

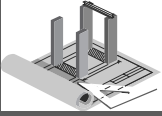
Pratique du droit de la construction

Marchés publics et privés

Sixième édition 2010

Patricia Grelier Wyckoff

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



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. 3^e 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