Pratique du droit de la construction

Marchés publics et privés

Sixième édition 2010

Patricia Grelier Wyckoff

© Groupe Eyrolles, 2001, 2010, ISBN : 978-2-212-12736-2

EYROLLES

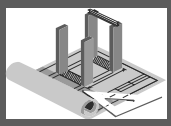


TABLE DES MATIÈRES

Partie 1 • 1

Les intervenants à l'acte de construire

1 LES MAÎTRES D'OUVRAGE 3

1. La maîtrise d'ouvrage 3
   - 1.1. Les trois grandes catégories de maîtres d'ouvrage 5
   - 1.2. Les fonctions des maîtres d'ouvrage 9
   - 1.3. Le vocabulaire européen : pouvoir adjudicateur (PA) et entité adjudicatrice (EA) 11
2. La maîtrise d'ouvrage déléguée (MOD) 13
   - 2.1. Le maître d'ouvrage délégué quand le maître d'ouvrage est soumis à la loi MOP (marchés publics et marchés réglementés) 14
   - 2.2. Le maître d'ouvrage délégué quand le maître d'ouvrage n'est pas soumis à la loi MOP (marché privé non réglementé) 20
3. Conducteur d'opération et assistance à maître d'ouvrage (AMO) en marchés publics et réglementés 23
   - 3.1. Le conducteur d'opération 23
   - 3.2. L'assistance à maîtrise d'ouvrage (AMO) 24
   - 3.3. Comment distinguer l'AMO du conducteur d'opération 25
   - 3.4. Articulation avec les autres intervenants 25
   - 3.5. Choisir son conducteur d'opération ou son AMO : MAPA ou procédure négociée 26
   - 3.6. Mandat ou louage d'ouvrage ? 27

2 LA MAÎTRISE D'ŒUVRE 29

1. Généralités 29
   - 1.1. La fonction de maîtrise d'œuvre 29
   - 1.2. Définitions générales 29
   - 1.3. L'équipe de maîtrise d'œuvre : son rôle 30
   - 1.4. Nature des contrats de maîtrise d'œuvre 30
   - 1.5. Le dispositif réglementaire 31

1.6. Les maîtres d'ouvrage assujettis à la loi MOP 32
1.7. Les ouvrages concernés par la loi MOP 33
1.8. Les contrats concernés par la loi MOP 33
2. Les éléments de mission de maîtrise d'œuvre 34
2.1. La phase de conception 34
2.2. La phase de réalisation 36
3. La mission de base 40
4. Le stade de la consultation des entreprises 41
4.1. Procédure générale 41
4.2. La consultation anticipée pour un ou plusieurs lots d'une technicité particulière : missions spécifiques de maîtrise d'œuvre 42
4.3. La consultation en conception-réalisation 43
5. Le contrat de maîtrise d'œuvre 47
5.1. Généralités 47
5.2. Le forfait de rémunération de la maîtrise d'œuvre 48
5.3. L'engagement de la maîtrise d'œuvre 48
5.4. Les obligations de la maîtrise d'œuvre en matière d'évaluation des travaux pour les ouvrages de bâtiment (rappel) 49
6. La responsabilité du maître d'œuvre 49
6.1. La conception : les fautes de conception 49
6.2. Le conseil : le défaut de conseil 50
6.3. Le contrôle et la surveillance : le défaut de surveillance 51
6.4. L'atténuation de la responsabilité du maître d'œuvre par celle du maître d'ouvrage ou de l'entrepreneur 52
6.5. La responsabilité du maître d'œuvre vis-à-vis de l'entrepreneur 53
6.6. Garantie de bon fonctionnement et garantie décennale 54
7. La passation des marchés de maîtrise d'œuvre 55
7.1. Les contrats de maîtrise d'œuvre passés par un maître d'ouvrage privé non soumis à la loi MOP 55
7.2. La passation d'un marché de maîtrise d'œuvre passé par un maître d'ouvrage soumis à l'ordonnance de 2005 et au décret du 30 décembre 2005 56
7.3. Les contrats de maîtrise d'œuvre passés par un maître d'ouvrage soumis au Code des marchés publics 59

3 LE COORDONNATEUR SÉCURITÉ ET PROTECTION DE LA SANTÉ 67

1. Généralités 67
   - 1.1. Espace clos et indépendant 67
   - 1.2. Plusieurs entreprises 68
   - 1.3. Risques de coactivité 68
   - 1.4. Le dispositif légal et réglementaire 69
   - 1.5. Les trois catégories d'opération SPS 70
   - 1.6. La notion de travaux de bâtiment et de génie civil 71
   - 1.7. Les sanctions pénales pour le maître d'ouvrage et pour l'entrepreneur 72
2. Les obligations des intervenants à l'acte de construire en matière de sécurité et de protection de la santé 72
   - 2.1. Le coordonnateur SPS 72
   - 2.2. Les obligations du maître d'ouvrage 75
   - 2.3. Les droits et obligations des entreprises et des sous-traitants 79
3. Les documents 81
   - 3.1. Le plan général de coordination santé et sécurité (PGC) 81
   - 3.2. Le plan particulier de sécurité et de protection de la santé (PPSPS) 82
   - 3.3. Le registre journal (RJ) 84
   - 3.4. Le dossier d'intervention ultérieure sur l'ouvrage (DIUO) 85
4. Le comité interentreprises de sécurité, de santé et des conditions de travail (CISSCT) 86
   - 4.1. La composition du CISSCT 87
   - 4.2. La mission du CISSCT 87
   - 4.3. Les différentes règles de fonctionnement du CISSCT 87
5. Les obligations des particuliers en matière de coordination de travaux 88
   - 5.1. Les obligations du maître d'ouvrage particulier 89
   - 5.2. Les obligations du coordonnateur désigné par la loi 89
6. Recommandations destinées à favoriser la prise en compte de la prévention des risques professionnels 90
   - 6.1. La coordination en amont du chantier 90
   - 6.2. La coordination pendant l'exécution du chantier 92

4 LES ENTREPRENEURS (LA DÉVOLUTION DES MARCHÉS) 93
1. Les marchés séparés en lots : l'allotissement 94
2. Le marché unique (ou à l'entreprise générale) 96
3. Les groupements momentanés d'entreprises (GME) : la cotraitance 98
3.1. Généralités 98
3.2. Les deux formes de groupement 101
3.3. Le fonctionnement des GME 104
4. La sous-traitance 118
4.1. Règles communes à tous les marchés de sous-traitance 118
4.2. Sous-traitance et marchés publics 129
4.3. Sous-traitance et marchés privés 143
4.4. Requalification du contrat de sous-traitance par le juge 158
5. Les sociétés en participation (SEP) 164
5.1 Qu'est-ce qu'une SEP ? 164
5.2 Dans quelles hypothèses constituer une SEP ? 165
5.3 Comment faire fonctionner une SEP ? 166
6. L'auto-entrepreneur 168
6.1. Création – identification 168
6.2 Conditions d'exercice de l'activité – qualification préalable 169

Partie 2 • 173
Le cadre juridique de l'acte de construire

5 LES CONTRATS DU SECTEUR PRIVÉ 175
1. Nature juridique et domaine respectif de chacun des contrats 175
1.1. Domaine respectif des contrats dans le secteur protégé 175
1.2. Domaine respectif des contrats hors du secteur protégé 179
2. Les contrats du secteur protégé : dispositions d'ordre public 180
2.1. Le contrat de vente d'immeuble à construire 180
2.2. Le contrat de construction de maison individuelle (CCMI) 181
2.3. Le contrat de promotion immobilière 194

6 LES CONTRATS DU SECTEUR PUBLIC 197
1. Le contrat administratif 197
1.1. C'est la loi ou la jurisprudence qui qualifient un contrat de contrat administratif 197

1.2. Un contrat administratif implique des prérogatives et des droits 199
2. Les principaux contrats administratifs 204
2.1. Le marché 204
2.2. Les contrats globaux spéciaux 204
2.3. La délégation de service public et les concessions de travaux publics 205
2.4. Bail emphytéotique administratif (BEA) (CGCT, art. L. 1311-2 et suivants) 207
2.5. Le bail emphytéotique des hôpitaux (BEH) 211
2.6. Le contrat de partenariat 214
2.7. L'autorisation d'occupation temporaire (AOT) de l'État (CG3PP, art. L. 2122-6) 232
2.8 L'AOT avec option d'achat (LOA) : État pour la justice, la police, la gendarmerie et les armées (CG3P, art. L. 2122-15) 234
2.9. L'AOT des collectivités territoriales (CGCT, art. L. 1311-5) 240
2.10. Les contrats de la loi MOP 242
2.11. La vente en état futur d'achèvement (VEFA) 243
3. En résumé 244

7 LES TRAVAUX PUBLICS ET LES OUVRAGES PUBLICS 247

1. Notions de travaux publics et d'ouvrages publics 247
1.1. Les travaux publics 247
1.2. Les ouvrages publics 249
2. Régime juridique des travaux publics 251
2.1. Le caractère attractif des travaux publics : compétence des tribunaux administratifs 251
2.2 Les particularités du contentieux de travaux publics : la non-application de la règle du préalable 254
2.3. Les privilèges attachés aux travaux et ouvrages publics 254
3. En résumé 255
3.1. Notion de travaux publics et d'ouvrages publics 255
3.2. Régime juridique des travaux publics 256

Partie 3 • 257

Le marché de travaux

8 LA PASSATION DES MARCHÉS DE TRAVAUX 259
1. Généralités..... 259
1.1. Le Code des marchés publics 2006 et les textes modificatifs 259
1.2. Les différentes catégories de marchés publics et les accords-cadres..... 261
1.3. Le prix 272
1.4. Les pièces constitutives des marchés publics..... 274
2. Le respect des principes 275
2.1. Le principe d'égalité de traitement des candidats 276
2.2. La liberté d'accès à la commande publique 276
2.3. Le principe de transparence 277
2.4. Définition préalable du besoin 278
2.5. Sanctions du non-respect de ces principes 280
3. La publicité..... 280
3.1 En dessous du seuil de 4 000 € HT : publicité non obligatoire 281
3.2. Entre les seuils de 4 000 € HT et de 90 000 € HT : une publicité adaptée..... 282
3.3. Entre les seuils de 90 000 € HT et de 4 845 000 € HT : une publicité formalisée 284
3.4 Au-dessus du seuil communautaire de 4 845 000 € HT : publicité européenne 286
3.5 Absence de publicité : exceptions très limitées (CMP, art. 28, quatrième alinéa, et art. 35-II)..... 286
3.6. Modalités de publicité facultatives et supplémentaires..... 286
3.7. Le calcul des seuils : les notions d'ouvrage et d'opération (CMP, art. 27) 287
4. La sélection des candidats..... 288
4.1. Interdictions de soumissionner (CMP, art. 43) 288
4.2. Comment apprécier la possibilité (ou non) d'un candidat en redressement judiciaire de soumissionner..... 289
4.3 Documents à produire par tous les candidats (ou sélection des candidatures) (CMP, art. 44 et 45) 290
4.4. Pièces absentes ou incomplètes (CMP, art. 52) 296
4.5. Documents à produire par le seul attributaire (CMP, art. 46 et 47) 297
5. La sélection des offres..... 298
5.1. Les critères de sélection des offres : l'offre économiquement la plus avantageuse (CMP, art. 53) 298

5.2. Pondération des critères et des sous-critères (CMP, art. 53) 302
5.3. Les offres anormalement basses (OAB) 304
5.4. Variantes et options (CMP, art. 50) 306
5.5. Erreur matérielle de calcul 308
5.6 Durée de validité des offres 309
6. Les procédures de passation des marchés publics 311
6.1. Les marchés à procédure adaptée (MAPA) 311
6.2. Les trois catégories de marchés formalisés 317
7. La négociation 334
8. La dématérialisation des procédures de passation 336
9. La passation des marchés privés 345
9.1. La passation des marchés privés non réglementés 345
9.2. Le devis 346
9.3. La passation des marchés réglementés (ordonnance du 6 juin 2005) 347
9.4. La dématérialisation dans les marchés privés 361

9 LES GARANTIES 363

1. Les garanties que le maître d'ouvrage peut exiger de l'entrepreneur dans les marchés soumis au Code des marchés publics 363
1.1. La retenue de garantie et son remplacement par une caution ou par une garantie à première demande 363
1.2. Les autres garanties 373
2. Les garanties que le maître d'ouvrage peut exiger de l'entrepreneur dans les marchés privés (loi du 16 juillet 1971) 375
2.1. La retenue de garantie ou son remplacement par une caution 375
2.2. Les autres garanties 381
3. Les garanties dans un contrat de sous-traitance 382
3.1. Celles que l'entrepreneur principal peut exiger du sous-traitant : une retenue de garantie remplaçable par une caution 382
3.2. Celles que l'entrepreneur principal doit fournir au sous-traitant 384
4. La garantie que le maître d'ouvrage privé doit fournir à l'entrepreneur (C. civ., art. 1799-1) 384
4.1. L'obligation pour le maître d'ouvrage privé de garantir l'entrepreneur du paiement de ses travaux 384
4.2. Le mécanisme de la garantie de paiement 385

4.3. La sanction de la non-fourniture de la garantie 387
4.4. Caractère d'ordre public de l'article 1799-1 du Code civil 393

10 L'EXÉCUTION DU MARCHÉ 395

1. Les obligations du maître d'ouvrage et de l'entrepreneur liées à l'exécution des travaux 395
   1.1. Le rôle du maître d'ouvrage pendant l'exécution 395
   1.2. Les obligations de l'entrepreneur liées à l'exécution des travaux 396
2. Le paiement des travaux supplémentaires dans un marché à prix global et forfaitaire 419
   2.1. Les conditions classiques d'existence du marché à forfait 420
   2.2. Les conséquences du marché forfaitaire 424
   2.3. Possibilité de résiliation du marché forfaitaire 435
   2.4 Réforme de la prescription en matière civile 436
3. La modification dans la masse des travaux et ses conséquences en termes de prolongation du délai et d'indemnisation des entrepreneurs 436
   3.1. Les droits de l'entrepreneur dans les marchés publics 436
   3.2. Les droits de l'entrepreneur dans les marchés privés (norme NF P 03-001) 440
4. L'interruption des travaux en cas de non-paiement 441
   4.1. En marchés publics 441
   4.2. En marchés privés 442
5. Avenants et décisions de poursuivre (en marchés publics) 444
   5.1. Les conditions de passation d'un avenant 445
   5.2. Les avenants irréguliers 449
   5.3. Avenant ou marché négocié complémentaire ? 450
   5.4 La décision de poursuivre 452
6. La gestion du compte prorata 453
   6.1. Qui doit supporter les dépenses communes de chantier ? 453
   6.2. Gestion et règlement du compte prorata 457

7. La prise en compte de préoccupations environnementales dans les marchés 460
7.1. Généralités 460
7.2. Qui engage sa responsabilité en matière de gestion des déchets de chantier ? 461
7.3. Un tri sélectif des déchets doit être envisagé 462
7.4. Faut-il créer un lot spécifique « déchets » ? 462
7.5. Faut-il intégrer le coût du traitement des déchets dans le compte prorata ? 462
7.6. L'adaptation en marchés privés, comme en marchés publics, aux préoccupations environnementales 463

11 LA RÉCEPTION DES TRAVAUX 467

1. Caractéristiques 467
2. Effets juridiques et financiers au regard du droit des marchés 469
2.1. Effets de la réception 469
2.2. Effets du décompte général et définitif (DGD) 469
3. Effets de la réception (au regard de la responsabilité des constructeurs) 471
3.1. L'absence de réception 471
3.2. La réception assortie de réserves 471
3.3. La réception sans réserves 473
4. Les étapes de la réception 474
4.1. Dans les marchés soumis à la norme NF P 03-001 474
4.2. Dans les marchés publics soumis au CCAG Travaux 1976 475
4.3 Dans les marchés publics soumis au CCAG Travaux 2009 478
5. Le refus de réception et les réserves à la réception 482
5.1. Le refus de réception 482
5.2. Les réserves à la réception 482
6. Conditions de la réception tacite 485
6.1. Dans les marchés publics 485
6.2. Dans les marchés privés 486
7. La réception judiciaire 487
8. Les caractéristiques de la garantie de parfait achèvement 488
9. Prescription en cas de responsabilité des constructeurs après réception 489
9.1. Nouveau délai de droit commun : cinq ans 489
9.2. Domaine spécifique de la responsabilité des constructeurs 489
10. En résumé 490

12 LE PAIEMENT DES MARCHÉS 493

1. Le paiement des marchés publics soumis au Code des marchés publics et au CCAG Travaux 1976 493
   1.1. Le respect des règles de la dépense publique et du financement préalable 493
   1.2. Le délai de paiement des entreprises 495
   1.3. L'avance, les acomptes 501
   1.4. Paiement du solde du marché : établissement du projet de décompte final et contestation du décompte général (CCAG Travaux 1976) 503
   1.5. CCAG Travaux 2009 : paiement du solde du marché, établissement du projet de décompte final et contestation du décompte général 519
   1.6. Cession ou nantissement des créances résultant des marchés publics 525
2. Marchés privés : les délais de paiement plafonnés 531
   2.1. Le délai maximum de paiement 531
   2.2. Déclarer sa créance en cas de procédure collective 535
3. Le prix et son règlement dans les marchés soumis à la norme AFNOR NF P 03-001 536
   3.1. Le prix du marché 536
   3.2. Le paiement des acomptes 542
   3.3. Le paiement du solde : établissement du mémoire définitif et contestation du décompte définitif 543
4. Modèle de mémoire de réclamation 548

Présentation
   Exposé général des différents chapitres de la demande 548

13 LES CONTRÔLES ET LES RECOURS DANS LES MARCHÉS PUBLICS 551

1. Le contrôle a posteriori des marchés publics 552
   1.1. Les contrôles visant les actes administratifs 552
   1.2. Les contrôles visant les personnes 554
2. Les recours dans les marchés publics 563
   2.1. Litiges portant sur la passation du marché 563
   2.2. Litiges portant sur l'exécution du marché 600

BIBLIOGRAPHIE 615

INDEX 619

sont pas uniquement une exigence juridique. Elles sont une condition impérative, pour que l'achat soit effectué dans les meilleures conditions économiques.

2.5. 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 et suivants du Code de justice administrative, relatif au **référé précontractuel** et au **référé contractuel**.

Elle expose également son auteur à un recours « Tropic travaux » en contestation de la validité du marché et à des sanctions pénales pour **délit de favoritisme** (octroi d'un avantage injustifié), lequel est puni par l'article 432-14 du Code pénal de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende.

Cf. *infra*, chapitre 13 « Les contrôles et les recours dans les marchés publics ».

3. La publicité

L'efficacité de la publicité constitue une composante essentielle de la régularité du marché.

Les modalités de publicité doivent être choisies avec soin et une attention toute particulière doit être portée au choix des supports utilisés, et ce, compte tenu de l'évolution de la jurisprudence.

Au-dessus des seuils communautaires, la publicité doit être **conforme au modèle fixé par le règlement européen** (CE) n° 1564/2005 du 7 septembre 2005 **établissant les formulaires standards** pour la publication d'avis dans le cadre des procédures de passation de marchés publics conformément aux directives 2004/17 et 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil.

Au-delà de la rédaction de l'avis de publicité, l'acheteur doit s'interroger sur la nature du support au sein duquel il doit être publié. La question est la même pour les MAPA et pour les marchés formalisés. Concernant les journaux d'annonces légales, en vertu de la loi n° 55-4 du 4 janvier 1955, un arrêté préfectoral fixe chaque année la liste des journaux susceptibles de recevoir les annonces légales dans le département. Le Bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP) doit être regardé comme une publication habilitée à recevoir des annonces légales (CE, 19 novembre 2004, commune d'Auxerre).

Seules les insuffisances, imprécisions ou ambiguïtés présentant un caractère substantiel, et étant à ce titre de nature à priver d'efficacité la publicité, peuvent être qualifiées de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence (CE, 8 février 2008, département de l'Essonne ; CE, 8 février 2008, commune de Toulouse).

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 de4 000 € HT.

À noter : Un décret n° 2008-1356 du 19 décembre 2009 a fait passer de 4 000 € à 20 000 € le seuil des marchés pouvant être passés sans publicité et sans mise en concurrence. **Mais,** par décision du 10 février 2010, le Conseil d'État a annulé, à compter du 1er mai 2010, cette décision. Le Conseil d'État a considéré que le seuil de 20 000 € était contraire aux grands principes de la commande publique en raison notamment de son caractère général et de son montant. **En conséquence, à compter du 1er mai 2010, le seuil en deçà duquel les personnes publiques peuvent déroger aux obligations de publicité et de mise en concurrence est de nouveau fixé à 4 000 € HT**

L'article 28 du Code des marchés publics indique que le pouvoir adjudicateur peut décider que le marché sera passé **sans** publicité **ni** mise en concurrence préalables :

– **si les circonstances le justifient** ;
– ou si son montant estimé est **inférieur à 4 000 € HT** ;
– ou en cas d'**urgence impérieuse**, dans l'hypothèse où **aucune offre ou candidature n'a été déposée, ou d'offres inappropriées,** ou encore pour les **marchés complémentaires** (situations décrites au II de l'article 35).

Il a été estimé que, dans ces hypothèses bien particulières ou pour ce faible montant, une publicité peut devenir un élément d'alourdissement et une dépense inutile.

Les marchés de faible montant n'en demeurent pas moins soumis aux principes fondamentaux de la commande publique. C'est donc souvent le coût de la publicité par rapport au montant estimé du marché qui sera pris en compte pour exonérer l'acheteur de l'envoi d'une annonce. Par ailleurs, la collectivité peut opter pour la diffusion d'une annonce sur son site Internet.

Pour ces « petits marchés », si une personne publique estime que la demande de quelques devis suffit pour constituer une réelle mise en concurrence proportionnelle à la taille de l'achat, alors **la trace des demandes et les devis eux-mêmes doivent être conservés, ainsi qu'une note, par exemple, qui permet d'expliquer le choix réalisé**. La personne publique, même pour ce faible montant, n'en demeure pas moins obligée de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse.

Il convient de rappeler que le seuil de 4 000 € HT ne peut être apprécié marché par marché ou indépendamment pour chaque prestataire. Les achats des pouvoirs adjudicateurs sont soumis aux modalités de calcul de la valeur estimée des marchés définie à l'article 27 du Code des marchés publics. **Il convient donc de vérifier que les marchés travaux de faible montant n'entrent pas dans une « opération » au sens de l'article 27-II 1°) du Code.** Cette méthode, obligatoire, aura donc pour effet de soustraire un certain nombre d'achats au seuil de 4 000 € HT.

Rappel historique : au gré des versions du Code des marchés publics, les achats de faible montant ont été exonérés partiellement ou totalement des procédures de passation. Dans le Code de 1992, aucune publicité n'était requise pour les marchés inférieurs à 300 000 F TTC (par an, par fournisseur et par maître d'ouvrage) ; dans le Code de 2001, ce seuil a tout d'abord été de 135 000 € HT pour passer ensuite à 210 000 € HT. Le Code de 2004, suite aux observations formulées par la Commission européenne, a intégré l'obligation de publicité même pour les marchés de faible montant. C'est un décret du 26 novembre 2004 qui a introduit un seuil de 4 000 € HT, pour satisfaire les maires des petites communes, en deçà duquel il est permis d'effectuer des achats directs sans publicité préalable ni mise en concurrence. Ce seuil a ensuite été repris dans le Code des marchés publics de 2006, puis porté à 20 000 € HT par le décret du 19 décembre 2008 et ramené à nouveau à 4 000 € à compter du 1er mai 2010..

Dans un marché d'un montant estimé inférieur au seuil de 4 000 € HT, sans publicité ni mise en concurrence, **les candidatures spontanées doivent être examinées par le pouvoir adjudicateur** (rép. min. de l'Économie au sénateur Piras, JO Sénat du 7 mai 2009, p. 1142).

***Quid* des circonstances particulières ?** L'article 28 du Code des marchés publics donne la possibilité au pouvoir adjudicateur de ne procéder à aucune publicité ni mise en concurrence préalables à la conclusion d'un marché, si les circonstances le justifient. Toutefois, la dispense doit être appréciée par le pouvoir adjudicateur en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre et de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre, ainsi que des circonstances de l'achat. **Aucun exemple générique ne peut être donné.** L'acheteur public doit conserver tous les éléments de nature à établir les faits qui l'ont conduit à recourir à cette procédure dérogatoire, afin de justifier le bien-fondé de son appréciation en cas de contestation de la régularité de la procédure (rép. min. de l'Économie au sénateur Piras, Sénat du 19 novembre 2009, p. 2699).

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

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

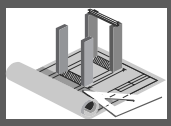
– des **caractéristiques du marché** ;

– notamment du **montant** ;

– et de la **nature des travaux**, des fournitures ou des services en cause.

Il convient de garder à l'esprit l'idée de proportionnalité des mesures de publicité à mettre en œuvre. Il est évident que plus les montants augmentent, plus il faudra que les mesures de publicité soient augmentées.

L'achat sera regardé comme effectué dans des conditions satisfaisantes au regard des principes de la commande publique si les moyens de publicité utili-



10 L'EXÉCUTION DU MARCHÉ

Partie 3

Les principales difficultés qui surviennent pendant l'exécution des travaux concernent les travaux supplémentaires dans les marchés à prix global et forfaitaire (2), les conséquences de l'augmentation, de la diminution de la masse des travaux ou des changements dans l'importance des diverses natures d'ouvrage en termes de prolongation du délai et d'indemnisation des entrepreneurs (3), le non-paiement des travaux et sa répercussion sur une éventuelle interruption du chantier (4), le régime des avenants dans les marchés publics (5), la gestion du compte prorata (6) et la prise en compte des préoccupations environnementales dans les marchés (7).

Mais tout d'abord, rappelons les obligations du maître d'ouvrage et de l'entrepreneur liées à l'exécution des travaux (1).

1. Les obligations du maître d'ouvrage et de l'entrepreneur liées à l'exécution des travaux

1.1. Le rôle du maître d'ouvrage pendant l'exécution

Le maître d'ouvrage, pendant l'exécution du marché public ou privé, gère le marché :

– veille au respect des pièces contractuelles et procède à des contrôles ;

– délivre les ordres de service (OS) ou les bons de commande à l'entreprise ;

– surveille l'exécution des prestations sur le chantier ;

– procède à des constats d'événements (constat d'avancement des travaux, intempéries, etc.) ;

– contrôle le respect des délais, des phases techniques d'exécution. Si nécessaire, il accorde une prolongation de délais ;

– adresse à l'entreprise des mises en demeure pour lui rappeler ses obligations contractuelles ;

– prescrit des modifications en cours d'exécution ;

– applique les dispositions financières prévues dans le marché ;

– réceptionne les prestations.

1.2. Les obligations de l'entrepreneur liées à l'exécution des travaux

La principale mission de l'entreprise est une obligation matérielle d'exécution dont le contenu exact dépend du contrat et du corps d'état concerné.

Cela suppose l'exécution des OS, une exécution correcte de l'ouvrage, dans le respect des règles de l'art, avec un devoir de renseignement et de conseil, dans le respect des délais contractuels, et l'obligation de devoir supporter les risques jusqu'à la réception des travaux.

1.2.1. Exécution des ordres de service (OS)

L'entrepreneur doit réaliser l'ouvrage commandé en se conformant aux stipulations contractuelles. Seul face au maître d'ouvrage, l'entrepreneur doit respecter les prescriptions contractuelles. Il engage sa responsabilité s'il y apporte des modifications unilatérales ou substitue un matériau ou un élément de construction par un autre (par exemple, remplace les tuyauteries cuivre initialement prévues par des tubes acier inadaptés et ce, même si la modification est demandée par le maître d'ouvrage, car il pèse sur l'entrepreneur une obligation de conseil qui doit l'amener à faire des réserves).

Dans le respect des OS. L'entrepreneur doit exécuter fidèlement les plans, devis descriptifs et quantitatifs établis par lui ou par le maître d'œuvre et exécuter scrupuleusement les OS. En présence d'un architecte, l'entrepreneur se trouve placé sous son autorité hiérarchique. Il s'agit d'une hiérarchie à la fois technique et juridique. La conduite de l'opération de construction relève dans ce cadre du maître d'œuvre et, à ce titre, l'entrepreneur est tenu de se conformer aux instructions techniques du maître d'œuvre, sauf lorsqu'il doit faire jouer son obligation de conseil (cf. *infra*). Les OS que le maître d'œuvre adresse à l'entrepreneur pour le compte du maître d'ouvrage concrétisent cette hiérarchie du maître d'œuvre sur l'entrepreneur.

Une entreprise a mal apprécié les quantités nécessaires à la réalisation des travaux et s'aperçoit qu'elle s'est trompée sur son devis. Elle abandonne le chantier et rompt le marché. Le maître d'ouvrage demande un dédommagement. L'entrepreneur prétend que l'architecte a commis des erreurs. **Les juges déclarent que l'entreprise devait s'assurer que ses devis étaient conformes aux prescriptions techniques. La responsabilité de la rupture incombe à l'entreprise.** En l'espèce, l'entreprise a accepté le marché sans demander de documents, ni d'étude complémentaire. Elle n'a pu se méprendre sur l'étendue de ses engagements. Aucune faute du maître d'œuvre n'a été établie et ne peut exonérer l'entreprise de sa responsabilité (Cass. 3e civ., 22 octobre 2008, SCI FINIM Méditerranée c/ RPR).

L'OS traduit sur le chantier les obligations souscrites par l'entrepreneur dans le cadre de son marché. L'OS peut ordonner de commencer des travaux, modifier des prestations, exiger la production de documents, porter diverses injonctions (accélérer le rythme d'exécution).

L'OS répond, le plus souvent, à un certain formalisme. Il est logique que tous les OS dont l'exécution est liée à un délai par les pièces du marché soient adressés à l'entrepreneur par lettre recommandée avec avis de réception (ou par tout autre moyen conférant date certaine).

Lorsque le marché fait référence au CCAG Travaux. En marchés publics se référant au CCAG Travaux 1976, les OS 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. Le CCAG Travaux 2009 (art. 3.8) simplifie cette rédaction puisqu'il indique que les OS sont écrits, signés par le maître d'œuvre, datés, numérotés et que le titulaire en accuse réception datée.

Lorsque le marché fait référence à la norme AFNOR NF P 03-001. La norme définit, dans son article 3.2.19 de l'édition 2000, l'OS comme étant un document écrit, numéroté (signé et daté), par lequel le maître d'œuvre ordonne à l'entrepreneur de prendre telle disposition entrant dans le cadre des obligations de son marché.

Lorsque le marché ne fait ni référence à la norme AFNOR NF P 03-001 ni au CCAG Travaux. Il y a lieu de lire le contrat, le cahier des clauses administratives particulières (CCAP) et de vérifier les hypothèses expressément prévues dans lesquelles le maître d'œuvre peut émettre des OS et dans lesquelles l'entrepreneur a un temps déterminé pour faire les réserves par écrit, sous peine de forclusion.

Toutefois, en ce qui concerne les marchés à forfait (publics ou privés), le paiement des travaux supplémentaires nécessite impérativement (sauf clause différente du marché) un accord écrit préalable sur le montant du devis du client (et non du maître d'œuvre) autorisant l'entrepreneur à réaliser les travaux supplémentaires. Dans un marché forfaitaire (cf. *infra* 2), l'entrepreneur ne devra jamais exécuter de travaux modificatifs ou supplémentaires sans commande écrite préalable du client définissant leur nature et leur prix. L'OS du maître d'œuvre sera sans effet, sauf si celui-ci détient un mandat du maître d'ouvrage, ce qui est rarissime. En conséquence, pour avoir une valeur juridique, l'OS commandant des travaux supplémentaires doit être contresigné par le maître d'ouvrage.

L'émission de réserves. Que le marché soit soumis ou non à la norme AFNOR NF P 03-001 ou au CCAG Travaux, l'entrepreneur doit réfléchir sur les conséquences directes ou indirectes qui peuvent résulter d'un OS pour faire éventuellement des réserves sur cet OS ou sur tous incidents survenus lors de l'exécution des travaux. Chaque fois que l'entrepreneur se trouve en présence d'une situation anormale ou d'un OS non conforme à ses obligations contractuelles, ou aux règles de l'art, il doit émettre des réserves. Cela fait partie du **devoir de conseil** de l'entreprise (cf. *infra*).

Les demandes de l'entreprise sont rejetées si elle ne fait pas de réserves sur un O.S dans les délais contractuels (CAA Versailles 28 novembre 2006, Société d'installations électriques Viroulet-Roger et CAA Nancy, 28 mai 2009, Sarl Tripé-Fénard).

Quand faut-il faire des réserves ? Il y a lieu de faire des réserves en cas de retard dans la délivrance d'un OS, de produit jugé inadéquat, de retards d'exécution d'autres corps d'état se traduisant par un décalage dans l'exécution de ses propres travaux et risquant d'entraîner l'application de pénalités de retard, de commande verbale de travaux supplémentaires ou sans contreseing par le maître d'ouvrage de l'OS.

Lorsque les réserves ne sont pas prises en compte, l'entrepreneur peut-il refuser d'exécuter des OS considérés comme abusifs ? Tout dépend des conséquences de l'ordre défectueux. S'il doit compromettre réellement la destination ou la solidité de l'ouvrage ou bien présenter des dangers pour la sécurité des personnes ou être contraire aux règles de l'art, l'entrepreneur doit refuser d'exécuter l'OS et éventuellement de poursuivre l'exécution des travaux. En conséquence, même si le maître d'ouvrage et le maître d'œuvre lui confirment par écrit, suite aux réserves formulées, d'exécuter les travaux, l'entrepreneur risque d'être considéré comme responsable. En règle générale, l'immixtion du maître d'ouvrage n'exonère partiellement l'entrepreneur de sa responsabilité que lorsque deux conditions sont réunies : le maître d'ouvrage est notoirement compétent et son intervention s'est manifestée par un ordre fautif refusant de prendre en compte les réserves expresses et précises de l'entrepreneur.

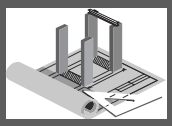
Trois cas permettant le refus d'exécuter un OS :

– l'article 15.22 du CCAG Travaux 1976 et l'article 15.2.2 du CCAG Travaux 2009 autorisent le **refus d'exécuter des travaux qui excèdent le dixième de la masse initiale des travaux** ;

– l'article 46.6 du CCAG Travaux 1976 permet à l'entrepreneur d'obtenir la résiliation du marché si, alors que le marché stipule que **les travaux doivent commencer sur un OS, cet ordre n'a pas été notifié dans le délai contractuel** (ou après six mois à défaut de délai contractuel). Ce droit d'obtenir la résiliation suppose qu'il refuse, dans le délai de quinze jours, d'exécuter l'OS notifié hors délai tout en demandant la résiliation du marché ; l'article 46.2.1 du CCAG Travaux 2009 prévoit, dans ces mêmes hypothèses, que le titulaire peut soit proposer au représentant du pouvoir adjudicateur une nouvelle date de commencement de réalisation des prestations du marché (aux conditions économiques du marché), soit demander, par écrit, la résiliation. Lorsque la résiliation est demandée par le titulaire, elle ne peut être refusée. Si ayant reçu l'ordre de commencer les travaux, le titulaire n'a pas, dans un délai de quinze jours, soit proposé une nouvelle date de commencement, soit demandé la résiliation, il est réputé, par son silence, avoir accepté d'exécuter les prestations aux conditions initiales du marché. Le CCAG Travaux 2009 précise également que lorsque la résiliation est prononcée à la demande du titulaire, celui-ci est indemnisé des frais et investissements éventuellement engagés pour le marché et nécessaires à son exécution. Il a deux mois pour présenter une réclamation par écrit ;

– à ces deux cas s'en ajoute **un troisième, en cas de non-paiement**, celui de l'article 49.2 du CCAG Travaux 2009 :

49.2.1 – Au cas où deux acomptes successifs n'auraient pas été payés, ***le titulaire peut****, trente jours après la date de remise du projet de décompte pour le*



11 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.

1. Caractéristiques

C'est l'article 1792-6 du Code civil qui en fixe le cadre juridique, tant pour les marchés privés que pour les marchés publics : *La réception est l'acte par lequel le maître de l'ouvrage déclare accepter l'ouvrage avec ou sans réserves. Elle intervient à la demande de la partie la plus diligente, soit à l'amiable, soit à défaut judiciairement. Elle est, en tout état de cause, prononcée contradictoirement*.

En marchés publics soumis au CCAG Travaux (1976 ou 2009), elle se déroule selon les étapes minutieusement organisées par son article 41.1.

La réception est un acte par lequel le maître d'ouvrage prend livraison et accepte les travaux achevés.

Elle est unique et prononcée en une seule fois.

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 (1976 ou 2009) prévoit que l'entrepreneur avise à la fois la personne responsable du marché et le maître d'œuvre, par écrit, de la date à laquelle il estime que les travaux ont été achevés ou le seront.

La réception peut être prononcée sans ou avec réserves si l'ouvrage est prêt à être utilisé ou occupé.

Elle peut porter sur la totalité des ouvrages ou une partie de ceux-ci. Dans ce cas, le marché doit contenir une clause en ce sens : réception par bâtiment, par tranche, par étage…

La réception intervient nécessairement dans les rapports entre le maître d'ouvrage et les entreprises titulaires du marché. Seuls les entrepreneurs liés par un contrat de louage d'ouvrage au maître d'ouvrage sont concernés.

Une réception des travaux entre l'entrepreneur principal et son sous-traitant n'a aucun effet à l'égard du maître d'ouvrage.

Mais si le sous-traitant ne participe pas à la réception, il devra être informé de sa date qui conditionne le délai pendant lequel sa responsabilité pourra être recherchée.

Rappel : l'article 2270-2 du Code civil (issu de l'ordonnance du 8 juin 2005) a réduit les délais d'action en responsabilité contre les sous-traitants. 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** ou (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**.

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 Fédération française du bâtiment/Fédération nationale des travaux publics (FFB/FNTP) (Société d'édition du bâtiment et des travaux publics [SEBTP], 6-14, rue La Pérouse, 75784 Paris Cedex 16) prévoient que, sauf dérogation exceptionnelle envisagée aux conditions particulières, la réception des travaux est simultanée pour tous les corps d'état, et qu'elle coïncide avec la réception prononcée par le maître d'ouvrage.

Travaux non achevés :

En principe, la réception suppose que les travaux soient achevés. Toutefois, il est admis par la jurisprudence que la réception peut intervenir **avant** achèvement des travaux, par exemple si l'entrepreneur **abandonne le chantier**. Pour admettre la réception de travaux non encore totalement achevés, la Cour de cassation recherche si, lors de la prise de possession par le maître d'ouvrage, **les travaux étaient en état d'être reçus**.

Afin de permettre la reprise du chantier par une autre entreprise, il convient d'avoir fixé ce qui a été fait par l'entreprise ayant quitté le chantier, généralement par un « constat d'avancement des travaux » (Cass. 3e civ., 12 juillet 1989).

À défaut de réception expresse, la réception intervient judiciairement.

Elle peut aussi, dans certaines circonstances, être tacite. La distinction entre réception judiciaire et réception tacite n'est pas évidente. Le juge peut en effet être amené à constater que le maître d'ouvrage a tacitement déjà accepté les travaux. Il est également susceptible de prononcer une réception à laquelle le maître d'ouvrage s'est abusivement opposé. Le terme de réception judiciaire devrait être réservé à cette seconde hypothèse, mais tel n'est pas toujours le cas.

2. Effets juridiques et financiers au regard du droit des marchés

2.1. Effets de la réception

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

– **arrête le cours du délai d'exécution** (et le cas échéant, la course des pénalités de retard) ;
– **couvre les vices**, malfaçons et défauts de conformité **apparents** et n'ayant pas fait l'objet de réserves ;
– **entraîne le transfert au maître d'ouvrage de la garde de l'ouvrage** et des risques qui y sont liés (le maître d'ouvrage prend alors la charge de la perte ou du dommage à l'ouvrage et l'entrepreneur est libéré de son obligation d'assurer la sécurité du chantier et des personnes qui s'y trouvent) ;
– **constitue le point de départ de la garantie légale de parfait achèvement** ;
– **constitue le point de départ** de la garantie de **bon fonctionnement** d'au moins deux ans ;
– **constitue le point de départ de la** garantie **décennale** ;
– **constitue** le point de départ du **délai de restitution de la retenue de garantie** ou de libération de la caution qui la remplace ;
– **rend exigible le solde des travaux** par la présentation des mémoires définitifs.

Le procès-verbal de réception doit être signé par le maître d'ouvrage. La signature de l'entrepreneur n'est pas indispensable. Si ce cadre n'est pas respecté, aucune réception ne vaut et aucun des effets de cette réception ne peut être tiré. **Un procès-verbal de réception signé de la seule entreprise titulaire n'a pas de valeur juridique** (CAA Nancy, 7 janvier 2008, société Alsametz).

Le Conseil d'État rappelle que **la réception** est l'acte par lequel le maître d'ouvrage déclare accepter l'ouvrage avec ou sans réserves et *qu'elle* ***met fin aux rapports contractuels*** *entre le maître d'ouvrage et les constructeurs* ***en ce qui concerne la réalisation de l'ouvrage*** (et qu'à ce titre, elle interdit au maître d'ouvrage d'invoquer après coup les désordres apparents dont serait affecté l'ouvrage) (CE, 6 avril 2007, centre hospitalier général de Boulogne-sur-Mer ; CE, 14 mai 2008, OPAC de la Seine-Maritime).

2.2. Effets du décompte général et définitif (DGD)

2.2.1 La réception est sans effet sur les droits et obligations financiers nés de l'exécution des travaux : le DGD

Non seulement l'arrêt du 6 avril 2007 « Centre hospitalier général de Boulogne-sur-Mer » rappelle que **la réception** est l'acte par lequel le maître d'ouvrage déclare accepter l'ouvrage avec ou sans réserves et *qu'elle* ***met fin aux rapports contractuels*** *entre le maître d'ouvrage et les constructeurs* ***en ce qui concerne***