prestations intellectuelles comme celles des architectes.

#### 2. Deux critères alternatifs

a) 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.

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. 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. 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.

b) 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.

## **5.2. Régime juridique des travaux publics**

---

Ces définitions assez complexes sont particulièrement nécessaires puisqu'elles déterminent à la fois la compétence juridictionnelle (**compétence des tribunaux de l'ordre administratif**) et les règles de fond applicables (**non-application de la règle du préalable**).

### **5.2.1. L'effet attractif de la notion de travaux publics**

L'effet attractif des travaux publics (compétence des tribunaux administratifs) 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 extra-contractuel (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 salarié 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 non liés contractuellement, et notamment entre le sous-traitant de A et le sous-traitant de B.

Ainsi, **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 :**

- cas d'un litige entre l'entrepreneur principal et son sous-traitant (liés par un contrat écrit ou verbal) ;
- action directe de la victime contre l'assureur du responsable (juge judiciaire car l'action est fondée sur le contrat d'assurance, contrat de droit privé) ;
- cas d'un litige entre cotraitants (liés par une convention de groupement d'entreprises GME).

### **5.2.2. 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 (effet attractif de la notion de travaux publics), mais aussi l'application des règles de procédures spéciales propres aux litiges de travaux publics.

En principe, la justice administrative ne peut être saisie par la voie d'un recours (pour excès de pouvoir ou de plein contentieux) **que contre une décision administrative** ; 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.

**Cette règle, dite règle du préalable, ne s'applique pas en matière de travaux publics.**

Le requérant peut donc **saisir la justice administrative directement et sans délai**, c'est-à-dire sans avoir au préalable essuyé un refus de l'administration et sans avoir attendu qu'un délai se soit écoulé pour considérer que le silence de l'administration vaut rejet de la demande.

CHAPITRE

6

# LA PASSATION DES MARCHÉS



## 6.1. Généralités

### 6.1.1. L'entrée en vigueur du Code des marchés publics 2006

#### 1. Les marchés notifiés avant le 1<sup>er</sup> septembre 2006

Les marchés notifiés avant le 1<sup>er</sup> 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).

#### 2. Les marchés pour lesquels une consultation aura été engagée à compter du 1<sup>er</sup> septembre 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<sup>er</sup> septembre 2006 sont soumis aux seules dispositions du nouveau Code des marchés publics, selon le décret n° 2006-975 du 1<sup>er</sup> août 2006 portant sur le Code des marchés publics (JO du 4 août 2006) et la circulaire du 3 août 2006 portant sur le 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](http://www.minefi.gouv.fr)

### 6.1.2. Les différentes catégories de marchés publics et les accords-cadres

#### 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.

#### 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 commande (article 77 du Code des marchés publics).

Le marché **peut prévoir un minimum et un maximum** en valeur ou en quantité, ou être conclu sans minimum ni maximum.

La durée d'un marché à bons de commande (sauf exceptions) ne peut dépasser quatre ans.

### 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 les modalités de détermination et les modalités d'exécution des prestations de chaque tranche (art. 72 du Code des marchés publics).

L'entreprise est engagée pour la totalité du marché (tranche ferme et tranches conditionnelles). 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.

### 4. Les accords-cadres

C'est une nouveauté du Code des marchés publics 2006 (article 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 conséquence 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.

### 6.1.3. Le prix

#### 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 (article 17 du CMP). On parle alors de marchés forfaitaires ou à forfait ou à prix global et forfaitaire. **Sont unitaires**, les prix qui s'appliquent à une prestation ou à une unité de mesure (m<sup>2</sup>, m<sup>3</sup>, 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 forfaitaire.

#### 2. Marché actualisable et/ou révisable (article 18 du Code des marchés publics)

##### a) L'actualisation du prix

**Lorsqu'un marché est conclu à prix ferme**, il prévoit les modalités d'actualisation de son prix.

L'actualisation du prix prend donc en compte les variations économiques **une seule fois**, lors du démarrage des travaux.

Le marché public 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.

##### b) 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**.

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.

#### **6.1.4. 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 les suivantes.

##### **1. 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. 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.

##### **2. 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.).

##### **3. 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 (article 12-5° du Code des marchés publics).

## 6.2. 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.

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.

### 6.2.1. 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.

### 6.2.2. 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 posées 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).

### 6.2.3. 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.

### 6.2.4. 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 euros d'amende.

## 6.3. 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, ce compte tenu de l'évolution de la jurisprudence.

### 6.3.1. 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 ;
- dans les situations décrites au II de l'article 35 (en cas d'urgence, dans le cas où aucune offre ou candidature n'a été déposée, d'offres inappropriées, ou encore pour les marchés complémentaires).

### 6.3.2. Entre les seuils de 4 000 € HT et de 90 000 € HT : une publicité adaptée

Entre 4 000 et 90 000 € HT, le pouvoir adjudicateur choisit librement les modalités de publicité adaptées en fonction :

- des caractéristiques du marché ;
- notamment le montant ;
- et la nature des travaux, des fournitures ou des services en cause.

Il convient de garder à l'esprit que plus les montants augmentent, plus il faudra que les mesures de publicité soient augmentées.

**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 ;
- 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 ;
- enfin, le tribunal de Mamoudzou (Mayotte), le 2 mai 2006, a jugé 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 ».

Pour prouver, si nécessaire, qu'il a pris toutes les mesures 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.

### **6.3.3. 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.

### **6.3.4. 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).

### **6.3.5. Le calcul des seuils : les notions d'ouvrage et d'opération (art. 27 du CMP)**

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, de 90 000 € HT ou de 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.

**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.

**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.

## 6.4. La sélection des candidats

### 6.4.1. Interdictions de soumissionner (art. 43 du CMP)

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, société 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.

#### Attention

Ces règles sont impératives pour tout candidat à un marché public, quel que soit son montant.

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.

#### **6.4.2. Documents à produire par tous les candidats (ou sélection des candidatures)** (art. 44 et 45 du CMP)

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 banque 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 associations 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'attestations 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.**

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.

**Un modèle de déclaration du candidat** (DC 5) est élaboré par le ministère de l'Économie, des finances et le l'industrie ([www.finances.gouv.fr](http://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.

#### **6.4.3. Pièces absentes ou incomplètes** (art. 52 du CMP)

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.

#### **6.4.4. Documents à produire par le seul attributaire**

(art. 46 et 47 du CMP)

**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.

## 6.5. La sélection des offres

---

### 6.5.1. Les critères de sélection des offres :

#### **l'offre économiquement la plus avantageuse** (art. 53 du CMP)

Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, **le pouvoir adjudicateur se fonde** soit sur plusieurs critères, soit sur un seul, le prix.

#### **1. Une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché**

**Le pouvoir adjudicateur se fonde 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).

#### **2. Un seul critère : le prix**

**Compte tenu de l'objet du marché, un seul critère est retenu, 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.

### 6.5.2. Pondération des critères

(art. 53 du CMP et point 12.1 de la circulaire)

**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.

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, quelque 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.

**6.5.3. Variantes et options** (art. 50 du CMP)

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.

**6.6. Les procédures de passation des marchés publics**

On distingue quatre procédures de passation des marchés publics.

La première possibilité est le marché à **procédure adaptée (MAPA)**. Il concerne les marchés en dessous du seuil de 210 000 € HT.

Les trois catégories suivantes sont des marchés formalisés :

- l'**appel d'offres**, ouvert ou restreint ;
- **la procédure négociée** ;
- **la procédure de dialogue compétitif**.

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 une des **trois catégories de marchés formalisés** possibles.

D'autre part, il est toujours possible, même en dessous du seuil de 210 000 € HT, de passer un marché formalisé.

## 6.6.1. Les marchés à procédure adaptée (MAPA)

### 1. Généralités

Un maître d'ouvrage public a la possibilité de passer des marchés 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 (article 28 du Code des marchés publics).

**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 des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ;
- de la localisation de ces opérateurs économiques ;
- et 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.

### 2. Principes à respecter

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) ;
- 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, sur la part de marché qui ne fait pas l'objet de sous-traitance (art. 87) ;
- 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).

### 3. Démarche

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 que les offres seront étudiées par le pouvoir adjudicateur 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 appartient au pouvoir adjudicateur 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.

### 4. Cas particuliers des petits lots (article 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 adap-

tée 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 (*exemple* : 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.

## **6.6.2. 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'évènement 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

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.

d) Interdiction de négocier

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.

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 leur offre.** 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.

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, société 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 Degrémont).

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**.

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).

L'État et la Collectivité Territoriale sont **liés 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.

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)

**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 leur candidature ou de leur offre, en indiquant les motifs de ce rejet.**

**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).

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.**

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.

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)

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.

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.**

Lorsque l'appel d'offres est **déclaré infructueux**, il est possible de mettre en œuvre :

- soit un nouvel appel d'offres ;

- **soit**, si les conditions initiales du marché ne sont pas substantiellement modifiées, un **marché négocié sans publicité et sans** mise en concurrence préalable, dans le cas d'offres inappropriées ;
- **ou un marché négocié avec** publicité et mise en concurrence, dans le cas d'offres irrégulières ou inacceptables ;
- **ou encore**, 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 replace 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 suivants)

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.

## 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 minimal de candidats admis à présenter une offre, et peut également fixer un nombre maximal. Le nombre minimal ne peut être inférieur à cinq.

**En outre, le pouvoir adjudicateur peut fixer un nombre minimal 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 minimal, le pouvoir adjudicateur peut continuer la procédure avec les seuls candidats sélectionnés.

**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).

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'évènement 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 publication 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.**

### **6.6.3. La procédure de marchés négociés** (art. 34, 35, 65 et 66)

#### **1. Définition d'une procédure négociée**

Dans une procédure négociée, à la différence de la procédure d'appel d'offres, la personne publique dispose d'une **marge de manœuvre importante**. 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 leur offre. Au terme 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.

#### **2. Les cas possibles de recours aux marchés négociés dans le CMP**

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent passer des marchés négociés dans les cas suivants énumérés à l'article 35 du Code des marchés publics.

##### **Article 35 I. Marchés négociés APRES 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.

**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°) Les **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 (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, de travaux réalisés par des pouvoirs adjudicateurs.

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.

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 minimal de candidats admis à présenter une offre, et peut également fixer un nombre maximal. Le nombre minimal ne peut être inférieur à trois.

**Le pouvoir adjudicateur peut fixer un nombre minimal de petites et moyennes entreprises** (voir la définition de la PME dans le paragraphe « Part PME », article 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 minimal, le pouvoir adjudicateur peut continuer la procédure avec les seuls candidats sélectionnés.

b) Le délai de réception des candidatures

**Pour les marchés de travaux inférieurs à 5 270 000 € HT, le délai minimal de réception des candidatures** 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.

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 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.

Au terme de la négociation, la décision d'attribuer le marché à l'entreprise la moins-disante est constitutive 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.**

#### **6.6.4. La procédure du dialogue compétitif (art. 36 et 67 du CMP)**

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.

## **6.7. 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.

### 6.7.1. Les sujets de négociation

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, 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).

### 6.7.2. Les thèmes non négociables

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.

### 6.7.3. Les procédures qui autorisent la négociation

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 irrégulière ou inacceptable et pour 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.

#### 6.7.4. Principes à respecter lors de la négociation

La négociation doit :

- tenir compte du principe d'**égalité de traitement des candidats**, tout au long de la procédure ;
- tenir compte du principe de **transparence** qui doit être organisé dans le respect du secret industriel et commercial entourant le savoir-faire des candidats ;
- 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**.

#### 6.7.5. Différences 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.

## **6.8 La dématérialisation**

---

### **6.8.1. 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* ».

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.

### **6.8.2. 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 RC (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.

### **6.8.3. 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.**

#### 6.8.4. 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.

#### 6.8.5. 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, etc.) **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 comportant 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 ;
- ou 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/> dans la rubrique « marchés publics ».

À compter du 1<sup>er</sup> janvier 2010, le pouvoir adjudicateur pourra exiger la transmission des candidatures et des offres par voie électronique.

#### **6.8.6. 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**.

#### **6.8.7. Constats**

- 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 trop 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.

## 6.9. La passation des marchés réglementés

### 6.9.1. Les procédures de passation des marchés des SEM et des SA d'HLM agissant en qualité de mandataire

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 habilitées légalement à être maître d'ouvrage délégué (mandataire) d'un autre maître d'ouvrage réglementé (article 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* dans le chapitre 1, 1.2. *La maîtrise d'ouvrage déléguée*, et point suivant du présent chapitre).

## **6.9.2. Les procédures de passation des marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au CMP**

### **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° 2005-1308) pour les opérateurs de réseaux (eau, énergie, transports et services postaux), qui ne sera pas traité ici ;
- et celui du 30 décembre 2005 (n° 2005-1742) 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**, ces marchés sont :

- 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 :
  - a) **soit l'activité est financée majoritairement par** un pouvoir adjudicateur soumis au CMP ou à l'ordonnance du 6 juin 2005,
  - b) **soit la gestion est soumise à un contrôle par** un pouvoir adjudicateur soumis au CMP ou à l'ordonnance,
  - c) **ou bien 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 marchés passés par les organismes de droit privé, dotés de la personnalité juridique, constitués en vue de réaliser certaines activités en commun :
  - a) **soit par** des pouvoirs adjudicateurs soumis au CMP,
  - b) **soit par** des pouvoirs adjudicateurs soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005,
  - c) **ou 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** 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 ne s'appliquent obligatoirement que pour les opérations supérieures à 5 270 000 € HT.

### 3. Principales dispositions de l'ordonnance du 6 juin 2005

- L'ordonnance s'applique sans condition de seuil, dès le premier euro.
- 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 que pour les opérations supérieures à 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, ou 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 commande (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 (CCH) :

- 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.

### 6.9.3. Les procédures de passation des marchés des organismes de sécurité sociale

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**.

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 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 maximal de paiement de 45 jours.

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).

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 par des organismes relevant de la sphère sécurité sociale.



**LES GARANTIES :  
LA RETENUE DE GARANTIE  
ET SON REMPLACEMENT  
PAR UNE CAUTION  
OU PAR UNE GARANTIE  
À PREMIÈRE DEMANDE**



## 7.1. La retenue de garantie dans les marchés soumis au CMP

### 7.1.1. Définition

L'article 101 du Code des marchés publics indique que « *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 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, ou dans le treizième 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.

### 7.1.2. 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.

### **7.1.3. L'objet de la retenue de garantie**

L'article 101 du Code issu du décret du 1<sup>er</sup> 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.

### **7.1.4. 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 plus 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).

## 7.2. La caution personnelle et solidaire

### 7.2.1. 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 les deux parties en sont d'accord (c'est-à-dire le maître d'ouvrage et le titulaire du marché), 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 5 % au 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.**

### 7.2.2. 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.**

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 orga-

nisme 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.

### **7.2.3. Délai imparti pour constituer la caution : la durée du marché**

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.

### **7.2.4. Libération de la caution (art. 101)**

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 leur engagement 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).

### 7.3. La garantie à première demande

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.

#### 7.3.1. Caractéristiques

À la différence d'une caution solidaire, une garantie à première demande (garantie bancaire autonome) **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.

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.

#### 7.3.2. 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'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.

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.

### **7.3.3. Délai imparti pour constituer la garantie à première demande : la durée du marché**

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.

### **7.3.4. 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.

## **7.4. La retenue de garantie dans un contrat de sous-traitance**

---

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, en matière de garantie ce n'est pas le CMP qui s'applique mais la **loi du 16 juillet 1971 qui régit la retenue de garantie** dans les marchés privés.

**La retenue de garantie de l'entrepreneur principal** (ou la caution qui la remplace) **doit être calculée sur la valeur globale du marché**, indépendamment de savoir si l'entrepreneur exécute lui-même l'intégralité des travaux ou s'il a recours à des sous-traitants.

La caution en remplacement de sa retenue de garantie délivrée par l'entreprise sous-traitante peut toutefois être libellée au bénéfice de la banque de l'entreprise principale. La caution du sous-traitant couvrira ainsi une partie des sommes qui font l'objet de la caution de l'entreprise principale. Ce mécanisme de « contre-garantie » a pour effet d'obtenir une diminution des frais financiers afférant à la caution du marché principal.

La caution de l'entreprise sous-traitante ne peut pas être libellée au bénéfice du maître d'ouvrage car le maître d'ouvrage ne peut, 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.

## **7.5. Les garanties que le maître d'ouvrage peut exiger en contrepartie d'une avance**

---

L'article 87 du Code des marchés publics prévoit qu'une avance 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.

Le titulaire peut refuser le versement de l'avance.

Le montant de l'avance est fixé à 5 % du montant initial, toutes taxes comprises, du marché ou de la tranche affermie si la durée des travaux est inférieure ou égale à douze mois. Si cette durée 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.

Le montant de l'avance ne peut être affecté par la mise en œuvre d'une clause de variation de prix.

Le marché peut prévoir que l'avance versée au titulaire du marché dépasse les 5 %. En tout état de cause, l'avance ne peut excéder 30 %. L'avance peut toutefois être portée à un maximum de 60 %, sous réserve que le titulaire constitue une garantie à première demande.

Le marché peut prévoir le versement d'une avance dans les cas où elle n'est pas obligatoire.

L'article 88 du Code des marchés publics indique que le remboursement de l'avance s'impute sur les sommes dues au titulaire, selon un rythme et des modalités fixés par le marché, par précompte sur les sommes dues à titre d'acomptes ou de règlement partiel définitif ou de solde.

Il doit, en tout état de cause, être terminé lorsque le montant des prestations exécutées par le titulaire atteint 80 % du montant toutes taxes comprises des prestations qui lui sont confiées au titre du marché.

Dans le silence du marché, le remboursement s'impute sur les sommes dues au titulaire quand le montant des prestations exécutées par le titulaire atteint 65 %.

CHAPITRE

8

# L'EXÉCUTION DU MARCHÉ



Les principales difficultés qui surviennent pendant l'exécution des travaux concernent les conséquences de l'augmentation de la masse des travaux ou des changements dans leur importance en termes de **prolongation du délai et d'indemnisation** des entrepreneurs (8.2.), les travaux supplémentaires dans les **marchés à prix global et forfaitaire** (8.3.), le régime des **avenants** (8.4.), le non-paiement des travaux et sa répercussion sur une éventuelle **interruption du chantier** (8.5.), et la prise en compte des **préoccupations environnementales** dans les marchés (8.6.).

Mais tout d'abord rappelons **les obligations de l'entrepreneur** liées à l'exécution des travaux (8.1.).

---

## **8.1. Les obligations de l'entrepreneur liées à l'exécution des travaux**

---

La mission de l'entreprise suppose toujours l'exécution des ordres de service, avec une obligation de résultat impliquant le respect des règles de l'art et un devoir de conseil, dans le respect des délais contractuels, en devant supporter les risques jusqu'à la réception des travaux.

### **8.1.1. Exécution des ordres de service (OS)**

#### **1. L'entreprise doit exécuter les ordres de service**

Un ordre de service **traduit sur le chantier les obligations de l'entrepreneur**. On rencontre des ordres de service de commencer les travaux, de modifier les prestations, demandant des précisions diverses, de produire des documents ou donnant des injonctions d'accélérer l'exécution ou de corriger des malfaçons.

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**.

Toutefois, en ce qui concerne les marchés à forfait, 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.

## 2. Les trois cas permettant le refus d'exécuter un OS

Il est prévu quelques cas où l'entrepreneur peut suspendre l'exécution d'ordres de service qu'il conteste :

- l'article 15.22 du CCAG Travaux autorise le **refus d'exécuter des travaux qui excèdent le dixième de la masse initiale des travaux** ;
- l'article 46.6 du CCAG permet à l'entrepreneur d'obtenir la résiliation du marché si, alors que le marché stipule que **les travaux doivent commencer sur un ordre de service, cet ordre n'a pas été notifié dans le délai contractuel**. Ce droit d'obtenir la résiliation suppose qu'il refuse, dans le délai de quinze jours, d'exécuter l'ordre de service notifié hors délai tout en demandant la résiliation du marché ;
- à ces deux cas s'en ajoute **un troisième, en cas de non-paiement**, celui de l'article 48.3 du CCAG. Il faut dans ce cas, et ce sous réserve de respecter certaines conditions, un défaut de paiement de plus de six mois.

En dehors des cas limitativement prévus par le contrat, l'entrepreneur ne peut refuser d'exécuter les ordres de service.

### 8.1.2. Obligation de bonne exécution

L'entrepreneur 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**. Il est tenu d'une obligation de résultat. À ce titre, il doit également **conseiller le maître d'ouvrage** (devoir de conseil).

#### 1. Le respect des règles de l'art

Les règles de l'art ne font l'objet d'**aucune codification** : elles constituent le **savoir-faire habituel** que le maître de l'ouvrage peut attendre des professions considérées, qui sont réputées investies d'une qualification particulière en matière de construction.

Les règles de l'art peuvent sur certains points **être contenues dans des DTU** qui sont des documents de référence applicables aux marchés de travaux de bâtiment et édités par le Centre scientifique et technique du bâtiment.

#### 2. Le devoir général de renseignement et de conseil

Comme l'architecte, l'entrepreneur est **tenu à un devoir de conseil en raison de sa compétence et de sa spécialisation professionnelle** :

- c'est une **obligation accessoire au contrat** dérogée par le juge ;

- le devoir de conseil est une **obligation d'avertissement, de mise en garde** ; il s'agit d'attirer l'attention des personnes intéressées par les conséquences fâcheuses pouvant découler de telle situation, de tel choix, de telle décision ;
- un nombre toujours croissant de décisions sanctionne l'entrepreneur pour manquement à cette obligation ;
- le devoir de conseil de l'entrepreneur joue principalement à l'égard du maître d'ouvrage ;
- il joue **avant la mise en route des travaux et au cours des travaux**.

### 3. Les modalités du devoir de conseil : l'expression de réserves

L'exercice du devoir de conseil se concrétise principalement par l'expression de réserves ou d'une mise en garde.

Il s'agit d'une exigence minimale.

La jurisprudence peut parfois imposer au constructeur de refuser purement et simplement les travaux, notamment quand ils ne sont pas de nature à garantir la solidité ou la destination de l'ouvrage, ou en cas de plan défectueux ou de non-respect des règles de l'art.

a) Comment exprimer des réserves ?

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 du 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.

b) Qui doit faire les réserves ?

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.

c) Quand faire des réserves ?

Il est indispensable de faire des réserves :

- face à une situation anormale ;
- ou face à un **ordre de service non conforme** aux obligations contractuelles ;
- ou non conforme aux règles de l’art.

**S’agissant d’un marché public, l’émission de réserves suffit généralement à exonérer l’entrepreneur de sa responsabilité.** Il ne peut pas, en principe, refuser d’exécuter un ordre de service en vertu du principe de continuité du service public.

d) Sur quoi faire des réserves ?

- des retards d’exécution pris par les corps d’état situés « en amont » ;
- des matériaux exigés inadéquats ;
- une commande de travaux supplémentaires sans contreseing de l’OS par le client, ou sans accord sur le prix ;
- des supports défectueux ;
- sur un préjudice (bouleversement de l’économie du marché ou désorganisation du chantier).

### **8.1.3. Obligation de respecter les délais**

Le marché prévoit le plus souvent un **délai de préparation** du chantier et un **délai global d’exécution**.

Toutefois, les délais peuvent naturellement **être modifiés par avenant**.

La **prolongation du délai** d’exécution en raison d’**intempéries** (art. L. 731-2 et L. 731-8 du Code du travail) est également possible et expressément prévue à l’article 19.22 du CCAG Travaux pour les marchés qui s’y réfèrent.

L’article L. 731-2 du Code du travail indique que « *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* ».

En revanche, la notion de **force majeure** est admise restrictivement, notamment à cause de la triple exigence d’extériorité, d’irrésistibilité et d’imprévisibilité. La grève, même générale, est rarement admise comme cas de force majeure, surtout celle du personnel de l’entrepreneur.

**Les sanctions en cas de retard** : le maître d’ouvrage et l’entrepreneur ont toute liberté pour convenir des modalités de leur application. **En marchés publics**, le CCAG Travaux prévoit dans son article 20 une pénalité journalière de 1/3000 sans mise en demeure et sans plafonnement.

**L'entrepreneur peut échapper aux pénalités** lorsque le maître d'ouvrage est responsable du dépassement du délai convenu. C'est le cas de modifications importantes ou de travaux supplémentaires demandés par le maître d'ouvrage, ou de l'allongement du délai résultant 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**, 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 une Cour administrative d'appel (Paris) le 23 juin 2006 (n° 02 PA03759, OPHLM de Puteaux). Cet arrêt semblerait esquisser un revirement de jurisprudence. puisque si la loi autorise expressément le juge à minorer ou augmenter les pénalités dans les marchés privés, le Conseil d'État avait affirmé à deux reprises que cette disposition ne pouvait être invoquée devant le juge administratif.

Reste à voir si cette solution novatrice sera confirmée lorsque le Conseil d'État aura à se prononcer à nouveau sur une telle question. La Haute juridiction a toujours, jusqu'à présent, jugé que « les entreprises ne sont pas fondées à demander à être déchargées, même partiellement, de ces pénalités ; elles ne sauraient pas par ailleurs utilement demander au juge administratif, sur le fondement des dispositions de l'article 1152 du Code civil, la réduction du taux desdites pénalités » (CE, 13 mai 1987, Citra France).

La Haute juridiction a confirmé sa position lorsqu'elle énonce que l'entreprise condamnée « ne saurait ultimement demander sur le fondement de l'article 1152 du code civil, la réduction du montant journalier des pénalités de retard contractuellement fixées » (CE 24 novembre 2006, Société Group4 Falck Sécurité).

#### **8.1.4. 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.

**L'entrepreneur a la garde du chantier jusqu'à la réception. C'est donc sur lui que pèsent les risques.**

**En cas de sous-traitance**, c'est l'entrepreneur principal qui assume vis-à-vis du maître d'ouvrage les risques de l'ouvrage et en a la garde. Mais, 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.

**En cas de cotraitance**, chaque cotraitant assume le risque lié à l'ouvrage et à sa garde.

Il y a lieu tout de même de distinguer deux hypothèses.

a) Lorsque l'entrepreneur fournit les matériaux

C'est l'hypothèse de loin la plus fréquente de nos jours dans le bâtiment. L'article 1788 du Code civil dispose que « [...] *si la chose vient à périr, de quelque manière que ce soit, avant d'être livrée, la perte en est pour l'ouvrier (l'entrepreneur) à moins que le maître ne fût en demeure de recevoir la chose* ».

Ainsi, en cas de destruction de la chose, l'entrepreneur subit la perte. **Le risque pèse sur l'entrepreneur, peu importe qu'il ait ou non commis de faute.**

Le transfert du risque sur le maître d'ouvrage n'intervient qu'à la réception.

b) Lorsque les matériaux ne sont pas fournis par l'entrepreneur

C'est le cas des travaux de restauration par exemple. La solution est différente. **L'entrepreneur n'est responsable que de sa faute** à l'égard du maître d'ouvrage (art. 1789 du Code civil).

L'article 1789 du Code civil prévoit en effet que : "*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* ».

c) Atténuation du principe

Il faut souligner que la théorie de la garde de l'ouvrage ne vaut que dans les hypothèses où l'entrepreneur est réputé avoir « l'entière disposition » de l'ouvrage :

- lorsque l'entrepreneur est chargé de la **construction d'un ouvrage nouveau** ;
- lorsqu'il est chargé de la **transformation d'ensemble d'un ouvrage ancien**.

**De plus, la charge des risques et le principe de la garde de l'ouvrage ne sont pas d'ordre public.** Les clauses y dérogeant sont donc licites. L'entrepreneur peut donc faire insérer une clause type dans ses contrats stipulant que « *en cas de suspension des travaux, par le maître d'ouvrage 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. »*

## **8.2. La modification dans la masse des travaux**

Pour les entrepreneurs, les conséquences, en cas de modification dans la masse des travaux, se mesurent en termes de prolongation du délai d'exécution et d'indemnisation.

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.

Il faut donc se reporter aux clauses du contrat pour voir comment les parties ont décidé de traiter les conséquences de telles situations. Si le contrat fait référence au CCAG Travaux 1976, les règles sont les suivantes.

### **8.2.1. 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 marché initial), l'entrepreneur peut prétendre à une prolongation du délai d'exécution (article 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.

## 8.2.2. Le droit à indemnisation

### 1. L'hypothèse de la diminution des travaux (article 16 du CCAG)

**En marchés publics**, l'article 16 du CCAG Travaux indique que **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**, ou au cinquième de la masse initiale (**20 %**) **pour un marché sur prix unitaires**, l'entrepreneur a également droit d'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 du 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 Glaïeuls »* (CE, 12 mai 1982, société 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 (CAA Nancy, 17 mars 2005, Hôpitaux universitaires de Strasbourg, précité) :

« 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 soustraits du marché**, et doit ainsi être évalué à la somme de... ».

**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 contestés ; 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) (CE, 12 mai 1982, société Autoroutes Paris-Rhin-Rhône, ou CAA Nancy, 20 octobre 1994, Office public d'aménagement de Meurthe-et-Moselle c/ société Tibe).

## 2. L'hypothèse de l'augmentation des travaux (article 15 du CCAG)

**En marchés publics**, si l'augmentation de la masse des travaux est supérieure au vingtième de la masse initiale (5 %) dans le cadre d'un marché forfaitaire, ou au quart de la masse (25 %) pour un marché sur prix unitaires, l'entrepreneur a le droit d'être indemnisé du préjudice éventuellement subi, **au-delà du pourcentage limite** (article 15 du CCAG).

À titre d'exemple, si l'augmentation des prestations dans un marché forfaitaire est de 20 %, l'entrepreneur pourra prétendre (à condition de pouvoir justifier son préjudice) à une indemnité portant sur 15 % (20 moins 5 %) d'augmentation de travaux.

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.

**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.)

### **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** (article 15.4).

### **3. Les autres changements (article 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.

#### **8.2.3. Le refus d'exécuter les travaux supplémentaires**

**Une seule hypothèse** (article 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.

### **8.3. Le paiement des travaux supplémentaires dans un marché à prix global et forfaitaire**

---

Le prix des travaux peut être, selon le choix du maître d'ouvrage, établi à **prix unitaires**, par application de prix unitaires aux quantités réellement exécutées, ou à **prix forfaitaire**, lorsque le prix convenu entre les parties est indépendant des quantités réellement mises en œuvre.

**L'article 1793 du Code civil** définit le marché à prix forfaitaire. Il précise 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.

### **8.3.1. Les conditions classiques d'existence du marché à forfait**

#### **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. 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<sup>e</sup>, 18 juin 2003, société Gentilini).

Toutefois, un sous-traité peut stipuler que tout supplément de prix nécessitera un ordre écrit de l'entrepreneur principal. En d'autres termes, il suffira à l'entrepreneur principal et au sous-traitant de reprendre 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<sup>e</sup>, 16 mars 2004, société Vergne).

## **2. La notion large de construction et celle, plus restrictive, de bâtiment**

### ***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, ou encore de travaux de rénovation ou de réhabilitation, ou de travaux de second œuvre lorsqu'ils présentent une certaine ampleur et qu'ils sont effectués pendant la construction d'un immeuble.

En revanche sont exclus les travaux d'aménagement ou de simple entretien.

### ***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 communication et de places publiques dans un lotissement.

## **3. Une description suffisamment précise et sérieuse des ouvrages « selon un plan arrêté et convenu »**

### **a) Le 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.

Les parties ne seront pas dans le cadre d'un marché forfaitaire lorsque les plans et devis qui ont servi de base au contrat ne sont pas suffisamment précis. La Cour de cassation a estimé qu'en l'absence d'un plan global définissant l'ensemble des travaux convenus et arrêtés entre les cocontractants (volume, nature et modalités de réalisation des travaux), le marché n'était pas forfaitaire.

Le plan doit être « arrêté et convenu avec le maître d'ouvrage ».

**Par « plan », il faut entendre** l'ensemble des documents contractuels entendus au sens large et définissant avec précision l'ouvrage projeté. Il s'agit 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. Le plan peut prendre la forme d'un devis. Il ne s'agit pas nécessairement d'une représentation graphique.

b) Ne sauraient être considérés comme plan arrêté et convenu :

- 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.

c) Non seulement l'existence d'un plan est exigée, mais il faut, en outre, que ce plan ait été :

- **arrêté**, c'est-à-dire 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<sup>e</sup>, 29 mars 2006).

#### 4. Le prix du marché

Le prix forfaitaire est celui par lequel **l'entrepreneur s'engage irrévocablement 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<sup>e</sup>, 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 des prestations à réaliser, ou en se prévalant du fait que les prix ont été indiqués comme établis suivant certaines bases (qui se révéleraient inexactes) ou d'erreurs de calcul dans l'établissement du devis.

**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.

### **8.3.2. Les conséquences de la qualification de marché forfaitaire**

#### **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 ni pour augmentation de la main-d'œuvre ou des matériaux, ni sous prétexte de changements ou d'augmentations faits sur le plan, que s'il est établi que les modifications ont été **commandées et acceptées par le maître d'ouvrage** :

- l'accord verbal est exclu ;
- 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** ;
- la passivité du maître d'ouvrage informé ne peut être assimilée à une autorisation.

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<sup>e</sup>, 11 mai 2006, société Sofranor).

Cette jurisprudence est constante.

**Les travaux de sécurité indispensables sont 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 (cass. civ. 3<sup>e</sup>, 8 juin 2005, SCI Les Collines de Bregille).

## 2. Les spécificités des marchés publics : travaux indispensables et travaux utiles

Comme 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.

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.

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 indemnisés.**

*« 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, société 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, ou 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, imprévisible 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, société Campenon Bernard Construction).

**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.

### 3. Les exceptions au principe

a) Ajout de clauses modifiant le caractère forfaitaire du contrat

Les dispositions de l'article 1793 du Code civil 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.

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 (cass. civ. 3<sup>e</sup>, 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 accordera d'octroyer une rémunération supplémentaire à l'entrepreneur qui serait confronté en cours d'exécution à des sujétions imprévues.

b) Le bouleversement de l'économie du contrat

**Le constat, par le juge,** du bouleversement de l'économie du marché permet également à l'entrepreneur d'obtenir **un supplément de prix**.

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.

#### **8.3.3. 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. »

La résiliation 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.

## **8.4. Avenants et décisions de poursuivre**

---

Lorsque des modifications sont nécessaires, l'administration doit respecter les procédures et les formalités prévues par la réglementation.

### **8.4.1. Les conditions de passation d'un avenant**

L'article 20 du Code des marchés publics 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.

#### **1. Définition de 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.

L'avenant n'est conclu valablement que s'il est signé tant par la personne publique que par le titulaire du marché.

#### **2. Objet de l'avenant**

a) 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 multiples points :

- prix ;
- définition technique de la prestation ;
- variation dans la masse des travaux ;
- délais d'exécution ;
- paiement direct des sous-traitants (acte spécial).

#### b) 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.

### **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.

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.

Il n'est fixé aucun 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.

#### **4. 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 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.

Toutefois, le pourcentage de 5 % au-delà duquel la loi impose la consultation préalable de la commission d'appel d'offres ne peut s'interpréter comme une limitation du montant des avenants.

#### **5. 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, imprévisible lors de la conclusion du contrat, et dont la cause est extérieure aux parties ».

### **8.4.2. Les avenants irréguliers**

La passation d'avenants irréguliers peut être sanctionnée de différentes façons.

#### **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.

Sont également irréguliers les avenants relatifs à une prestation sans lien avec l'objet initial du marché.

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.

## 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 du délit de favoritisme.

### 8.4.3. La décision de poursuivre

L'article 118 du Code des marchés publics issu du décret du 1<sup>er</sup> août 2006 précise que « dans le 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 rappelle quant à lui 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 ».

#### 1. Définition de 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.

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.

#### 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.

### **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, un marché distinct du marché initial. Sa passation devrait alors respecter les règles de publicité et de mise en concurrence.

## **8.5. L'interruption des travaux en cas de non-paiement**

---

Le principe de l'exception d'inexécution ne s'applique pas dans les marchés publics. Il est supplanté par le principe de continuité du service public et donc l'impossibilité d'arrêter les travaux.

### **8.5.1. Continuité du service public**

En vertu du principe de continuité du service public, l'entrepreneur doit assurer de façon continue l'exécution de ses prestations et ne peut interrompre les travaux dans un marché public.

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.

### **8.5.2. L'interruption est possible après plus de six mois d'impayés**

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.** »

## 8.6. Le traitement des déchets

### 8.6.1. 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.

On y retrouve :

- des « déchets inertes », tels que les gravats, le béton, les tuiles, etc. ;
- des « déchets industriels banals » (décrits non dangereux), tels que les revêtements de sols et de murs, le bois, les plastiques (emballages, tuyaux, etc.) ;
- des « déchets industriels spéciaux » (décrits dangereux), tels que les résidus de peinture, les pots de colles, de joints, les déchets contenant de l'amiante libre, etc.

Le coût d'élimination est de l'ordre de 3 % du chiffre d'affaires annuel d'une entreprise.

**La gestion des déchets du bâtiment et des travaux publics est de la responsabilité de ceux qui les produisent ou les détiennent.** Cette définition issue de l'article L. 141-1 du Code de l'environnement 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).

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 chantier 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 recommandation n° T2-2000 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 (*cf. infra*).

### 8.6.2. 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.**

### **8.6.3. Faut-il créer un lot spécifique « déchets » ?**

Cette pratique est à déconseiller 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.

### **8.6.4. Faut-il intégrer le coût du traitement dans le compte prorata ?**

Le coût de l'organisation commune de gestion et d'élimination des déchets 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.

### **8.6.5. La recommandation n° T2-2000**

Cette recommandation aux maîtres d'ouvrage publics relative à la gestion des déchets de chantiers de bâtiment a été adoptée par la section technique de la commission centrale des marchés le 22 juin 2000, mais n'a été publiée qu'en mars 2001.

#### **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, il 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 cas de la construction neuve : l'estimation préalable

Le cas de la construction neuve se différencie de celui de la démolition en raison notamment d'une plus grande facilité à ne pas mélanger les déchets.

Ainsi, la recommandation T2-2000 prévoit 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**.

## 3. 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 recommandation fixe 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 ceux provenant de la dépose.

# 8.7. La gestion du compte prorata

## 8.7.1. Généralités

L'exécution des travaux sur un chantier nécessite la mise en place d'une infrastructure : installations et branchements provisoires, aires de stockage, bureaux de chantier, etc., ainsi que d'une logistique (eau, électricité, téléphone, etc.). Ces prestations constituent ce que l'on appelle les dépenses communes de chantier.

Certaines sont portées au débit d'un compte spécial – le compte prorata – et réparties entre les entreprises en fonction du montant de leur marché.

**Le texte de base** qui propose les dispositions les plus complètes sur les dépenses communes de chantier (ou dépenses d'intérêt commun) est la norme Afnor NF P 03-001 (article 14, annexes A, B et C pour l'édition de décembre 2000).

**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 que les documents contractuels (le dossier de consultation, 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.

**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 dépenses nécessitées par l'évolution du Plan général de coordination (PGC) en matière de sécurité et protection de la santé, ou 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.

**Les déchets de chantier ne doivent pas être intégrés dans le compte prorata.** S'il faut encourager la mise en place d'une organisation commune pour la gestion et l'élimination des déchets de chantier, le coût de cette organisation ne doit pas être intégré dans le compte prorata dont le mode de répartition ne reflète pas la part de chaque entreprise dans la production des déchets.

Les frais de remplacement des fournitures mises en œuvre et détériorées ou volées, **le nettoyage de chantier d'un lot et le chauffage du chantier ne doivent pas non plus figurer au compte prorata**, et ce pour ne pas alourdir de façon inconsidérée le coût du compte prorata et pour responsabiliser les entreprises.

## **8.7.2. Les dépenses communes de chantier**

### **1. Les dépenses communes d'investissement**

Elles sont imputées à un lot déterminé.

Déterminées à l'avance, dans leur montant et leur étendue, les dépenses communes d'investissement sont imputées à un lot déterminé, soit par les docu-

ments contractuels du marché (cahier des clauses administratives particulières), soit par les documents généraux.

Elles ne font donc pas partie de ce que l'on appelle le compte prorata.

Parmi ces dépenses d'investissement (ou d'équipement) figurent notamment les branchements provisoires, les clôtures, les panneaux de chantier, le bureau de chantier, les sanitaires, les réseaux d'eau et d'électricité, l'éclairage, les dispositifs communs de sécurité.

Elles sont rémunérées par le prix du marché.

Ces dépenses, auxquelles s'ajoutent les dépenses d'entretien, sont réputées rémunérées par le prix du marché.

Sont essentiellement concernés les titulaires des lots gros œuvre, plomberie et électricité. Ils doivent donc en tenir compte dans le prix de leur lot.

### **Elles 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), le titulaire du lot 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).

## **2. Les dépenses communes de consommation**

Elles sont portées au débit du compte prorata.

Ces dépenses communes, ne pouvant pas être déterminées à l'avance, sont portées au débit d'un compte spécial – le compte prorata – et réparties au prorata du montant des situations cumulées de chaque entrepreneur.

**Il s'agit essentiellement** des dépenses de consommation d'eau et d'électricité, des consommations téléphoniques non facturées, du nettoyage du bureau de chantier et des installations communes d'hygiène, des frais de gardiennage (lorsqu'il est décidé par les entreprises), et de toute dépense qui serait portée expressément au débit du compte, soit par les documents contractuels, soit par une décision des entreprises. En d'autres termes, ne doivent figurer au compte prorata que les dépenses pour lesquelles il n'est pas possible de faire autrement, afin de ne pas gonfler inutilement ce compte et d'en alourdir la gestion.

L'imputation des dépenses communes doit être connue dès la remise des prix.

Il faut donc que le marché ou une convention entre les entreprises :

- donne la liste, de manière exhaustive, des différentes natures de dépenses (d'investissement ou de consommation) ;
- organise à l'avance leur répartition ;
- prévoit la gestion et le règlement des dépenses qui doivent être réparties entre les entreprises.

**En marchés privés**, la norme Afnor NF P 03-001, cahier des clauses administratives générales (CCAG), applicable aux travaux de bâtiment faisant l'objet de marchés privés, est le texte qui propose les dispositions les plus complètes sur les dépenses communes de chantier. Ce texte ne s'applique que s'il y est fait expressément référence dans le marché.

**En marchés publics**, il n'existe ni disposition relative au compte prorata dans le CCAG Travaux 1976, ni aucune réglementation particulière. Certains marchés publics n'hésitent pas à viser la norme Afnor précitée (art. 14 et annexes A, B et C) ou la convention pour l'établissement, la gestion, le règlement du compte prorata établie par l'OGBTP (dernière édition 2001), faisant référence à la norme Afnor, parfois en y apportant des adaptations. Cette convention est mise à jour régulièrement pour suivre l'évolution des dispositions de la norme Afnor.

CHAPITRE

9

# LA RÉCEPTION DES TRAVAUX



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.

## 9.1. Caractéristiques

C'est l'article 1792-6 du Code civil qui en fixe le cadre juridique. En marchés publics, elle se déroule ensuite selon les étapes minutieusement organisées par l'article 41.1 du CCAG Travaux.

La réception est un **acte juridique** 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 puis réception définitive un an après, n'est plus en vigueur depuis 1978.

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, etc.

**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.

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 du contrat de sous-traitance, la réception des travaux est simultanée pour tous les corps d'état, y compris pour les travaux sous-traités et qu'elle coïncide pour le sous-traitant avec la réception prononcée par le maître d'ouvrage.

## 9.2. Effets juridiques et financiers

---

### 9.2.1. Les effets de la réception

La **date d'effet** de la réception, que la réception **soit prononcée avec ou sans réserves** :

- met fin au contrat d'entreprise et **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 (sauf défaut d'isolation phonique) ;
- **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 tous les risques de perte ou de dommage concernant 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 ;
- place les constructeurs sous le régime des garanties légales, ou du moins, **constitue le point de départ de la garantie légale de parfait achèvement**, des garanties légales de **bon fonctionnement** d'au moins deux ans, et 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.

### 9.2.2. Effets de l'absence de réception

La réception marque (sauf pour les travaux objet de 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 pas être mises en œuvre.**

**L'assurance obligatoire** de responsabilité des constructeurs, qui ne couvre que les dommages de nature décennale, **ne peut donc pas non plus 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.

### 9.2.3. Effets de la réception assortie de réserves

#### 1. Coexistence de la garantie de parfait achèvement et de la responsabilité contractuelle pour les dommages réservés

Très longtemps la réparation des dommages réservés n'a été possible qu'au moyen de la garantie de parfait achèvement. 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 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.

#### 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 dommages faisant l'objet de réserves n'étaient pas réparés au titre du parfait achèvement.

Une évolution jurisprudentielle s'est cependant produite. La Cour de cassation autorise en effet maintenant 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 »**.

#### 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, dans tous les cas où les désordres demeurent ceux qu'ils étaient lorsqu'ils ont fait l'objet de réserves à la réception et ne s'aggravant pas ensuite.

Corrélativement, l'utilisation de l'assurance de responsabilité obligatoire est interdite pour ces désordres.

### **9.2.4. Effets de la réception sans réserves**

#### **1. À l'égard des désordres apparents**

La réception sans réserves **couvre les vices et les défauts de conformité apparents.**

**Les dommages intermédiaires**, 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 la réception par le maître d'ouvrage, faute de quoi il ne pourrait plus faire l'objet d'aucune réparation ni sur la base de la garantie de parfait achèvement, ni sur celle de la garantie de bon fonctionnement, pas plus que sur celle de la garantie décennale.

#### **2. À l'égard des désordres non apparents (cachés)**

La réception constituant le point de départ de toutes les garanties, le maître d'ouvrage a le choix d'agir à l'encontre des dommages cachés (et n'ayant pas fait l'objet de réserves à la réception) sur la base des articles 1792 (garantie décennale), 1792-3 (garantie de bon fonctionnement) ou 1792-6 (garantie de parfait achèvement) s'il dénonce les dommages dans le délai d'un an.

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.

## **9.3. La réception dans les marchés publics soumis au CCAG Travaux**

---

### **9.3.1. Étapes de la réception : les opérations préalables à la réception (OPR)**

#### *Les opérations préalables à la réception*

La réception est l'acte par lequel le maître d'ouvrage déclare accepter la prestation, objet du ou des marchés passés.

Dans le cadre d'un marché de travaux, 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.

La procédure de réception est nécessairement subordonnée à l'achèvement des travaux. Elle se déroule ensuite selon plusieurs étapes minutieusement organisées par l'article 41.1 du CCAG Travaux.

- L'initiative de la procédure d'OPR appartient à l'entreprise qui 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, **le maître d'ouvrage**, avisé 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.

### ***L'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 Languidic).

### ***Le 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 Claves).

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 Demandolx).

## **9.3.2. 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 (article 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** (article 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, société Smac Acieroid). 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 (article 42.1 à 42.5 du CCAG Travaux).

### 9.3.3. 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 risquent de les détériorer. Ces réserves doivent être motivées et adressées par écrit au maître d'œuvre.

#### **9.4. Le refus de réception**

---

Le maître d'ouvrage est en droit de refuser la réception du fait 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 équivalent 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).

## 9.5. Les réserves à la réception

### 9.5.1. Remédier aux réserves dans le délai contractuel

C'est le cas où le maître d'ouvrage prend la décision d'accepter l'ouvrage après avoir constaté l'existence d'imperfections ou de malfaçons.

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.

Le délai imparti à l'entrepreneur doit être court pour éviter que les dégradations ultérieures ne lui soient imputées. Toutefois, si le délai de reprise n'a pas été convenu contractuellement, il est de 9 mois au maximum dans les marchés publics soumis au CCAG Travaux de 1976.

### 9.5.2. Comment remédier aux réserves ?

Une fois les travaux imposés par les réserves achevés, celles-ci peuvent être levées.

Cela ne prive pas le maître d'ouvrage de la faculté de signaler d'autres désordres jusqu'à la fin de la garantie de parfait achèvement (soit un an après la réception).

Les modalités de la levée de réserves ne sont pas détaillées par la loi qui dispose simplement que l'exécution des travaux faisant l'objet des réserves doit être constatée d'un commun accord, ou, à défaut, judiciairement.

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 avec la seule présence du maître d'œuvre et du maître d'ouvrage.

**Le procès-verbal de levée de réserves.** Lorsque les travaux de réparation sont achevés (les réserves levées), il est toutefois préférable de le constater dans un procès-verbal dressé dans les mêmes conditions que le procès-verbal des OPR, et par lequel le maître d'ouvrage « lève » les réserves, conformément aux propositions faites par le maître d'œuvre.

## **9.6. La réception tacite**

---

### **9.6.1. Problématique**

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 ».

### **9.6.2. Conditions**

- Une prise de possession du maître de l'ouvrage ;
- sans formuler de réserves 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.

### **9.6.3. 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 circulation d'un pont, de l'occupation de logements, de la mise en service d'une ligne de tramway, etc. (CE, 7 février 1990, société 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, Société 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 aura 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).

## **9.7. 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 de l'entrepreneur 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.



CHAPITRE

# 10

**LE RÈGLEMENT  
DES MARCHÉS 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.

**10**LE RÉGLEMENT DES MARCHÉS SOUMIS AU CMP  
ET AU CCAG TRAVAUX 1976

## 10.1. Séparation de l'ordonnateur et du comptable public

Le principe de séparation de l'ordonnateur et du comptable 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.

**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.

## 10.2. Le délai de paiement du CMP

### 10.2.1. Généralités

**Quel que soit le montant du marché**, le délai global maximal de paiement est de **45 jours** (50 jours pour les établissements publics de santé et service de santé des armées).

**Si un marché public ne prévoit aucun délai de paiement, ce sera le délai global maximal de paiement de 45 jours qui s'appliquera automatiquement.**

Ce sont des **délais maximaux de paiement**. L'administration peut toujours prévoir des délais de paiement plus courts et l'annoncer dans le CCAP.

La réglementation figure à l'article 98 du Code des marchés publics issu du décret du 1<sup>er</sup> août 2006 et dans le décret paiement n° 2002-232 du 21 février 2002.

### ***Rappel***

On distingue le délai de **mandatement** (l'ordonnateur donne l'ordre au comptable de payer), le délai de **paiement** (mise en paiement par le comptable), et le délai de **règlement** (ajout des délais bancaires).

Le système du « **délai global de paiement maximal** » a été imposé au gouvernement tant par le droit communautaire que par le Parlement français.

Pendant très longtemps l'administration n'a pas été obligée de fixer un délai de paiement aux entreprises. Seul le délai de mandatement existait dans le Code des marchés publics. L'administration avait 45 jours (35 jours pour les marchés de l'État) pour effectuer l'ordonnancement, ou le mandatement, c'est-à-dire donner l'ordre au comptable de payer une certaine somme ; mais le comptable, lui, n'avait aucun délai pour effectuer le virement.

La révolution du Code des marchés publics de 2001 (confirmée en 2004 et en 2006), rendue obligatoire du fait d'une directive du 29 juin 2000 sur la lutte contre le retard de paiement, est de mettre en œuvre un véritable délai de paiement au profit des entreprises.

## **10.2.2. Le point de départ du délai de paiement**

Le point de départ du délai global de paiement est la **date de réception de la demande de paiement** par les services de la personne publique (ou si le marché le prévoit par le maître d'œuvre).

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 et, pour le **solde** des marchés de travaux, la **date d'acceptation du décompte général et définitif**.

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**. Cela signifie que si le maître d'ouvrage ne met pas en place un système de réception des situations, le point de départ du délai global maximal de paiement sera la date de la facture de l'entreprise augmentée de deux jours.

### 10.2.3. L'expiration du délai de paiement

Le délai de paiement expire à la date du règlement par le comptable public, c'est-à-dire celle à laquelle il effectue les formalités nécessaires pour permettre le virement par la Banque de France.

### 10.2.4. Les intérêts moratoires

La méconnaissance par l'administration de délai contractuel ou réglementaire ouvre droit, **au bénéfice de l'entreprise** ou du sous-traitant payé directement, à des intérêts moratoires **à compter du jour suivant l'expiration du délai**. Les intérêts moratoires seront calculés sur la base du taux **de l'intérêt légal** (2,11 % en 2006 et 2,95 % en 2007) **augmenté de deux points, si le marché le précise. À défaut, les intérêts seront calculés avec le taux** de la Banque centrale européenne (3,55 % en janvier 2007), **augmenté de sept points**.

Se reporter au tableau récapitulatif des taux applicables pour le calcul des intérêts moratoires dus publiés par le ministère de l'Économie ([www.minefi.gouv.fr](http://www.minefi.gouv.fr)).

## 10.3. Le marché peut prévoir le versement d'une avance et d'acomptes

---

### 10.3.1. L'avance (art. 87 et 115 du CMP)

Elle est de **5 % du montant TTC** des prestations à exécuter au cours des 12 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'avance peut être portée à un maximum de 60 % mais, dans ce cas, le titulaire du marché devra constituer une garantie à première demande.

### **10.3.2. Les acomptes** (art. 91 du CMP)

**Les acomptes sont généralement mensuels**

La périodicité du versement des acomptes est fixée au maximum à 3 mois. **Ce maximum est ramené à un mois lorsque le titulaire du marché est une PME** ou une SCOP (art. 48 du CMP).

**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 millions d'euros. 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), 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 accusé de réception, 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 toutefois 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 serait la date de la facture augmentée de deux jours.**

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 de 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.

## **10.4. 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 » correspondent 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.

### **10.4.1. Établissement du décompte général**

#### **1. 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.

#### **2. Contenu du projet de décompte final**

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.

### 3. Le 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, recueil Lebon, ou CE, 27 mai 1998, SA Nicoletti, recueil Lebon).

**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, recueil Lebon, ou CE, 26 mars 2004, société Marc).

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, recueil Lebon) :

- 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, recueil Lebon) ;
- le décompte général doit être notifié par ordre de service, une lettre recommandée avec accusé réception ne suffit pas (CE, 26 mars 2004, société 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, société Quillery, recueil Lebon).

#### **4. 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 6 mois, ou de 45 jours si le délai d'exécution est supérieur à 6 mois, pour le signer, avec ou sans réserves, ou faire connaître les raisons pour lesquelles il refuse de le signer.

Ce décompte devient le décompte général et définitif (DGD) du marché si la signature du décompte général est donnée sans réserve.

Cette acceptation lie définitivement les parties, sauf en ce qui concerne le montant des intérêts moratoires.

### **10.4.2. 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.

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.**

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 fait naître un litige entre l'entrepreneur et le maître d'ouvrage** (article 50.22 du CCAG), et non pas avec le maître d'œuvre (article 50.11 du CCAG) (CE, 20 septembre 1991, Assistance publique, et CE, 22 février 2002, société 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.

### **Dans le mémoire de réclamation l'entrepreneur doit :**

- exposer les motifs de son refus de signer le décompte général ;
- ou exposer les motifs 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 le 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, société Deniau, recueil Lebon).

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 en 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, société Pertuy Construction).

### **3. Suite à la réclamation, plusieurs situations peuvent se présenter**

a) Le maître d'ouvrage garde le silence après avoir reçu le mémoire en 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* chapitre Recours), 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 (*cf. b*) ci-dessous) qui, une fois expiré, empêche toute action judiciaire émanant de l'entreprise de prospérer (CAA Marseille, 23 janvier 2006, société Sogea Sud).

b) 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, société Entreprise Hardy).

#### **4. 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.

### **10.4.3. 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.

**La dérogation** n'est 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.

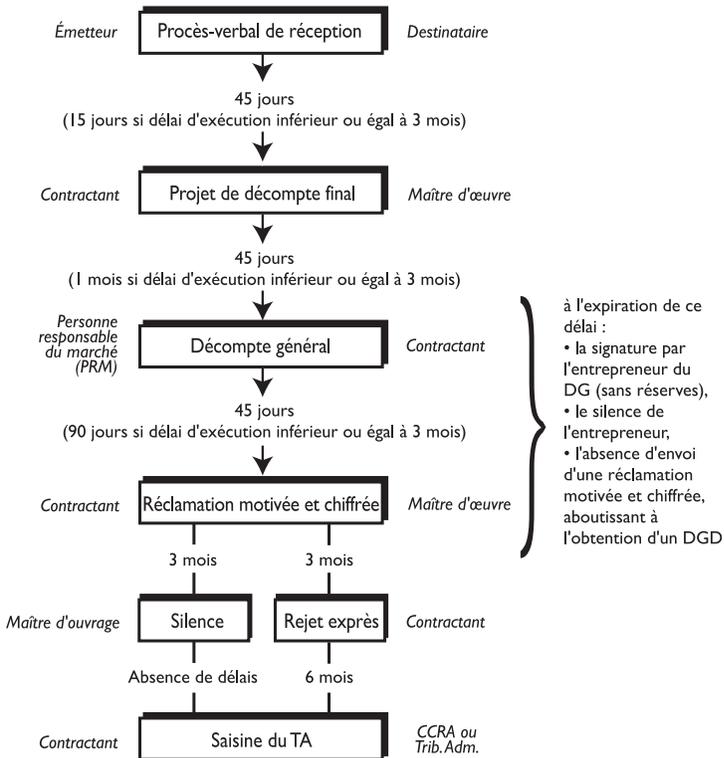
**En revanche**, dès que l'erreur peut être regardée comme relevant d'une interprétation des clauses contractuelles, la rectification du décompte est impossible. Il en est ainsi lorsqu'il a été oublié d'appliquer une clause de révision de prix : dans ce cas, le décompte ne peut pas être recalculé. La vérification des métrés ou des quantités d'ouvrage ou la qualité des matériaux ne peuvent pas non plus être discutées sous prétexte d'erreur.

**Concernant les intérêts moratoires**, seuls ceux courant à compter du solde permettent la discussion après l'établissement du décompte général et définitif, à l'exclusion d'intérêts afférents à des acomptes inclus dans le décompte (CE, 28 septembre 2001, Entreprise de construction et de prestations de services, recueil Lebon, ou CAA, 11 mars 2003, société Baudin Châteauneuf, recueil Lebon).

**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 (CE, 16 octobre 1970, TPG des Hauts-de-Seine, et CE, 27 octobre 1971, ministère de l'Éducation nationale).

### 10.4.4. En résumé

**Procédure de la notification du décompte général  
(articles 13-32, 13-34, 13-42, 13-44 et 50-22 du CCAG Travaux 1976)  
(voir annonces n°1.10)**



## **10.5. Le paiement d'une créance cédée ou nantie : l'exemplaire unique**

---

Le Code des marchés publics 2006 consacre une section entière à cette question (art. 106 à 109).

### **1. Dans le cas du marché principal**

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. La technique la plus fréquemment utilisée 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 vise à **éviter que la même créance soit cédée** ou nantie **plusieurs fois**, partiellement ou en totalité.

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 « Copie délivrée en unique exemplaire pour être remise en cas de cession ou de nantissement de créances » signée par l'autorité contractante.

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. Si le titulaire du marché veut sous-traiter plus que prévu, il doit produire 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, ou fournir une mainlevée de son cessionnaire à hauteur des sommes dont il augmente la sous-traitance.

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** qui notifie la cession au comptable assignataire de l'organisme public contractant. L'exemplaire unique doit être produit au comptable public afin qu'il puisse désintéresser le cessionnaire.

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.

Après notification de la cession, **les paiements sont effectués** par le comptable **au seul profit du cessionnaire** pour le montant de la créance ou de la part de la créance qui lui a été cédée.

## 2. 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.

## 3. 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, 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.

## 4. 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 institué 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.



CHAPITRE

**11**

**LES CONTRÔLES  
ET LES RECOURS**



Nous verrons tout d'abord le **contrôle** des marchés publics (11.1.), puis les **recours** des entreprises au **moment de la passation** des marchés (11.2) et **pendant l'exécution du marché** (11.3.).

## 11.1. Le contrôle 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**.

### 11.1.1. 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. Le contrôle de légalité exercé par le préfet<sup>1</sup>

Depuis les lois de décentralisation de 1982, intégrées dans le Code général des collectivités territoriales (CGCT), **les préfets ont compétence pour exercer un contrôle de légalité préfectoral *a posteriori* sur les actes des institutions publiques locales.**

Les documents reçus au titre du contrôle de légalité s'agissant des marchés et 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.

**Les services préfectoraux 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

1. Voir également *infra* le déféré préfectoral.

**(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 déférés préfectoraux.

**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.

Par ailleurs, 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.

## **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.

## **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.

Les chambres régionales des comptes sont habilitées à constater les infractions constitutives d'un délit pénal et à saisir le procureur de la République. 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.

### 11.1.2. Les contrôles visant les personnes

Ils peuvent conduire à des sanctions personnelles prononcées contre les acheteurs publics.

#### 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.

#### 2. Le contrôle de la mission interministérielle d'enquête sur les marchés

Cette mission (articles 119 et suivant du Code des marchés publics) 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.

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.

#### 3. Le contrôle exercé par les juridictions pénales

Il existe trois délits qui visent spécifiquement les acheteurs, qu'ils soient agents publics ou élus. Les juridictions pénales peuvent prononcer **des peines de prison et des amendes**.

##### a) 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, NCP).

La corruption passive est passible de 10 ans d'emprisonnement et de 150 000 € (un million de francs) d'amende.

b) 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).

c) 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).

**Cet avantage injustifié peut notamment résulter des comportements suivants :**

- avantager une entreprise en la faisant **bénéficiaire 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 ;
- recourir directement à la procédure négociée en dehors des cas prévus par le Code des marchés publics.

Mais, d'autres hypothèses de comportements délictueux 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.

***Délit de 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.**

## **11.2. Les recours portant sur la passation des marchés publics**

### **11.2.1. Les recours traditionnels**

#### **1. Motifs de l'éviction et caractéristiques de l'offre retenue**

(articles 80 et 83 du CMP)

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.

Pour les marchés passés selon une des procédures formalisées, l'article 80 oblige **le pouvoir adjudicateur à aviser**, dès qu'il a fait son choix sur les candidatures ou sur les offres, **tous les autres candidats du rejet de leur candidature ou de leur offre, 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 (article 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 ;
- et, à tout candidat dont l'offre était conforme, les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue, ainsi que le nom du ou des attributaires du marché (article 83 du Code des marchés publics).

La motivation du rejet d'une offre 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).

**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).

Pour les modalités **d'indemnisation du candidat irrégulièrement évincé lors de l'attribution d'un marché** (CE, 27 janvier 2006, commune d'Amiens).

## 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.

## 3. Recours en annulation devant le juge de l'excès de pouvoir

**Le juge de l'excès de pouvoir** ne peut s'immiscer dans le contrat. Il ne peut connaître que des actes unilatéraux détachables du marché.

**Sont considérés comme des actes détachables susceptibles de recours :**

- la décision autorisant la passation du marché ;
- les décisions de choix ou d'attribution du marché ;
- les décisions de conclure ou non le marché ;
- la décision d'approbation ou de refus d'approbation du contrat.

Les tiers, à l'exception du préfet, 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.

Néanmoins, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2001, le pouvoir d'injonction du juge est renforcé

L'article L. 911-4 du Code de justice administrative, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2001, en vertu de l'ordonnance 2000-387 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*, partie 5.).

#### 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.

Un candidat n'est pas indemnisé s'il n'avait aucune chance sérieuse d'emporter le marché, même irrégulièrement évincé d'une procédure de marché public, dans l'hypothèse où l'offre présentée ne respectait pas les prescriptions du règlement de la consultation (CE, 11 septembre 2006, commune de Saran).

#### 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) ;
- soit, 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 (article L. 911-2 du CJA).

**Ces deux types d'injonction 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.

L'injonction permet donc, en particulier celle de l'article L. 911-1, de prescrire à l'administration la mesure d'exécution.

**Cette injonction, qui figure habituellement à l'article 2 du jugement, donne donc une force supplémentaire au jugement** qui ne se borne plus à annuler un acte, mais à prescrire à une personne donnée d'agir dans un sens donné.

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 du contrat de saisir le juge compétent afin d'en constater 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 concentre sur le fondement de la responsabilité ou sur les moyens d'annulation de l'acte, les articles L 911-1 et suivant du CJA permettent à ceux qui rédigent les requêtes de se projeter au-delà de l'instance.

### 11.2.2. Litiges portant sur la passation du marché : le déféré préfectoral<sup>1</sup>

#### 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 :

- **ce déféré conduit le juge à annuler**, non seulement les actes détachables de ces contrats, mais encore **les contrats eux-mêmes** ;
- 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.

#### 2. Le préfet peut obtenir le sursis à exécution du marché déféré

**Second avantage du déféré préfectoral :**

- **la demande de sursis à exécution en matière de marchés publics formulée par le préfet dans les dix jours à compter de la réception de l'acte entraîne la suspension du marché qui ne pourra donc pas être exécuté.** 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 un caractère suspensif pendant une durée d'un mois en matière de marchés publics.

1. Cf. supra « le contrôle de l'égalité exercé par le préfet ».

### 11.2.3. Litiges portant sur la passation des marchés : le référé précontractuel L. 551-1 du CJA

Le juge administratif est doté d'un instrument de contrôle *a priori*.

Le 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.

#### 1. Champ d'application : les contrats concernés

- Les **marchés publics** soumis au Code des marchés publics sans condition de seuil.
- Les contrats de partenariat.
- Les marchés mentionnés au 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 conventions de délégation de service public.
- Les baux emphytéotiques hospitaliers (BEH).

#### 2. Les pouvoirs du juge

Le juge administratif, saisi au titre des articles L. 551-1 et R. 532-1 du Code de justice administrative (*ex. L. 22*), contrôle les règles de passation au regard de l'impératif de publicité et de concurrence.

**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 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 ;
- 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).

### 3. Les conditions de recevabilité du recours

Le référé précontractuel ne peut être valablement introduit que si deux conditions d'ordre public se trouvent réunies.

a) Condition tenant à la qualité du requérant

Le demandeur doit avoir qualité pour agir.

– Les entreprises :

- candidats évincés de la procédure d'attribution ;
- ou n'ayant pu y participer faute de publicité suffisante ;
- voire même, 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, etc.

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 ; cependant les préfets ne font pratiquement aucune utilisation de cette nouvelle arme contentieuse.

b) Condition tenant à l'introduction du recours avant la conclusion du contrat

Il est nécessaire que le recours soit introduit, et même jugé, avant la conclusion du contrat.

Dès lors que le contrat est conclu, la procédure instituée par l'article L. 551-1 ne peut plus être mise en jeu, elle disparaît, et par conséquent, les pouvoirs du juge des référés prennent fin.

Le référé précontractuel a le caractère d'une procédure purement préventive destinée à corriger des irrégularités tant qu'il est temps, et non à réparer les illégalités consommées.

### 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.

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, société Granjouan-Saco).

**Toutefois**, depuis le 1<sup>er</sup> 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** ».

Il s'agit 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.

**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.** Voir une ordonnance du président du tribunal administratif d'Orléans (5 juillet 2005) par laquelle, pour la première fois, le juge du référé précontractuel accepte d'écarter la signature d'un contrat au motif de son inexistence.

## **11.3. Les recours contentieux et amiables portant sur l'exécution du marché**

---

### **11.3.1. 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, lorsque son marché se réfère au CCAG Travaux 76, 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.

## 1. Différend entre l'entrepreneur et le maître d'œuvre

(article 50.11 du CCAG Travaux)

Dans le cas où le différend survient entre l'entrepreneur et le maître d'œuvre, le mémoire en 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 en 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 (article 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 la PRM, 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.

Selon la jurisprudence, **la contestation du décompte général fait naître un litige entre l'entrepreneur et le maître d'ouvrage** (article 50.22 du CCAG), et non pas avec le maître d'œuvre (article 50.11 du CCAG) (CE, 20 septembre 1991, Assistance publique, et CE, 22 février 2002, société 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.

**Dans le mémoire en réclamation, l'entrepreneur doit :**

- exposer les motifs de son refus de signer le décompte général ;
- ou exposer les motifs 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 l'entrepreneur 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 le 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, société Deniau, recueil Lebon).

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 en 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, société Pertuy Construction).

Suite à la réclamation deux situations peuvent se présenter.

a) 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* chapitre Recours), 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 (CE, 26 juillet 1985, société Degrémont). Voir toutefois une décision surprenante où le refus implicite fait courir le délai de 6 mois (cf. b) ci-dessous) qui, une fois expiré, empêche toute action judiciaire émanant de l'entreprise de prospérer (CAA Marseille, 23 janvier 2006, société Sogea Sud).

b) 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, société Entreprise Hardy).

### 11.3.2. Annulation du marché en partie (ou en totalité) exécuté

Concrètement, la question qui se pose est celle des conséquences de l'annulation du marché par le juge administratif à la suite d'un déféré préfectoral lorsque 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 dans la limite du prix du marché :

- 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.
- Voir en ce sens CE, 8 décembre 1995, commune de Saint-Tropez, req. 144.029 :

« 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.

### 11.3.3. Le recours amiable devant le CCRA

#### 1. 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.

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 est 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), 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.

## 2. De quels litiges s'agit-il ?

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 post-contractuelles.

Il peut s'agir 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, ou beaucoup plus important.

## 3. 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 accusé de réception 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.

#### 4. 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.

Une fois rendu (dans un délai maximal 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.

#### 5. Adresses des CCRA

**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 : 6, rue Louise Weiss 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 Ver-

sailles, 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, Ille-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.

#### 11.3.4. Le référé provision

L'article R. 541-1 du Code de justice administrative indique : « *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 con-

testée 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**.

### **11.3.5. 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), lesquels renvoient aux articles L 1612-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales. Elles 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**

##### ***Nature du cocontractant***

**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 (article 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 (article L. 232-7 du CJF) ; pour les établissements publics de santé, la procédure d'inscription d'office ne s'applique pas (article L. 232-5 du CJF) ; enfin les créances à l'égard des établissements publics locaux d'enseignement obéissent à un régime propre (article 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).

##### ***Le respect des formalités relatives à la demande de paiement***

L'entreprise doit s'assurer, d'une part d'avoir transmis la demande de paiement dans les formes fixées par le contrat, d'autre part d'avoir donné date

certaine à la demande de paiement (par lettre recommandée avec accusé de réception ou remise contre récépissé).

### **Précautions**

Quand une entreprise est créancière de l'une des personnes publiques citées *supra*, 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 (article 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 (article L. 1612-15 du CGCT). Elle est soumise à des conditions et à une procédure plus complexe.

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'obligation* » (Conseil d'État, 17 décembre 2003, société Natexis).

L'entreprise doit saisir la CRC par un mémoire accompagné des pièces justificatives (article 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 (article 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 (article 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.

### **3. 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 (article 98 du Code des marchés publics). 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 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.



# INDEX

## A

---

- Accord-cadre 95, 113, 129
- Acomptes 28, 130, 166, 192, 194, 200
- Acte d'engagement 98, 203
- Annulation du marché en partie (ou en totalité) exécuté 222
- AOR 28, 30
- APD 25
- Appel d'offres
  - ouvert 114
  - restreint 41, 114
- APS 25
- Assistance
  - à la maîtrise d'ouvrage (AMO) 18
  - au maître d'ouvrage pour la passation du ou des contrats de travaux (ACT) 26
  - lors de la réception (AOR) 28, 30
- Augmentation de la masse des travaux 151
- Avance forfaitaire 192
- Avenants 12, 53, 68, 135, 136, 138, 140, 145, 160, 162, 163, 164, 165, 208
- irrégulier 164
- Avis d'appel public à la concurrence (AAPC) 41, 42, 73, 95, 102, 107, 110, 111, 112, 113, 115, 116, 119, 120

## B

---

- BTP 45, 84

## C

---

- Cahier des clauses techniques générales (CCTG) 98
- Cahier des clauses techniques particulières (CCTP) 35, 98, 146
- Candidatures 26, 42, 62, 68, 72, 103, 104, 105, 108, 111, 112, 115, 116, 119, 120, 122, 124, 125, 126, 130, 211, 216
- Caution
  - de sous-traitance 81
  - personnelle et solidaire 109, 135, 136, 137, 138, 140, 192
- CCAG 66, 98, 145, 146, 147, 148, 151, 153, 154, 165, 166, 172, 175, 178, 181, 183, 185, 187, 189, 193, 195, 196, 197, 201, 203, 218, 219, 220
- CCAP 35, 98, 146, 165, 181, 189
- Certificat de cessabilité 77, 78, 204
- Certificat de signature électronique 125
- Code des marchés publics (CMP) 37, 38, 39, 40, 41, 42, 73, 77, 98, 110, 114, 122, 135, 136, 139, 141, 163, 187, 189, 191, 192, 195
- Code général des collectivités territoriales (CGCT) 207, 226, 227, 228
- Collège interentreprises de sécurité, de santé et des conditions de travail (CISSCT) 46, 48, 51, 54, 55, 58
- Comité consultatif de règlement amiable (CCRA) 198, 221, 222, 224
- Commission d'appel d'offres (CAO) 41
- Compte prorata 68, 153, 168, 169, 170
- Conducteur d'opération 12, 18, 19

Contrat  
de maîtrise d'œuvre 24, 29  
de sous-traitance 53, 73, 74, 75, 76,  
77, 80, 83, 84, 141, 155, 175

Contrôle  
de la Cour de discipline budgétaire  
et financière 207, 209  
de la Cour et des chambres régiona-  
les des comptes 207, 208  
de la mission interministérielle  
d'enquête sur les marchés 209  
des dépenses par le comptable  
public 207, 208  
exercé par les juridictions pénales  
209

Convention de mandat 13, 16  
Copie de sauvegarde 125, 126  
Cotraitance 29, 61, 63, 64, 65, 67, 69,  
71, 149  
Cotraitants 65, 67, 68, 69, 70, 71, 91  
Critères de sélection 42, 99, 106, 115,  
119, 120, 122

---

## D

---

Déchets 167, 168, 169, 170  
Décisions de poursuivre 160, 162, 163,  
164, 165  
Décompte  
final 153, 193, 194, 195, 196, 197,  
199, 200, 219  
général 27, 181, 190, 193, 194, 195,  
196, 197, 199, 200, 220, 221  
général et définitif 190, 194, 196,  
199, 200, 221, 223  
Déféré préfectoral 208, 215, 222  
Délais 17, 80, 118, 122, 123, 126, 135,  
136, 137, 139, 145, 161, 162, 190  
de paiement 79, 80, 189, 191  
Délégation de paiement 189  
Décompte général et définitif (DGD)  
30, 193, 194, 196, 199, 221  
Désordres  
apparents 178  
non apparents (cachés) 178

Devoir général de renseignement  
et de conseil 146  
Différend entre l'entrepreneur  
et la personne responsable 219  
et le maître d'œuvre 219  
Diminution de la masse des travaux  
151, 152, 153  
Direction de l'exécution des contrats  
de travaux (DET) 27, 30  
Direction départementale de l'équipe-  
ment (DDE) 23  
Document techniques unifié (DTU) 33,  
146  
Dommages réservés 177  
Dossier d'intervention ultérieure sur  
l'ouvrage (DIUO) 48, 53, 57

---

## E

---

EDF 55, 216  
Effet attractif de la notion de travaux  
publics 90, 92  
Entité adjudicatrice 9, 10  
Étapes de la réception 178  
Études  
d'avant-projet (AVP) 25  
d'esquisse (ESQ) 25  
d'exécution (EXE) 26  
de diagnostic (DIA) 25  
de projet (PRO) 26  
préliminaires (EP) 25  
Exécution  
des ordres de services (OS) 145, 146  
du marché 73, 122, 215  
Exemplaire unique 203, 204

---

## F

---

Fait du prince 160  
Fédération des banques françaises  
(FBB) 81  
Fédération française du bâtiment (FFB)  
81  
Fédération nationale des travaux  
publics (FNTP) 81  
FFB-FNTP 175

---

**G**

## Garantie

- à première demande 109, 136, 137, 139, 140, 141, 142, 181, 192
- de parfait achèvement 19, 28, 35, 36, 85, 177, 178, 183, 185

## Garde

- de l'ouvrage 150, 176
- du chantier 149, 150, 153

## GDF 216

## Groupement d'intérêt économique (GIE) 63, 163

## Groupement d'entreprises 69, 70, 72, 91

## Groupements momentanés d'entreprises (GME) 63, 64, 65, 67, 69, 70, 71, 91

**H**

## HLM 130

**I**

## Indemnisation 151, 152, 153, 213, 214

## Injonctions et astreintes 214

## Inscription d'office 226

**L**

## Liquidation judiciaire (LJ) 71

Lots 62, 66, 68, 73, 109  
séparés 26, 61, 63**M**

## Maîtres

- d'œuvre public 31
- d'œuvre public (non soumis à la MOP) 31
- d'ouvrage public (soumis au CMP) 4, 7

## Maîtrise d'œuvre 3, 4, 6, 17, 19, 23, 24, 25, 28, 38, 42, 130

## d'ouvrage

- déléguée 7, 11, 13, 15, 16, 17, 127

- privée 4, 6, 7, 13, 23
- réglementée 5

## publique 4, 7, 23

## Maîtrise d'ouvrage public (MOP) 3, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 23, 24, 25, 27, 29, 31, 37, 40, 127

## Mandat 12, 20

## Mandataire commun 64, 65, 66, 67, 68, 69

## Mandatement d'office 226

## Marché de définition 41

## Marchés

- à prix global et forfaitaire 145
- à tranches conditionnelles 96
- négociés 117, 118, 122, 131
  - après publicité préalable et mise en concurrence 117, 122
  - sans formalités préalables 63
  - sans publicité préalable et sans mise en concurrence 118, 122

## Mémoire en réclamation 195, 197, 198, 219, 220, 221

## Mission

- de base 29
- de maîtrise d'œuvre 13, 19, 25, 27, 127

**N**

## Négociation 121, 122, 123, 124

## Non-paiement 145, 146, 158, 166, 227

## Notification du marché 77, 109, 113, 114, 119, 211

## Nouveau Code pénal (NCP) 209, 210

**O**

## Obligation

- de bonne exécution 146
- de résultat 84, 108, 145, 146, 176

## Opérations préalables à la réception (OPR) 178, 179, 183

## OPHLM 149, 223, 226

## Ordonnancement, pilotage et coordination (OPC) 28, 29, 41, 64

## Ordres de service (OS) 145, 146

## **P**

---

- Paiement direct du sous-traitant de rang un 76
- Personne responsable du marché (PRM) 219, 224
- Pièces constitutives des marchés publics 98
- Plan
  - arrêté et convenu 156, 170
  - d'atelier et de chantier (PAC) 26
  - de synthèse (SYN) 27
  - général de coordination (PGC) 46, 48, 50, 52, 53, 54, 55, 56, 170
  - particulier de sécurité et de protection de la santé (PPSPS) 46, 47, 48, 50, 53, 54, 55, 56
- PME 119, 192
- Pondération des critères 106
- Prix unitaires 97, 98, 152, 153, 154, 156, 157, 168
- Procédures de passation 37
- Publicité 15, 70, 100, 101, 102, 109, 114, 117, 118, 122, 124, 130, 131, 163, 164, 166, 210, 216, 217

## **R**

---

- RATP 216
- Réception
  - des travaux 12, 14, 18, 85, 109, 135, 136, 145, 173, 175, 177, 179, 181, 182, 183, 185, 193
  - tacite 184, 185
- Réclamation dans les marchés publics 218
- Recommandation T2-2000 169
- Recours
  - aux marchés négociés 117
  - en annulation devant le juge de l'excès de pouvoir 213, 215
  - en indemnisation devant le juge de plein contentieux 214
  - gracieux ou hiérarchique 213
- Refus de réception 182
- Registre journal (RJ) 46, 48, 56, 71

- Règle du préalable 92
- Règlement de la consultation 73, 99, 112, 121, 125, 214
- Réserves à la réception 136, 137, 139, 177, 178, 183, 185
- Responsabilité du maître d'œuvre 31
- Retenue de garantie 133, 135
  - contrat de sous-traitance 141
- Risques 45, 56, 149

## **S**

---

- SCOP 192
- Sécurité, protection et santé (SPS) 46, 49, 51, 53, 54, 82
- Sélection des offres 106
- Seuils 37, 101, 102
- SNCF 3, 55, 89, 216
- Société civile immobilière (SCI) 7
- Sociétés d'économie mixte locales (SEML) 6
- Solde du marché 147, 193
- Sous-traitance 64
  - en chaîne 75
  - totale 76
- Sujétions
  - imprévues 159, 160, 161
  - techniques imprévues 159, 160, 162, 163, 164, 165
- Sursis à exécution 215

## **T**

---

- Transparence des procédures 99, 108, 129
- Travaux
  - publics 35, 66, 87, 91, 195
  - supplémentaires 36, 68, 78, 145, 148, 154, 158, 161, 170, 194

## **V**

---

- Voirie, réseaux divers (VRD) 46, 48, 55

## **Z**

---

- Zone d'aménagement concerté (ZAC) 24