

MAÎTRISE DES RISQUES DES PROJETS DE CONSTRUCTION

GUIDE PRATIQUE POUR UN CONTRAT ÉQUILIBRÉ



ENTREPRISES
GÉNÉRALES DE
FRANCE • BTP

SOMMAIRE

Édito	1
Introduction : l'équilibre des contrats, un enjeu majeur dans la gestion des projets	2
1. Pièces contractuelles	12
2. Risques liés aux changements législatifs et réglementaires	14
3. Le forfait	16
4. Variation du prix : révision, actualisation	18
5. Compte prorata	20
6. Régime de la garantie de bonne fin	22
7. Régime de la retenue de garantie	24
8. Autorisations administratives	26
9. Risque amiante	28
10. Risque du sol avant travaux	30
11. Pollution des sols	32
12. Risque archéologique	34
13. Risque lié aux ouvrages et réseaux enterrés	36
14. Les avoisinants	38
15. Les troubles de voisinage	40
16. Modification des marchés publics	42
17. Risque lié aux OS exécutoires valorisés à zéro	44
18. Les causes légitimes de prolongation de délai	46
19. Conditions de paiement	48
20. La garde de l'ouvrage	50
21. Assurances et garanties contractuelles	52
22. Pénalités de retard et autres	54
23. Risque lié à la non levée des réserves	56
24. Règlement définitif des comptes	58
25. La garantie de parfait achèvement	60
26. Imprévision	62
27. Le BIM (Building Information Modeling)	64
28. Règlement des litiges	66
Conclusion : le suivi contractuel, un instrument au service de la maîtrise du projet	68

Ce guide rédigé par EGF.BTP est destiné à l'usage interne de ses membres. Il est rappelé que chaque membre du syndicat est bien évidemment libre de négocier comme il le souhaite, au mieux de ses intérêts et en tenant compte de ses propres objectifs stratégiques, les dispositions des contrats de travaux à conclure avec les maîtres d'ouvrage. À cet égard, le présent guide est purement informatif et non-contraignant.

Comité de rédaction piloté par Philippe de Lamarzelle (Demathieu Bard) : Mickaël Challancin (VINCI Construction France), Bernard Crost (GCC), Benoit Dallemagne (Bouygues Construction), Bruno Guigue (Spie batignolles), Jean-Marie Jacquier (Dodin Campenon Bernard), Sophie Jeannot (Demathieu Bard), Philippe Jubert (Razel Bec), Louis Deplanu (GCC), Norbert Larue (Spie batignolles), Stéphane Le Baut (VINCI Construction France), Bertrand Madamour (Eiffage Construction), Simon Merieux (Léon Grosse), Gwenaëlle Morgantini (Eiffage Construction), Ali Sylla (Spie batignolles), Nicolas Traversaz (Léon Grosse)

En pleine mutation, les contrats du secteur du BTP se complexifient et tendent à attribuer aux entreprises de construction des risques complexes parfois excessifs. Le syndicat des Entreprises Générales de France.BTP (EGF.BTP) s'est mobilisé pour analyser cette tendance, identifier les clauses figurant usuellement dans les marchés et en mesurer leur étendue.

Ce travail d'identification et d'évaluation des risques a permis d'aboutir à la rédaction d'un guide de 28 fiches pratiques - une par type de risque - comprenant pour chacun d'eux : la description du risque ; sa localisation dans le marché ; des exemples de clauses rencontrées ; l'état du droit ; et des préconisations permettant de centrer l'entreprise sur l'objet même de son marché.

Ce guide, qui se veut avant tout pédagogique, est mis à la disposition des entreprises et en particulier des équipes opérationnelles (études, commerciales et travaux) pour leur permettre de maîtriser les principaux risques et donc de mieux les appréhender. En favorisant le dialogue et la transparence, clients et partenaires veilleront lors de la mise au point des contrats à conserver un partage équitable des risques. Ce document contribuera - nous l'espérons - à développer des relations contractuelles équilibrées au service de la réussite des projets et au bénéfice de leurs maîtres d'ouvrage et des utilisateurs.



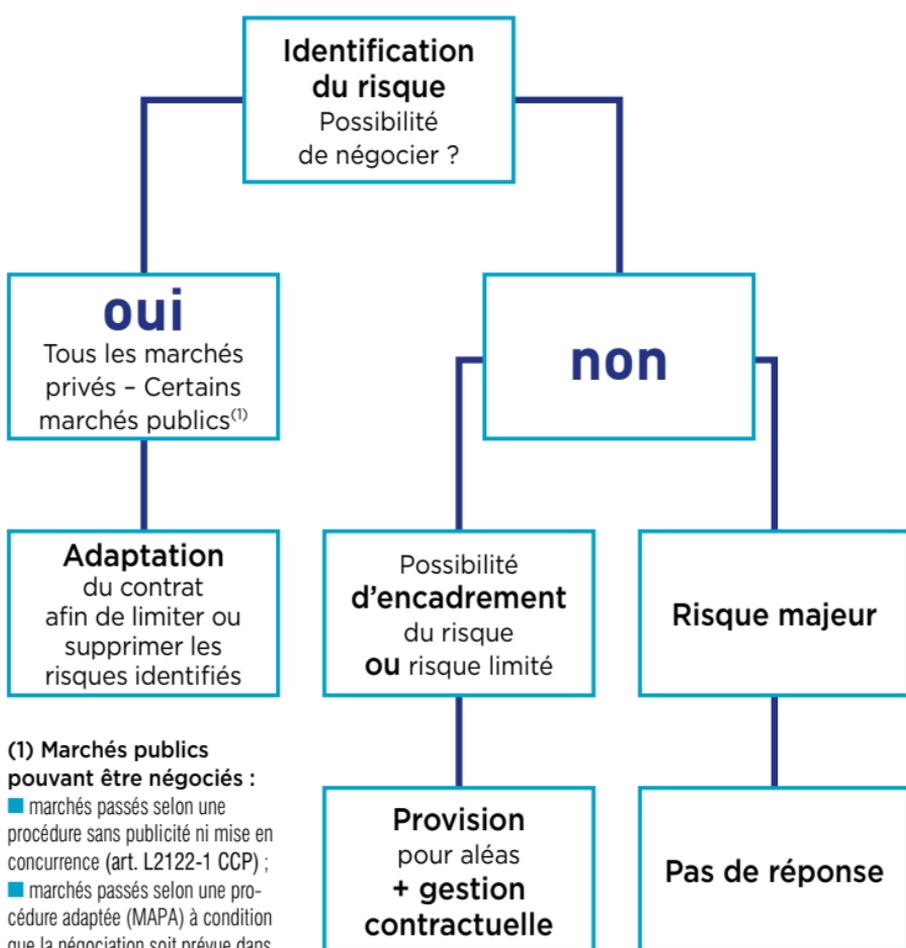
L'équilibre des contrats,

1. PRÉAMBULE

La gestion du risque contractuel doit être appréhendée dès la lecture du projet de marché, avant même la remise de l'offre. Les fiches de risques présentées dans le présent guide contiennent des préconisations quant aux négociations à mener avec les maîtres d'ouvrage dans l'objectif de signer des marchés plus équilibrés et qui ne feront pas porter par l'entreprise l'ensemble des risques liés à la réalisation de l'opération.

Pour que l'entreprise puisse négocier, cela suppose que la procédure de consultation le permette. Cela pose peu de difficultés en marchés privés, mais peut s'avérer plus compliqué, voire même impossible, en marchés publics.

En effet, en marchés publics, toutes les procédures de mise en concurrence ne permettent pas la négociation. Par conséquent, avant d'amorcer toute négociation, il appartient à l'entreprise de déterminer le type de marché en cause ainsi que sa procédure de passation.



(1) Marchés publics pouvant être négociés :

- marchés passés selon une procédure sans publicité ni mise en concurrence (art. L2122-1 CCP) ;
- marchés passés selon une procédure adaptée (MAPA) à condition que la négociation soit prévue dans les documents de la consultation (art. L2123-1) ;
- marchés passés selon une procédure avec négociation (art. L2124-3 CCP) ;
- dialogue compétitif (art. L2124-4 CCP).

Il est essentiel de souligner que l'identification des risques contractuels doit être opérée dès la consultation, en amont de la signature du marché. Cette démarche permet de négocier utilement les clauses du marché afin de supprimer ou de limiter les risques identifiés.

un enjeu majeur dans la gestion des projets

2. MARCHÉ PUBLIC

Procédures et négociation

Contrairement aux idées reçues, la négociation est légitime en marché public. En effet, la majorité des procédures de passation des marchés publics permet la négociation et la direction des Affaires juridiques de Bercy (DAJ) précise les éléments négociables⁽¹⁾.

Les procédures permettant la négociation

Les procédures qui permettent la négociation sont les suivantes :

- **Procédure sans publicité ni mise en concurrence** (art. L 2122-1 code de la Commande publique, ci-après « CCP ») : cette procédure spécifique est applicable dans des cas fixés par décret en Conseil d'État notamment lorsque en raison de l'existence d'une première procédure infructueuse, d'une urgence particulière, de son objet ou de sa valeur estimée, le respect d'une procédure de publicité et de mise en concurrence préalable est inutile, impossible ou manifestement contraire aux intérêts de l'acheteur. Cette procédure permet la négociation. La DAJ précise que cette négociation implique l'engagement de discussions entre l'acheteur et l'opérateur sélectionné, dans le seul but d'obtenir de meilleures conditions dans la conclusion du marché.
- **Marchés à Procédure Adaptée (MAPA)** (art. R 2123-5 CCP) : la négociation est possible si et seulement si le règlement de consultation le prévoit. C'est le règlement de la consultation qui définira les règles et les modalités de la négociation.
- **Procédure avec négociation** (art. R 2123-5 CCP) : il s'agit d'une procédure formalisée qui permet au maître d'ouvrage de négocier les conditions du marché public avec une ou plusieurs entreprises. Les conditions de la négociation sont définies par le règlement de consultation.
- **Dialogue compétitif** (art. L 2124-4 CCP) : le maître d'ouvrage a recours à cette procédure quand il ne peut pas établir les moyens techniques, le montage juridique ou financier nécessaire pour répondre à son besoin. Il définit son besoin dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans un projet partiel pour lui permettre de sélectionner les candidats. Le maître d'ouvrage ouvre ensuite un dialogue avec les candidats retenus pour développer une ou plusieurs solutions sur la base desquelles les candidats remettent une offre.

(1) : DAJ, Fiche technique « Les marchés sans publicité ni mise en concurrence préalables » mise à jour le 01/04/2019
DAJ, Fiche technique « Les marchés publics à procédure adaptée et autres marchés publics à faible montant » mise à jour le 01/04/2019
DAJ, Fiche technique « La procédure avec négociation » mise à jour le 01/04/2019

L'équilibre des contrats :

Les procédures ne permettant pas la négociation

Certaines procédures applicables en marché public excluent la négociation :

- **Appels d'offres ouverts ou restreints** (art. L 2124-2 CCP) : il s'agit de la procédure par laquelle l'acheteur choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats.
- **Marchés à procédure adaptée** (MAPA) : lorsque le règlement de consultation ne prévoit pas de négociation ou l'exclut expressément.

Les éléments négociables en marché public

La DAJ met en garde les acheteurs publics contre les pratiques de marchandage et rappelle les dangers liés au fait d'exiger de l'entreprise des « rabais irréalistes » sur les prix. En effet, de telles pratiques peuvent conduire à la conclusion ultérieure de coûteux avenants, voire à la défaillance de l'entreprise.

Par conséquent, il convient d'être vigilant lors de la conduite des négociations pour limiter ou encadrer les risques contractuels.

Sous réserve de mentions différentes au règlement de la consultation, la négociation peut porter sur l'ensemble du contenu des offres et des documents de la consultation à l'exception, pour certains acheteurs (les pouvoirs adjudicateurs⁽¹⁾, des exigences minimales⁽²⁾ et des critères d'attribution (art. R 2161-17 CCP).

La négociation peut ainsi porter sur :

- **le prix ou ses éléments** : par exemple le coût d'acquisition, le coût de stockage ou de transformation, le prix des accessoires, des options, des pièces de rechange, des garanties, de l'entretien, de l'assurance, du transport, etc. ;
- **la quantité** : peuvent être négociées la quantité nécessaire, la fréquence des commandes, la structure des remises accordées, etc. ;
- **la qualité** : peuvent être négociés la qualité, suffisante ou, au contraire, surestimée au regard des besoins, son incidence sur le prix, si le niveau de qualité demandé est modifié à la hausse ou à la baisse ;
- **le délai** : peuvent être négociés l'incidence sur le prix des exigences en terme de délai, la part du transport et des formalités diverses, etc. ;

(1) : Les pouvoirs adjudicateurs recouvrent trois catégories de personnes : les personnes morales de droit public, les personnes morales de droit privé poursuivant une mission d'intérêt général et contrôlées ou financées principalement sur fonds publics et les personnes morales de droit privé dotées de la personnalité juridique constituées par des pouvoirs adjudicateurs dans le but de réaliser certaines activités en commun.

(2) : Article R2161-13 CCP : ces exigences doivent être suffisamment précises pour permettre aux entreprises de déterminer la nature et la portée du marché public et de décider de participer à la procédure.

un enjeu majeur dans la gestion des projets

- **les garanties de bonne exécution du marché** (pénalités, résiliation...).

3. MARCHÉS PRIVÉS

En droit privé, le principe est la liberté contractuelle.

Les marchés privés sont donc par nature négociables et nécessitent un dialogue entre les parties pour leur conclusion. Le Code civil pose les principes de cette négociation. Selon l'article 1102 du Code civil « Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son co-contractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. ».

Le Code civil rappelle également que les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi (art. 1104 du Code civil). Cette disposition est d'ordre public, on ne peut donc y déroger par une clause du contrat.

L'entreprise dispose donc d'un droit légitime à refuser ou à négocier les contrats qui lui sont proposés.

Ces principes sont fondamentaux mais ce ne sont pas les seuls. En effet, le Code civil condamne les clauses créant un déséquilibre significatif dans les contrats d'adhésion (A) et sanctionne les manquements au devoir d'information (B).

Les clauses créant un déséquilibre significatif dans les contrats d'adhésion

Le contrat d'adhésion est un contrat qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties (art. 1110 du Code civil), ce qui signifie que les clauses contractuelles sont imposées à l'un des co-contractants qui n'a d'autre choix que de les accepter en contractant ou de les refuser en ne contractant pas.

Cela peut être le cas de certains marchés privés pour lesquelles aucune possibilité de négocier n'a été offerte à l'entreprise. Pour contrer le risque de qualification en contrat d'adhésion, certains contrats précisent d'ailleurs que le marché a été librement négocié et qu'il ne peut s'agir d'un contrat d'adhésion.

Il faut être vigilant quant à ce type de clause qui pourrait laisser à penser que le contrat a été négocié, même s'il ne l'a pas été en réalité.

Lorsque le marché privé est qualifié de contrat d'adhésion, toute clause non négociable ou négociée, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite (art. 1171 du Code civil). Étant précisé que l'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation.

L'équilibre des contrats :

Cette disposition qui se veut protectrice pour le cocontractant à qui le contrat est imposé sans négociation possible, nécessite malgré tout l'intervention d'un juge pour être mise en œuvre.

Le plus simple et le plus protecteur pour chacune des parties reste donc la négociation, dans l'objectif de recherche d'un équilibre contractuel entre les parties.

Le devoir d'information

Le devoir d'information est un devoir général indépendant de l'obligation de bonne foi, à la charge des cocontractants dès la phase précontractuelle.

Le devoir d'information implique que la partie qui aurait connaissance d'une information déterminante pour la conclusion du contrat, en informe l'autre partie.

L'information qui doit être transmise est celle dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre, c'est-à-dire les éléments sans lesquels la partie concernée n'aurait pas contracté (art. 1112-1 du Code civil). Selon le Code civil, les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties (art.1112-1 alinéa 3) ont une importance déterminante. En revanche, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation (art.1112-1 alinéa 2).

Ces dispositions sont d'ordre public, il n'est donc pas permis d'y déroger par une clause du contrat.

Le devoir d'information constitue donc une protection pour l'entreprise mais l'ignorance de cette dernière doit être légitime. En effet, chacune des parties a l'obligation de se renseigner.

4. CONTENU D'UN MARCHÉ

Le marché est constitué d'un ensemble de pièces qui forment un tout indissociable et indivisible. Comme précité, le marché doit être le résultat de discussions et négociations qui doivent refléter la commune intention des parties.

L'acte d'engagement est la pièce majeure d'un marché, suivi des CCAP, CCTP ou descriptifs techniques, plans, planning, permis de construire... complétés d'autres pièces qui sont fonction de la nature et des spécificités du contrat.

Dans le cadre de son analyse, le contrat peut être divisé en 10 grandes rubriques. Ces rubriques constituent les points essentiels de l'analyse de risques contractuels et de la qualification ou de la négociation qu'il s'en suivra.

- Pièces contractuelles dont le mémoire technique (sous réserve de l'avoir intégré cf. point 5) ;
- planning ;
- pénalités ;
- prix et conditions de paiement ;

un enjeu majeur dans la gestion des projets

- risques juridiques & responsabilités ;
- garanties & assurances ;
- conditions de réception ;
- mesures coercitives ;
- gestion des différends ;
- risques spécifiques.

Si tous ces items de qualification ou de négociation sont importants, certains sont néanmoins majeurs au regard de la définition du contrat d'entreprise et de la nature de l'activité de constructeur.

Pièces contractuelles - consistance des travaux

La notion de pièces contractuelles est primordiale dans la relation entre un maître d'ouvrage et une entreprise. Elle constitue le socle de l'engagement des parties, en termes de nature et d'étendue des prestations que l'entreprise a intégré dans son prix.

Lorsqu'une pièce est contractualisée, elle peut être opposée par chacune des parties à l'autre partie. En cas d'événement ayant pour objet ou pour effet la modification de l'une d'elles lors de l'exécution du marché, les parties devront en analyser les conséquences sur les conditions d'exécution du contrat (travaux modificatifs, prolongation de délai, avenant en plus-value...).

Si la pièce n'est qu'indicative, quand bien même est-elle citée dans le contrat, elle n'entre pas dans la prévision des parties, mais l'entreprise ne peut l'ignorer. C'est une manière pour le maître de l'ouvrage de ne pas s'engager sur son exactitude et son exhaustivité et ainsi de transférer la responsabilité de la vérification sur l'entreprise qui devra alors diligenter toutes études complémentaires afin de vérifier les informations recelées dans cette pièce dite indicative. En outre, le régime de modification contractuelle précité n'aura pas lieu d'être si la pièce n'est qu'indicative. S'agissant de la règle du jeu entre les parties, les pièces contractuelles devront être cohérentes dans la façon de les interpréter.

La hiérarchisation des pièces est fondamentale, de même que les règles d'interprétation à utiliser en cas de contradiction ou ambiguïté d'analyse entre deux pièces de même rang.

Prix et conditions de paiement

Le prix est bien entendu un autre élément majeur de l'engagement de l'entreprise.

Dans les CCAP, il convient d'être très attentif à la clause « contenu du prix », la clause « pièces contractuelles » ou encore la clause « travaux modificatifs », qui

L'équilibre des contrats :

entraînent souvent et de façon complémentaire une sorte d'intangibilité du prix, allant au-delà des règles de droit commun du forfait.

En marché privé, l'article 1793 du Code civil pose le principe de l'immutabilité du prix convenu dans les marchés à forfait c'est-à-dire qu'une fois fixé, ce prix ne peut être modifié sauf accord écrit des parties.

En marché public, l'article R 2112-6 prévoit le caractère forfaitaire des prix. La DAJ précise que dans le cadre d'un marché public à prix forfaitaire, « l'acheteur ne peut pratiquer une réfaction sur le prix en cas de diminution des quantités mises en œuvre. À l'inverse, l'entreprise ne peut obtenir de supplément de prix au motif que les quantités livrées pour la prestation sont supérieures à celles qu'il avait prévue ». Par conséquent, le prix doit être l'exact reflet de la consistance des travaux.

Néanmoins, en cas d'évolution de la nature et de l'étendue des travaux non prévue contractuellement, ni prévisible au regard des pièces contractuelles, l'entreprise doit pouvoir bénéficier du régime de modification du contrat dont les clauses sont négociables (travaux modificatifs, changement législatif ou réglementaire, sujétions techniques imprévues...).

Les conditions de paiement doivent respecter la trésorerie des entreprises et ne pas devenir une arme venant indirectement et doublement sanctionner des éventuelles non-conformités, retards ou désaccords sur le décompte final. Toutes les sommes reconnues par le maître d'ouvrage doivent être réglées sous la seule et unique réserve et limite d'éventuelles retenues ou pénalités contractuelles justifiées.

Planning

Le planning est une notion que les maîtres d'ouvrages souhaiteraient intangible. Or, ce dernier a vocation à évoluer constamment en fonction des événements dont tous ne sont pas du fait de l'entreprise et sur lesquels cette dernière n'a pas de prise.

Au-delà de la bonne définition du planning sur la base duquel les prix ont été établis, il convient d'éviter de modifier ce planning en période de préparation et de bien analyser les cas donnant droit à une prolongation de délai (causes légitimes) en cours d'exécution du contrat, en évitant les dérogations expresses au CCAG travaux et à la Norme NFP 03-001.

Pénalités

Le régime des pénalités constitue un point important du calibrage du risque de l'entreprise au regard du planning

un enjeu majeur dans la gestion des projets

et des causes légitimes de prolongation de délai. À ce titre, il est préférable que les pénalités soient plafonnées, à défaut de quoi l'entreprise sera confrontée à une sanction indéfinie.

Par définition, elles ont une double nature comminatoire et indemnitaire. À ce titre, elles constituent une clause qui devrait entraîner un effet libératoire réputé réparer de façon forfaitaire le préjudice subi par le maître d'ouvrage.

Malgré le fait que cette clause puisse faire l'objet d'une révision par le juge lorsqu'elle apparaît excessive ou dérisoire, de telle sorte qu'elle pourra être réduite au préjudice réellement subi ; du fait de l'aléa judiciaire, l'entreprise doit veiller à ce que les pénalités restent proportionnées par rapport au manquement qu'elles ont pour objet de sanctionner. Le cumul de toutes les pénalités, quelle que soit leur nature, sera intégré dans un plafond unique et éventuellement dans une clause limitative de responsabilité.

5. LES SOLUTIONS ALTERNATIVES À LA NÉGOCIATION

Lorsque la négociation est impossible ou qu'elle n'aboutit pas, d'autres solutions peuvent être mises en œuvre afin d'encadrer et/ou de limiter le risque contractuel.

Le principe des questions-réponses avec le maître d'ouvrage

Avant la signature du contrat, il est permis en marchés privés et en marchés publics de poser des questions au maître d'ouvrage afin d'obtenir des précisions sur le contenu du marché. Certains marchés précisent alors, notamment dans le règlement de la consultation, les modalités d'échanges entre le maître d'ouvrage et les candidats.

En marché public, ces échanges doivent, dans la majorité des cas, se tenir sur une plateforme de dématérialisation⁽¹⁾, l'acheteur peut alors décider d'anonymiser la question et d'y répondre de manière collective.

Ces informations complémentaires peuvent alors permettre aux entreprises de circonscrire le risque.

La qualification de l'offre

En cas d'incertitude sur le contenu ou sur l'étendue des pièces et informations résultant du DCE, il conviendra de se faire préciser, en cours de consultation, les points singuliers, de demander des informations complémentaires (nouvelles données ou clarifications) et de vérifier la cohé-

(1) : Obligatoire pour les procédures de passation des marchés publics dont la valeur du besoin estimé est égale ou supérieure à 25.000 euros (HT) art. L 2132-2 CCP, voir exceptions art. R 2132-12 CCP

L'équilibre des contrats :

rence des données d'entrée avant de « qualifier son offre ». Cette pratique de qualification de l'offre permet d'émettre des réserves dans le mémoire technique ou dans une annexe à l'offre afin de préserver les droits de l'entreprise.

Pour que la qualification de l'offre soit opérante, il faut veiller à intégrer le mémoire technique aux pièces contractuelles, au mieux en l'annexant à l'acte d'engagement, à défaut à une place favorable dans la hiérarchie des pièces (cf. fiche n°1 « pièces contractuelles »). Cela permettra de justifier le prix de l'offre car celui-ci intégrera l'aléa objet de la réserve.

À défaut, en cas de réalisation du risque identifié dans les réserves, la qualification de l'offre peut avoir pour conséquence négative d'empêcher l'entreprise de se prévaloir ultérieurement de la théorie des sujétions techniques imprévues. Il est donc essentiel d'intégrer le mémoire technique aux pièces contractuelles.

La phase de mise au point

La mise au point du marché permet de dialoguer avec le maître d'ouvrage afin de procéder à la modification des documents de la consultation pour tenir compte et contractualiser les réponses apportées aux demandes de précisions administratives ou techniques. À l'issue de cette phase, les parties disposeront de documents complets, ce qui facilitera l'exécution de leurs obligations contractuelles. En marché privé, les modalités de la mise au point sont libres conformément au principe de liberté contractuelle.

En marché public, la technique de la mise au point est encadrée et limitée⁽¹⁾. Elle peut permettre de préciser certains éléments du marché public, de corriger certaines erreurs matérielles ou d'effectuer de légères modifications. À l'issue de ces discussions, les parties peuvent remplir puis signer un formulaire mis en ligne par la DAJ qui peut être utilisé dans le cadre de toute procédure passée en application du CCP (Formulaire OUV 11 « mise au point »).

Cependant, la phase de mise au point doit être utilisée avec précautions en marché public : elle permet certes de modifier les composantes du marché mais ces modifications ne doivent pas remettre en cause les caractéristiques substantielles de l'offre ni le classement des offres. À défaut, la mise au point peut être qualifiée d'abusive et être sanctionnée par le juge, notamment dans le cadre d'un recours d'un candidat évincé.

(1) : Art. R 2152-13 CCP

un enjeu majeur dans la gestion des projets

6. LA PRISE EN COMPTE DU RISQUE

Lorsque le risque n'a pu être limité ou encadré soit par le biais d'une négociation soit par les solutions alternatives, celui-ci doit être pris en compte afin de sécuriser les intérêts de l'entreprise.

Ces solutions ne sont à envisager qu'à condition que le risque soit limité car il est conseillé, en cas d'identification d'un ou plusieurs risques majeurs, de ne pas répondre au marché.

La répercussion partielle ou totale du risque aux cocontractants

Le risque, une fois identifié, peut éventuellement être répercuté de manière totale ou partielle aux cocontractants (cotraitants ; sous-traitants).

Il est alors nécessaire d'être attentif à la rédaction des contrats conclus pour l'exécution de ce marché afin de transférer ce risque dans leurs clauses (conventions de groupement et contrats de sous-traitance).

La valorisation du risque

Enfin, lorsque la négociation est impossible et/ou que les solutions alternatives n'ont pu être mises en œuvre, il est nécessaire de provisionner le risque pour aléas. Ces provisions permettront à l'entreprise de supporter, au moins en partie, les charges résultant de la survenance du risque.

1

PIÈCES CONTRACTUELLES

1. DESCRIPTION DU RISQUE

Certains marchés ne comportent pas d'ordre de préséance des pièces, font référence à deux CCAG (CCAG travaux et NFP 03.001 par ex.), décrivent un ordre de préséance incohérent ou encore laissent la possibilité au maître d'ouvrage de choisir la disposition qui lui est la plus favorable. Par ailleurs, certains marchés distinguent les pièces dites contractuelles (particulières et générales)

et les pièces dites indicatives. Les pièces indicatives ne relevant pas du contenu du marché n'ont donc pas force de «loi» entre les parties, leur modification n'entraîne pas de modification du forfait.

2. OÙ TROUVER L'INFORMATION DANS LE MARCHÉ

■ *Chapitres « Pièces contractuelles - ordre de préséance » du CCAP.*

3. EXEMPLES DE CLAUSES RENCONTRÉES

Deux « CCAG » applicables :

- le cahier des clauses administratives générales (CCAG) applicable aux marchés privés des travaux du bâtiment (NP P03-001) ;
- le CCAG applicable au marché est le cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux approuvé par l'arrêté du 8 septembre 2009 (publié au JO du 1^{er} octobre 2009).

Un ordre de préséance incohérent

Art. 1.5.1.2 et 1.6 CCAP : le permis de construire est la 5^e pièce juste après le CCAP.

Effet cliquet bouleversant l'ordre de préséance des pièces : « toutes les prestations (qu'elles soient techniques et/ou fonctionnelles) proposées par le titulaire à un moment quelconque de la conception ou de l'exécution de l'ouvrage, et présentant un niveau de performance supérieure à celui des pièces contractuelles (dont le programme) sont réputées acquises par le maître d'ouvrage. »

4. L'ÉTAT DU DROIT

Marché public

■ Article 4.1 du CCAG travaux 2009 en vigueur au 1^{er} avril 2014 quand applicable.

Marché privé

■ Article 4.3 de la norme NFP 03.001 du 20 octobre 2017 quand applicable.

5. PRÉCONISATIONS

- Vérifier que les documents de référence (administratifs et techniques) sont en cohérence avec la nature du marché et correctement définis.
- Vérifier l'existence et la cohérence d'un ordre de préséance des pièces, en ce comprises les annexes.
- Signaler au MOA les incohérences dans le cadre des questions/réponses par exemple (des incohérences peuvent être préjudiciables pour l'ensemble des parties au marché).
- Négocier que les pièces indicatives deviennent contractuelles.
- Répartir entre les acteurs les impacts de l'effet cliquet et en tenir compte dans le management du projet.

2

RISQUES LIÉS AUX CHANGEMENTS LÉGISLATIFS ET RÉGLEMENTAIRES

1. DESCRIPTION DU RISQUE

De nombreux marchés prévoient que les travaux et l'éventuelle conception réalisés au titre du marché devront respecter la réglementation en vigueur. Parfois sans autre précision, parfois en précisant qu'il s'agit de la réglementation applicable au moment de la réception de l'ouvrage.

Il est donc demandé à l'entreprise de prendre le risque lié au changement de législation, réglementation et normes qui étaient applicables au moment de l'établissement du prix contractuel, ce dans le cadre du prix.

2. OÙ TROUVER L'INFORMATION DANS LE MARCHÉ

■ *Chapitres « Pièces contractuelles - Causes légitimes - Conditions d'exécution, Obligations du titulaire - Contenu du Prix » du CCAP - Matrice de risques.*

3. EXEMPLES DE CLAUSES RENCONTRÉES

« Si le changement de loi ou de réglementation générant des modifications des prestations du contrat se produit jusqu'à l'obtention des autorisations administratives, leurs conséquences financières sont supportées par le titulaire.

« (...) Le titulaire s'engage à : (...) à se conformer à ses frais et en tout temps à la législation applicable et aux règles de l'art ; (...) »

« Pendant toute la durée d'exécution du marché, le titulaire a l'obligation de respecter la législation et la réglementation en vigueur. En cas de changement de législation ou de réglementation intervenant avant la date de dépôt du permis de construire ou de la déclaration préalable, le titulaire en supportera toutes les conséquences financières. (...) »

4. L'ÉTAT DU DROIT

Article 1, 2 et 6 du Code civil

Marché public

■ Article 6 et 7 CCAG travaux 2009 en vigueur au 1^{er} avril 2014 : Protection de la main d'œuvre et conditions de travail et sur la protection de l'environnement.

Marché privé

■ Article 9.3 norme NFP 03-001 : variation des charges légales et/ou réglementaires

■ Article 11.1.3 norme NFP 03-001 : changement dans la nature des travaux

■ Article 11.3.1 norme NFP 03-001 : travaux sur injonction administrative

5. PRÉCONISATIONS

■ Préciser la date de législation applicable dans le contrat. Privilégier une date correspondant à la remise de l'offre et au plus tard la date de signature ou de notification du contrat.

■ Éviter les clauses qui imposent la prise en charge de tous les changements législatifs ou qui imposent de respecter la « législation en vigueur » sans autre précision et/ou sans que les conséquences en termes de coût et de délai ne soient réglées.

■ Intégrer les cas de changements de législation applicable dans la liste des causes légitimes donnant droit à supplément de prix (en cas de travaux modificatifs ou supplémentaires nécessités par le changement législatif) et prolongation de délai.

■ Définir très largement la notion de législation et/ou réglementation : par exemple « désigne tout décret, résolution, loi, texte législatif, acte, ordonnance, règle, directive (dans la mesure où cette dernière a force de loi), circulaire notamment en matière douanière ou en matière fiscale, arrêté, traité, code ou réglementation, norme ou toute interprétation de ce qui précède, tels qu'adoptés, émis ou promulgués par toute autorité publique française, y compris tout amendement, modification, extension, remplacement ou réadoption de ceux-ci et tout(e) injonction ou jugement définitif non susceptible d'appel de toute autorité publique française compétente à l'égard de l'affaire en question ».

3

LE FORFAIT

1. DESCRIPTION DU RISQUE

Au titre de l'article 1793 du Code civil pour que le prix puisse être forfaitaire, il faut que la construction soit envisagée selon « un plan arrêté et convenu avec le maître de l'ouvrage », dans un délai convenu, avec des données d'entrée précises permettant d'apprécier clairement le niveau de risque et de prix. Pourtant, les maîtres d'ouvrage ont tendance à insérer dans le forfait nombre de sujétions techniques, incomplètes ou imprécisions que les études réalisées préalablement à la consultation des entreprises ne permettent

pas de déceler, voire à stipuler que la liste des sujétions techniques incluses dans le prix n'est pas exhaustive.

Les maîtres de l'ouvrage tentent de faire supporter à l'entreprise l'ensemble des aléas qui peuvent se manifester en cours d'exécution des travaux, quand bien même ceux-ci n'étaient pas décelables au moment de la signature du marché.

2. OÙ TROUVER L'INFORMATION DANS LE MARCHÉ

■ *Chapitres « Prix » ou « Contenu du prix » ou « Forme du prix » du CCAP, voire de l'acte d'engagement.*

3. EXEMPLES DE CLAUSES RENCONTRÉES

« Après la signature du marché, le titulaire ne peut en aucune façon arguer de l'absence ou de l'insuffisance des informations ou des renseignements qui lui ont été communiqués par le pouvoir adjudicateur. Le titulaire ne peut donc se dispenser d'exécuter tout ou partie des travaux, ne peut pas demander de modification des conditions d'exécution du marché et ne peut demander en cours d'exécution un supplément de rémunération ou une modification du calendrier, en particulier de la date contractuelle de fin des travaux. »

« Dans le cadre de son obligation de résultat, le titulaire est réputé avoir intégré dans son prix toutes sujétions techniques et tous les travaux, y compris ceux qui ne sont pas explicitement décrits. »

4. L'ÉTAT DU DROIT

Marché public

■ Articles L.2112-6 et R.2112-6 du code de la Commande publique entré en vigueur le 1^{er} avril 2019, et article 10 du CCAG Travaux 2009 en vigueur au 1^{er} avril 2014.

Marché privé

■ Article 1793 du Code civil, et article 9.4.1 de la norme NF P03-001 du 20 octobre 2017.

5. PRÉCONISATIONS

- Veiller à la suppression des clauses faisant porter à l'entreprise la responsabilité des conséquences liées aux erreurs et omissions contenues dans les pièces contractuelles.
- Veiller à l'adéquation des sujétions techniques incluses dans le prix avec les données d'entrée fournies au dossier de consultation des entreprises.
- Éviter le caractère non-exhaustif de la liste des sujétions comprises dans le prix.
- Exiger que les documents soient intégrés dans les pièces contractuelles et non simplement fournis à titre indicatif, sans responsabilité de celui qui les communique.
- Proposer l'introduction dans le contrat d'une mention selon laquelle le prix comprend « toutes les sujétions d'exécution des travaux **normalement** prévisibles au regard des pièces contractuelles ».

4

VARIATION DU PRIX : RÉVISION, ACTUALISATION

1. DESCRIPTION DU RISQUE

L'actualisation du prix d'un marché doit permettre de compenser les variations économiques survenues entre la date de fixation du prix et le démarrage effectif des travaux.

La révision du prix permet de tenir compte des variations économiques au cours de l'exécution du marché et ainsi garantir l'équilibre économique initial du contrat. Les conditions de la révision doivent être prévues dans le marché (dates et formules de révision).

Le défaut d'actualisation ou de révision expose l'entreprise à devoir supporter les aléas économiques (mouvements de prix brusques et imprévisibles du coût des matériaux notamment), ce qui peut impacter significativement la marge, voire générer une perte.

Rappel des définitions :

Ferme = le prix est invariable.

Actualisable = compensation des variations économiques entre la date de fixation du prix et le début d'exécution (obligatoire en marché public si plus de 3 mois s'écoulent entre la date d'établissement du prix dans l'offre et la date de début des prestations).

Révisable = compensation des variations de prix tout au long de l'exécution du marché (obligatoire pour les marchés publics de plus de 3 mois).

2. OÙ TROUVER L'INFORMATION DANS LE MARCHÉ

- *Acte d'engagement ;*
- *article « Prix » ou « Variation du prix » du CCAG/CCAP.*

3. EXEMPLES DE CLAUSES RENCONTRÉES

- Prix ferme sans qu'une clause d'actualisation n'ait été prévue (marché public).
- Formules de révision absconces ou erronées.
- Formules de révision construites sur la base d'indices inadaptés.
- Clause de révision ou d'actualisation inadaptée (mauvais copier-coller d'un autre marché par ex.).

4. L'ÉTAT DU DROIT

Marché public :
si le marché est passé à prix ferme, il est obligatoirement actualisable (Art. R 2112-10 du code de la Commande publique entré en vigueur le 1^{er} avril 2019.). L'actualisation n'est effective que s'il s'écoule plus de trois mois entre la date à laquelle le candidat a fixé son prix dans

l'offre et la date de début d'exécution des travaux.

■ Article 10.4 CCAG Travaux 2009 en vigueur au 1^{er} avril 2014 lorsque applicable.

Marché privé

Le marché peut être :

- actualisable
- révisable
- actualisable et révisable
- ni l'un ni l'autre

■ Article 9.4 de la norme NF P03-001 du 20 octobre 2017.

5. PRÉCONISATIONS

■ En marchés publics, si le prix est ferme et que le principe de l'actualisation a été omis, un avenant s'impose.

■ S'assurer avant la signature du marché que les formules soient cohérentes et que les indices utilisés aient un lien direct avec la nature des travaux exécutés.

- en cas d'actualisation, privilégier une formule d'actualisation sans partie fixe (préconisation de la direction des Affaires juridiques de Bercy, cf. guide « le prix dans les marchés publics », édition avril 2013) ;
- en cas de révision, limiter autant que possible la partie fixe.

5

COMPTE PRORATA

1. DESCRIPTION DU RISQUE

Certains marchés comportent des clauses permettant au maître d'ouvrage ou au maître d'œuvre de faire réaliser certaines prestations sans rapport avec les dépenses communes, souvent pour palier des insuffisances d'organisation ou de surveillance de chantier. Le gestionnaire du compte prorata (la plupart du temps le lot gros œuvre)

engage la majeure partie des dépenses de compte prorata et rencontre des difficultés en fin de chantier à se faire payer par certaines entreprises titulaires d'autres lots.

2. OÙ TROUVER L'INFORMATION DANS LE MARCHÉ

- *CCAP et / ou CCTC et / ou PGC ;*
- *convention de compte prorata.*

3. EXEMPLES DE CLAUSES RENCONTRÉES

« En cas de prestations imprévues relevant de l'intérêt général, l'entrepreneur titulaire du lot gros œuvre, ou tout entrepreneur désigné par le maître d'œuvre d'exécution devra réaliser les travaux nécessaires sur instructions du maître d'œuvre d'exécution. Les dépenses correspondantes seront imputées au compte prorata. »

« Déplacement ou remaniement des installations provisoires autant que de besoin à charge du compte prorata » alors que les informations du DCE ne prévoyaient aucun déplacement ni modification.

« Vols et dégradations de provenances indéterminées, à charge du compte prorata. »

Absence de clause de protection du gestionnaire du compte prorata.

4. L'ÉTAT DU DROIT

Marché public

■ Le CCAG Travaux ne fait aucune mention du compte prorata de chantier. Il est juste indiqué à l'article 10.1
Contenu des prix : « Les prix ... sont réputés tenir

compte de toutes les sujétions d'exécution des travaux... »

Marché privé

■ Norme NFP 03 001, article 14 – Dépenses d'intérêt commun et compte prorata (ainsi que les annexes A, B et C).

5. PRÉCONISATIONS

■ Négocier de façon à faire retirer du marché toute clause ayant pour but de faire réaliser sur le compte prorata :

- des travaux entrant dans l'ouvrage définitif et objets des marchés des entreprises ;
- des prestations non prévisibles même relatives aux prestations d'intérêt commun ;
- des réparations de vols ou dégradations d'ouvrages relevant de la responsabilité de chaque entreprise jusqu'à réception ;
- des éléments liés au SPS.

■ Négocier de façon à prévoir que les prestations non intégrées au listing ne pourront pas être imputées au gestionnaire du compte prorata.

■ Demander la signature préalable d'une convention de compte prorata : l'objectif est donc de négocier que les prescriptions du marché le prévoient.

■ Prévoir la fixation d'un seuil/plafond pour gérer le risque en cas d'allongement de délai.

■ Faire porter mention dans les pièces communes du marché de l'impossibilité pour le maître d'ouvrage de solder les paiements aux entreprises qui n'ont pas fourni quitus du gestionnaire du compte prorata.

■ Si possible faire mentionner :

- le paiement par le maître d'ouvrage des soldes non honorés par les entreprises (prévoir que ces sommes soient retenues sur les paiements des décomptes des entreprises concernées)
- la prise en charge par le maître d'ouvrage des soldes dus par les entreprises défailtantes.

6

RÉGIME DE LA GARANTIE DE BONNE FIN

1. DESCRIPTION DU RISQUE

Les marchés de travaux peuvent prévoir l'application d'une garantie de bonne fin à la charge de l'entreprise. Cette garantie est très peu encadrée par des dispositions légales ou réglementaires. Il convient donc de redoubler de vigilance quant à la rédaction des clauses qui organisent son émission. La garantie de bonne fin a pour objet de garantir au maître de l'ouvrage la bonne fin des travaux qu'il a commandés, en cas de défaillance de l'entreprise et ce, en prenant en charge le coût des mesures nécessaires au bon achèvement de l'ouvrage (notamment le coût de substitution d'une tierce entreprise). Elle prend fin à la réception de l'ouvrage.

Il s'agit généralement d'une garantie bancaire émise sous la forme d'une garantie autonome (souvent appelée garantie à première demande) ou d'un cautionnement. Qu'il s'agisse d'un cautionnement ou d'une garantie autonome, le mécanisme est similaire : une personne (le garant, c'est-à-dire la banque)

s'engage envers une autre personne (le bénéficiaire, c'est-à-dire le maître de l'ouvrage) à lui verser une somme d'argent si le débiteur (l'entreprise chargée des travaux) est défaillant dans l'exécution des travaux.

En revanche, la différence majeure entre ces deux garanties réside dans le fait qu'en présence d'une garantie autonome, le garant ne peut opposer aucune exception tenant à l'obligation garantie (ex. exception d'inexécution, nullité de l'engagement).

2. OÙ TROUVER L'INFORMATION DANS LE MARCHÉ

■ *Chapitre « Garantie de bonne fin » ou « Garantie de bonne exécution » du CCAP*

3. EXEMPLES DE CLAUSES RENCONTRÉES

« Afin de garantir le maître d'ouvrage du bon respect de ses obligations et plus particulièrement de celles relevant de l'exécution complète des travaux du marché, l'entrepreneur devra fournir le jour de la signature du marché un engagement de payer à première demande, souscrit auprès d'un établissement bancaire de premier rang, selon modèle fourni, pour un montant représentant 30 % du montant hors taxes du marché. »

4. L'ÉTAT DU DROIT

Marché public et privé

- Garantie autonome : article 2321 du Code civil.
- Cautionnement : articles 2288 et suivants du Code civil

5. PRÉCONISATIONS

- La première préconisation, est de négocier la non-production d'une telle garantie si le marché la prévoit. À défaut, proposer l'émission d'un cautionnement plutôt qu'une garantie autonome.
- Veiller à l'encadrement des conditions de mise en œuvre de la garantie (mise en demeure préalable, fourniture de justificatifs) et surtout à circonscrire son objet : les pénalités, les dommages et intérêts et tout autre frais non nécessaire au bon achèvement de l'ouvrage ne doivent pas être couverts par cette garantie.
- Veiller à ce que la garantie prenne fin à la réception de l'ouvrage avec ou sans réserve.
- Limiter son montant à un taux raisonnablement acceptable.

7

RÉGIME DE LA RETENUE DE GARANTIE

1. DESCRIPTION DU RISQUE

Quelle que soit la nature du marché, la retenue de garantie est, pour partie, soumise à des règles similaires. Elle doit être stipulée au marché de travaux, ne peut excéder 5 % du prix du marché,

enfin, l'entrepreneur peut lui substituer une garantie bancaire (auquel cas, elle n'est pas pratiquée). En revanche, son régime connaît tout de même quelques adaptations selon qu'elle est émise dans le cadre d'un marché privé ou public de travaux :

	Marché public	Marché privé
Objet de la garantie	levée des réserves faites à la réception et la réfection des désordres dits de « GPA »	levée des réserves faites à la réception exclusivement
Durée de la garantie	un mois au plus tard après l'expiration de la garantie de parfait achèvement	au terme de la garantie de parfait achèvement,
Forme de la garantie bancaire	une garantie autonome à première demande ou, si le maître de l'ouvrage ne s'y oppose pas, un cautionnement solidaire	un cautionnement solidaire

Les maîtres d'ouvrage privés tentent parfois de rendre la retenue de garantie applicable aux désordres dits de « GPA », exigent la fourniture d'une garantie bancaire autonome ou encore, tentent d'introduire un plafond de paiement à 95 % au moment de la réception de l'ouvrage (le solde étant débloqué à la levée des réserves) malgré l'émission d'une garantie bancaire de substitution.

2. OÙ TROUVER L'INFORMATION DANS LE MARCHÉ

Chapitre « Retenue de garantie » du CCAP ou du CCAG

3. EXEMPLES DE CLAUSES RENCONTRÉES

« L'entreprise s'engage irrévocablement à accepter, qu'après réception des travaux, soient versées par le consignataire ou la caution, au maître d'ouvrage, et à la première demande de celui-ci, les sommes nécessaires à la levée des réserves, à la réparation, à la réfection ou à l'exécution des ouvrages ainsi que toutes celles dont elle serait redevable au maître d'ouvrage au titre du marché, à la condition que ledit maître d'ouvrage produise au consignataire ou à la caution un document émanant du maître d'œuvre et indiquant qu'il y a eu mise en demeure [...]. »

« La retenue de garantie ou le cautionnement garantissent au maître d'ouvrage tant la levée des réserves mentionnées au procès-verbal de réception que la levée des réserves notifiées pendant l'année de garantie de parfait achèvement. »

4. L'ÉTAT DU DROIT

Marché public

■ Articles R2191-32 et suivants du code de la Commande publique entré en vigueur le 1^{er} avril 2019.

Marché privé

■ Loi n°71-584 du 16 juillet 1971 sous l'article 1799-1 du Code civil et article 20.5 de la norme NF P03-001 du 20 octobre 2017.

5. PRÉCONISATIONS

En marché privé

■ Négocier de façon à faire retirer du marché toute clause prévoyant l'émission de garantie autonome en substitution de la retenue de garantie, l'extension de la retenue de garantie à la réfection des désordres notifiés pendant l'année de parfait achèvement et toute retenue supplémentaire appliquée jusqu'à la levée des réserves.

En marché public

■ Proposer au maître de l'ouvrage l'émission d'un cautionnement solidaire plutôt qu'une garantie autonome. Veiller à l'encadrement des conditions de mise en œuvre de la garantie (mise en demeure préalable, fourniture de justificatifs).

■ Éviter un échancier de paiements qui prévoit le paiement d'un certain pourcentage après la levée des réserves, ce qui constituerait une façon détournée d'augmenter la retenue de garantie.

8

AUTORISATIONS ADMINISTRATIVES

1. DESCRIPTION DU RISQUE

Dans les marchés globaux, le titulaire peut être chargé de constituer les dossiers relatifs à l'obtention des autorisations administratives (essentiellement permis de construire, mais également commission de sécurité, ICPE, etc.).

Les maîtres d'ouvrage en profitent parfois pour insérer des clauses de transfert de risques dans leurs CCAP :

- absence de droit à prolongation de délais en cas de non-obtention, retrait/recours contre les autorisations administratives, même en l'absence de faute du titulaire ;

- retard pénalisable au titre des pénalités de retard ;
- absence de droit à réclamation en cas de non-obtention, recours/retrait/annulation d'une autorisation administrative, même en l'absence de faute du titulaire ;
- obligation de résultat d'obtenir les autorisations administratives ;
- possibilité de résiliation pour faute en cas de recours/retrait, même en l'absence de faute du titulaire.

2. OÙ TROUVER L'INFORMATION DANS LE MARCHÉ

- *Chapitres « Autorisations administratives », « Pénalités » ou « Résiliation » du CCAP.*

3. EXEMPLES DE CLAUSES RENCONTRÉES

Clause résolutoire avec réfaction en cas de non obtention d'une autorisation administrative :

« Dans l'hypothèse où une autorisation administrative nécessaire à la réalisation du projet serait refusée, pour quelque motif que ce soit, ce refus pourra entraîner la résiliation du marché, avec application d'une réfaction à hauteur de 20 % de la valeur des prestations réalisées, dans les conditions prévues à l'article 12 du présent document, si aucune régularisation du dossier de demande rejeté n'était possible dans les conditions du marché. »

« Dans le cas du refus ou du retrait du PC, le titulaire devra établir une nouvelle demande de permis de construire et reprendre ses études sans pouvoir prétendre à une rémunération supplémentaire.

Le MOA pourra également résilier le marché sans indemnisation pour le titulaire. »

Risques de non-obtention transférés sur le titulaire :

« En cas de refus de l'une des autorisations administratives nécessaires à la réalisation de l'ouvrage, régularisable par le dépôt d'un nouveau dossier de demande, le délai d'établissement du nouveau dossier et l'allongement du délai d'obtention de l'autorisation, ainsi que leurs conséquences sur le déroulement de l'opération sont supportées par le titulaire sans indemnité. »

Risques de changement de législation entre l'offre et le dépôt des demandes supportés par le titulaire :

« Le groupement supporte tous les risques résultant d'un changement de réglementation entre la remise de l'offre et la date de dépôt de chaque dossier de demande d'autorisations administratives. »

Obligation de résultat d'obtention à la charge du titulaire :

« Une obligation de résultat est exigée du titulaire d'une manière générale, notamment pour ce qui est de l'obtention de toutes les autorisations administratives nécessaires pour la construction et l'entretien maintenance des ouvrages et permettant la mise en service de ceux-ci aux dates contractuelles.

4. L'ÉTAT DU DROIT

Que ce soit en marché de travaux classique ou en contrat global, l'obtention des autorisations administratives relève de la compétence du maître d'ouvrage.

La maîtrise d'œuvre n'est chargée que de l'établissement du dossier, et n'a pas à supporter des responsabilités qui ne relèvent pas de son fait.
Livre IV du nouveau code de la Commande publique

5. PRÉCONISATIONS

- Les difficultés rencontrées dans le cadre des autorisations d'urbanisme (recours, retrait, annulation, etc.) non imputables au titulaire doivent compter parmi les causes légitimes (cf. fiche Causes légitimes) de prorogation du délai.
- N'accepter de prendre que le risque lié à une faute du titulaire et se ménager des possibilités de réclamation (indemnisation) en cas de prolongation de délai, résiliation, ajournement... liés aux autorisations administratives.
- Les autorisations à l'exploitation (type commission de sécurité) ne doivent pas constituer un préalable à la réception, mais plutôt une réserve (éventuellement majeure).

1. DESCRIPTION DU RISQUE

Dans les marchés comportant la démolition ou la réhabilitation de bâtiments anciens ou encore de simples interventions sur ces bâtiments, telle leur instrumentation, il est nécessaire de pouvoir apprécier les risques liés à l'amiante et au plomb. Il faut donc vérifier la présence de diagnostics et leur exhaustivité avant de pouvoir s'engager en parfaite connaissance de

cause et sans risque, tant pour la santé et la sécurité de nos salariés, que pour l'équilibre financier du contrat.

2. OÙ TROUVER L'INFORMATION DANS LE MARCHÉ

■ *Chapitres « Contenu du Prix » ou « Causes légitimes » du CCAP*

3. EXEMPLES DE CLAUSES RENCONTRÉES

« Les renseignements donnés par le maître d'ouvrage dans les pièces fournies ne constituent que des éléments d'information qu'il appartiendra au titulaire de compléter sous sa responsabilité (notamment en ce qui concerne les études de sols, diagnostics amiante, les côtes topographiques, les conditions de stabilité, situation au vent, etc.). »

« Il prend en particulier en charge l'ensemble des risques hydrogéologiques et géotechniques, le risque lié à la présence d'ouvrages et réseaux enterrés, le risque lié à la présence d'amiante ou de plomb sans pouvoir se prévaloir du caractère incomplet ou erroné des documents et études remis à la date d'entrée en vigueur du marché ou qui pourraient lui être transmis en cours d'exécution du marché. »

« Tous les risques seront supportés par le titulaire qui est réputé avoir réalisé toutes les études utiles en ce sens. »

4. L'ÉTAT DU DROIT

■ Article L1334-12-1 et R 1334-14 et suivants du code de la Santé publique sur l'obligation générale de procéder à la recherche d'amiante, diagnostic sur l'état de conservation et mesures permettant de réduire et maîtriser le risque d'exposition.

■ Article L4412-2 et R4412-97 du code du Travail sur l'obligation de procéder à un diagnostic préalable à la charge du donneur d'ordre ou du propriétaire.

■ Article L4531-1 du code du Travail sur la mise en œuvre des principes généraux de prévention. Norme NF X46-020 sur l'obligation de recherche, le repérage et le recensement exhaustif de l'amiante dans tous les locaux et matériels concernés pesant sur le maître d'ouvrage.

5. PRÉCONISATIONS

■ Le maître d'ouvrage se doit de faire réaliser, par un opérateur spécialisé et sous sa responsabilité, des rapports avant travaux exhaustifs et de les fournir au DCE.

■ L'entreprise ne peut se charger elle-même de réaliser des diagnostics complémentaires et supporter les conséquences du caractère incomplet ou erroné d'études préalables à la charge du maître d'ouvrage.

■ Si le maître d'ouvrage ne fournit aucun sondage au titre de la consultation ou simplement des sondages non exhaustifs, il est préférable de ne pas intégrer ce risque dans son forfait.

■ Il est recommandé d'intégrer une clause de réexamen dans le marché afin de gérer les cas où l'état du bâti rencontré n'est pas celui auquel l'entreprise pouvait s'attendre au regard des sondages préalables effectués.

10

RISQUE DU SOL AVANT TRAVAUX

1. DESCRIPTION DU RISQUE

Certains marchés font supporter à l'entreprise l'entière responsabilité des sujétions de toute nature liées à l'état du sol. L'entreprise est ainsi réputée avoir inclus dans ses prix l'ensemble des risques liés au contexte géotechnique, géologique et hydrogéologique.

En phase de soumission, l'entreprise ne dispose ni du temps ni des moyens techniques et financiers aux fins de réaliser une étude de sol et/ou de procéder à des reconnaissances complémentaires.

La réalisation d'une étude de sol doit donc être préalablement menée par le maître d'ouvrage.

Si l'étude conclut à la nécessité de procéder à des reconnaissances et à des investigations complémentaires, celles-ci doivent être effectuées et remises à l'entreprise pour en apprécier utilement les risques et adapter en fonction son offre de prix et technique.

2. OÙ TROUVER L'INFORMATION DANS LE MARCHÉ

■ *Pièces constitutives du marché (contractuelles ou indicatives).*

■ *Chapitres « Contenu du Prix » ; « Connaissance des lieux » ; « Vérification de tous les éléments afférents à l'exécution des travaux » du CCAP.*

3. EXEMPLES DE CLAUSES RENCONTRÉES

« L'entreprise doit établir la nature des travaux requis par l'état des sols, faire toutes études de sol et de sous-sol qui s'avèreraient nécessaires à la bonne réalisation des travaux et/ou au respect de ses obligations envers le maître d'ouvrage, étant précisé que les diverses contraintes rencontrées dans l'emprise des travaux et/ou résultant des avoisinants ne peuvent en aucun cas exonérer l'entreprise de sa responsabilité et/ou fonder une éventuelle augmentation de prix du marché et/ou fonder une éventuelle augmentation des délais et/ou toute demande d'indemnisation. »

« Il est rappelé que l'entrepreneur ne saurait se prévaloir postérieurement à la remise de son prix d'une connaissance insuffisante du site, lieux et terrains d'implantation des ouvrages, et de tous les éléments locaux susceptibles d'interférer dans l'exécution des ouvrages, tels que nature des sols... »

4. L'ÉTAT DU DROIT

■ Norme NFP 94-500 sur la définition et la classification des missions d'ingénierie géotechnique.

■ Normes NFP 94-282/ 94-270/ 94-262/ 94-261 sur les niveaux d'eau à prendre compte dans la justification des écrans de soutènement/ remblais renforcés et massifs en sol cloué/ fondations profondes/ fondations superficielles.

En l'état de la jurisprudence, l'entreprise peut voir engager sa responsabilité (et donc supporter les surcoûts associés) pour ne pas avoir obtenu du maître d'ouvrage une étude de sol de niveau G2PRO.

5. PRÉCONISATIONS

En phase de soumission, l'entreprise doit :

■ toujours demander au maître d'ouvrage la production d'une étude de sol de niveau G2PRO ;

■ veiller à contractualiser les études de sols ;

■ préciser les hypothèses prises en compte dans son offre.

Une clause de réexamen devrait être introduite dans le marché pour se prémunir des cas où l'état du sol n'est pas celui légitimement attendu eu égard à l'étude de sol et ses compléments transmis en phase de soumission.

Cette clause est essentielle si l'étude de sol initiale révèle la nécessité de mener des reconnaissances complémentaires et que le marché impose à l'entreprise de les réaliser. Cette clause sera également utile si la qualité du sol se révèle différente de celle normalement prévisible au titre de la G2PRO.

1. DESCRIPTION DU RISQUE

Dans des marchés comportant des travaux de fondations, terrassements, réseaux et démolition, il est nécessaire de pouvoir apprécier les risques liés à l'éventuelle pollution existante des sols, notamment lorsque les activités exercées sur ce site ne sont pas complètement connues ou lorsqu'elles ont été, ne serait-ce qu'un temps, de nature à entraîner une possible pollution. Il faut donc vérifier la

présence de diagnostics ou d'analyses et leur exhaustivité avant de pouvoir s'engager en parfaite connaissance de cause et sans risque, tant pour la santé et sécurité de nos salariés, que pour l'équilibre financier du contrat.

2. OÙ TROUVER L'INFORMATION DANS LE MARCHÉ

- CCAP (pièces contractuelles, contenu du Prix, causes légitimes) / CCTP.
- Diagnostic environnemental / Plan d'assurance environnemental.
- Arrêté de permis de construire : études environnementales.

3. EXEMPLES DE CLAUSES RENCONTRÉES

« Par sa signature du contrat, l'entrepreneur déclare : avoir apprécié toutes les difficultés ou risques susceptibles d'affecter l'exécution de ses obligations au titre du contrat dans les délais prévus et notamment en termes de risques de pollution... Par conséquent, l'entrepreneur supporte toutes les conséquences dommageables pouvant résulter de l'état physique du site et du chantier. »

« L'entrepreneur ne saurait se prévaloir, postérieurement à la conclusion du marché, d'une connaissance insuffisante des lieux, par ailleurs, l'entrepreneur est censé, avant de faire son offre, avoir pris connaissance de la nature des terrains et des conséquences qui en découlent. »

4. L'ÉTAT DU DROIT

Un diagnostic de pollution des sols et/ou des eaux souterraines est obligatoire notamment dans les cas suivants :

- article L1331-24 code de la Santé publique ;
- norme NF X 31-620- « Prestations de services relatives aux sites et sols pollués » ;
- CCAG travaux 2009 en vigueur au 1^{er} avril

2014 : article 7 sur la responsabilité du titulaire en termes de pollution et sur les mesures préventives à mettre en œuvre ; article 19 sur la fixation et prolongation des délais contractuels ;

- article 11.1.3.1 NFP 03-001 du 20 octobre 2017 sur la prolongation de délais en cas de changement dans la nature des travaux et article 9.1.2 NFP 03-001 du 20 octobre 2017 sur l'imprévision.

5. PRÉCONISATIONS

En préalable à la remise de l'offre, il est conseillé à l'entreprise de demander officiellement au maître d'ouvrage :

- l'historique du terrain en termes d'activités qu'il a pu accueillir successivement (ICPE, changements d'affectation ou d'usage, de propriétaires, etc.) ;
- l'obtention des diagnostics pollution (sans se limiter aux obligations réglementaires) en cas de doute sur les activités successivement réalisées ou sur les éventuelles mesures de dépollution susceptibles d'avoir été mises en œuvre ;

En parallèle, l'entreprise vérifiera les données disponibles sur les sites officiels (géo-risques, basol, infoterre, basias...) préalablement à la signature du contrat.

Sur le contenu du contrat

- Le maître d'ouvrage doit notamment faire réaliser et transmettre dans le DCE ces diagnostics pollution pour les projets situés sur d'anciennes friches industrielles, sites classés, anciennes ICPE et sites situés en SIS (Secteurs d'Information sur les sols). Il conviendrait de veiller à la contractualisation de ces documents.
- Si le maître d'ouvrage ne fournit aucun diagnostic au titre de la consultation ou simplement des sondages non exhaustifs, une clause de réexamen devrait être introduite dans le marché afin de gérer les cas où l'état du sous-sol rencontré n'est pas celui auquel l'entreprise pouvait s'attendre au regard des informations issues du DCE.

1. DESCRIPTION DU RISQUE

Les travaux peuvent mettre à jour des vestiges et objets présentant un intérêt archéologique ce qui implique consécutivement une interruption du chantier pour une durée le plus souvent indéterminée. Le risque en est pour l'entreprise de devoir supporter des frais d'immobilisation dont il conviendra de demander l'indemnisation pour la durée correspondante. Il faut donc s'attacher à refuser toute clause qui laisse à la charge de l'entreprise les frais et dépenses de toute nature en lien avec le risque archéologique.

2. OÙ TROUVER L'INFORMATION DANS LE MARCHÉ

Chapitres du CCAP :

- *pièces constitutives du marché (contractuelles ou indicatives) ;*
- *contenu du prix ;*
- *connaissance des lieux*
- *causes légitimes de retard ;*
- *interruption/ajournement des travaux.*

3. EXEMPLES DE CLAUSES RENCONTRÉES

« L'entrepreneur déclare avoir parfaite connaissance des travaux à exécuter, des lieux, avoisinants et des environnements où ces travaux seront exécutés...De même, l'entrepreneur ne pourra prétendre à une indemnité couvrant les dépenses entraînées par la découverte de vestiges sur le chantier. »

« Le titulaire prend en charge l'ensemble des conséquences, en termes de coûts et de délais, liées à la découverte de vestiges archéologiques et ne pourra former à ce titre aucun recours à l'encontre du maître de l'ouvrage. »

4. L'ÉTAT DU DROIT

■ Article L112-7 du code de la Construction et de l'Habitation et article 531-14 du code du Patrimoine sur l'obligation conjointe de l'entreprise et du maître d'ouvrage de déclarer au maire de la commune les découvertes fortuites en matière de vestiges archéologiques.

L'entreprise se doit d'alerter le maître d'ouvrage pour toute découverte de vestiges et interrompre en conséquence ses travaux. Le fait de dégrader,

détériorer ou détruire un vestige est passible de sanction pénale pour l'entreprise ; tout comme enfreindre l'obligation de déclaration ensuite d'une découverte fortuite.

Les articles 33 et 49 du CCAG Travaux 2009 en vigueur au 1^{er} avril 2014 prévoient une indemnisation des dépenses justifiées de l'entreprise.

■ Article 9.1.5 NF P 03-001 du 20 octobre 2017 prévoyant une indemnisation des dépenses justifiées de l'entreprise.

5. PRÉCONISATIONS

■ Négocier de façon à faire retirer du marché toute clause qui laisse à la charge de l'entreprise les frais et dépenses liés à l'immobilisation des travaux du fait de la mise à jour de vestiges archéologiques.

■ Intégrer une clause de renvoi aux documents généraux de référence (CCAG ou NFP).

■ Prévoir en tant que cause légitime de retard, la découverte fortuite de vestiges et la prolongation de délai associée au temps d'immobilisation nécessité par les fouilles archéologiques.

13

RISQUE LIÉ AUX OUVRAGES ET RÉSEAUX ENTERRÉS

1. DESCRIPTION DU RISQUE

Dans des marchés comportant des travaux nécessitant une intervention sur ou à proximité des voies publiques ainsi que pour toute intervention nécessitant d'avoir à creuser un terrain, il est nécessaire de pouvoir apprécier les risques liés à la présence d'ouvrages et de réseaux enterrés non répertoriés. Il faut donc vérifier la présence ou non de réseaux, leur disposition afin de pouvoir s'engager en parfaite connaissance de cause et préalablement au démarrage des travaux.

2. OÙ TROUVER L'INFORMATION DANS LE MARCHÉ

CCAP et / ou CCTP :

- sujétions techniques incluses dans les prix ;
- clauses relatives à l'état du terrain et des ouvrages.

3. EXEMPLES DE CLAUSES RENCONTRÉES

« Le titulaire prend en charge l'ensemble des conséquences, en termes de coûts et de délais, liées à la réalisation d'un incident lié à l'état des ouvrages, du terrain, du sol et du sous-sol. Il prend en particulier en charge l'ensemble des risques pyrotechniques (limités au sol et au sous-sol hors activité du site), hydrogéologiques et géotechniques, **le risque lié à la présence d'ouvrages et réseaux enterrés**, le risque lié à la présence d'amiante ou de plomb ou de toute autre forme de pollution des ouvrages, sans pouvoir se prévaloir du caractère incomplet ou erroné des documents et études remis. »

« Le titulaire prend les terrains et bâtiments existants, dans l'état dans lequel ils se trouvent le jour de la mise à disposition, sans aucune garantie de la part du centre hospitalier, sans pouvoir élever aucune réclamation, ni former aucun recours contre lui pour quelque cause que ce soit, et notamment pour une insuffisante connaissance des sites, du sol et sous-sol (géotechnique, pollution, **réseaux enterrés...**). »

4. L'ÉTAT DU DROIT

- Arrêté du 15 février 2012 relatif à l'exécution de travaux à proximité de certains ouvrages souterrains, aériens ou subaquatiques de transport ou de distribution.
- Arrêté du 22 décembre 2015 relatif au contrôle des compétences des personnes intervenant dans les travaux à proximité des réseaux et modifiant divers arrêtés relatifs à l'exécution de travaux à proximité des réseaux.
- Arrêté du 27 décembre 2016 portant approbation des prescriptions techniques prévues à

l'article R. 554-29 du code de l'Environnement et modification de plusieurs arrêtés relatifs à l'exécution de travaux à proximité des réseaux.

- Article R554-31 du code de l'Environnement.
- Norme NF S 70-003-2 et NF S 70-003-3 – Travaux à proximité de réseaux.
- CCAG Travaux 2009 en vigueur au 1^{er} avril 2014 : article 27.3 Piquetage spécial des ouvrages souterrains, enterrés, subaquatiques ou aériens.
- NFP 03-001 du 20 octobre 2017 : article 8.3 Travaux à proximité des réseaux.

5. PRÉCONISATIONS

L'entreprise n'a pas à supporter ce risque étant donné qu'au titre de la réglementation, le responsable de projet (maître d'ouvrage public ou privé) a à sa charge un certain nombre d'obligations, notamment celle de procéder ou faire procéder **sous sa responsabilité et à ses frais** au marquage ou piquetage au sol des réseaux souterrains.

Si le maître d'ouvrage ne fournit aucun des éléments prévus par la réglementation comme étant à la charge du responsable de projet, l'entreprise pourrait refuser d'intégrer ce risque dans son forfait ou devrait négocier une rémunération en contrepartie.

À minima, l'entreprise devrait prévoir un plafonnement de l'impact financier et de délai (risque capé, causes légitimes de prolongation...).

14 LES AVOISINANTS

1. DESCRIPTION DU RISQUE

Les avoisinants se définissent comme des biens appartenant à des tiers, situés à proximité de l'ouvrage à construire, objet du marché.

Les tiers ne sont pas liés contractuellement au maître d'ouvrage et peuvent subir, du fait de la construction, un préjudice. Ce sont principalement les voisins de l'ouvrage à réaliser.

2. OÙ TROUVER L'INFORMATION DANS LE MARCHÉ

■ *Chapitres « Contenu des prix - Objet du marché - Prise de connaissance des lieux - Protection de l'environnement » du CCAP.*

3. EXEMPLES DE CLAUSES RENCONTRÉES

« Le groupement titulaire est réputé avoir pris connaissance des lieux et de tous les éléments afférents à l'exécution des travaux. Il reconnaît notamment avoir, avant la remise de son acte d'engagement, pris connaissance complète et entière du terrain et de ses abords ainsi que des conditions d'accès et des possibilités de desserte en voirie et réseaux divers et de tous les éléments généraux ou locaux en relation avec l'exécution des travaux. »

4. L'ÉTAT DU DROIT

Articles 544 et suivants du Code civil (titre II de la propriété).

5. PRÉCONISATIONS

En fonction de l'appréciation du risque au regard de l'état global des avoisinants et des techniques de construction utilisées, les procédures à mettre en place avant l'intervention sur site peuvent être les suivantes :

■ **risque faible** : effectuer des constats contradictoires avec les riverains concernés, la maîtrise d'œuvre et/ou la maîtrise d'ouvrage afin d'avoir une vision précise de l'état des avoisinants avant le démarrage de l'opération. Possibilité d'effectuer des constats d'huissier.

■ **risque important** : utiliser la procédure non contentieuse du référé-préventif.

L'objectif est de procéder à un examen contradictoire des avoisinants existants en périphérie de l'ouvrage à réaliser dans le but de :

- se ménager la preuve de l'état des avoisinants avant travaux ;
- préconiser toute solution technique permettant de prévenir les risques.

La procédure peut être indifféremment engagée par le maître d'ouvrage, le constructeur, le maître d'œuvre ou encore le voisin lui-même.

Ces constats effectués préalablement (constats contradictoires ou référé préventif) permettent éventuellement de démontrer la préexistence de dommages, et à posteriori, l'absence de lien de causalité entre les désordres constatés et la réalisation des travaux, objets du marché. Il convient d'être rigoureux dans le suivi de ces constats contradictoires ou référé préventif (photos, description des dommages avant travaux, présence aux réunions, etc.).

Concernant les empiètements et les tirants d'ancrage dans le sous-sol de la propriété voisine, il convient de se rapprocher préalablement du propriétaire concerné afin d'obtenir son accord et définir les règles d'indemnisation si besoin.

15

LES TROUBLES DE VOISINAGE

1. DESCRIPTION DU RISQUE

Il est assez complexe pour l'entreprise de provisionner les risques liés aux troubles de voisinage. Cela tient à la création jurisprudentielle de cette notion qui ne cesse d'évoluer dans un sens toujours plus favorable aux tiers, ce qui, dans le même temps a vocation à renforcer la responsabilité de l'entreprise.

Le risque est d'autant plus présent de par la nature de la condamnation à laquelle l'entreprise peut être exposée (condamnation *in solidum* à réparer le dommage).

3. EXEMPLES DE CLAUSES RENCONTRÉES

« L'entrepreneur est réputé avoir une parfaite connaissance des lieux, de l'environnement et de ses caractéristiques et tous les éléments afférents à l'exécution des travaux. L'entrepreneur s'engage à relever et garantir le maître de l'ouvrage de toute responsabilité mise à sa charge pour trouble anormal de voisinage du fait de ces travaux. »

« L'entreprise prendra tous moyens utiles pour prévenir tout dommage aux tiers et s'engage à accepter par avance de moduler ses horaires et techniques d'intervention, sans supplément de prix ou délai ».

4. L'ÉTAT DU DROIT

Article 544 du Code civil sur la notion d'abus de droit.

■ Théorie d'origine jurisprudentielle (Civ.3 30 juin 1998, n°96.13039, Intrafor : pour une première application à l'égard des

À défaut de pouvoir se baser sur des causes d'exonération limitées, l'entreprise est soumise au risque de supporter seule le coût des dommages subis par les voisins du fait de la construction ou de la réhabilitation d'un ouvrage, alors que ce coût est difficilement quantifiable au moment de la signature du marché.

2. OÙ TROUVER L'INFORMATION DANS LE MARCHÉ

■ Chapitre « Exécution des travaux » ; « Prise de connaissance des lieux » ; « Protection de l'environnement » ; « Contenu du prix » du CCAP.

entrepreneurs), les troubles anormaux du voisinage se distinguent de la notion précitée : responsabilité sans faute « **Nul ne doit causer à autrui un trouble excédant les inconvénients**

normaux du voisinage ».

■ Civ.3, 30 juin 1998 et Civ.3, 22 juin 2005 : la jurisprudence considère que les intervenants à l'acte de construire peuvent être les « **voisins occasionnels** » de la victime et qu'ils sont susceptibles de lui causer des troubles anormaux du voisinage.

■ Civ.3, 26 avril 2006 : le recours subrogatoire de l'entreprise contre les coresponsables d'un trouble anormal de voisinage doit être cantonné à leurs fautes respectives.

Marché public :

■ Article 7 du CCAG Travaux 2009 en vigueur au 1^{er} avril 2014 sur le respect des prescriptions législatives et réglementaires en matière de préservation du voisinage.

Marché privé :

■ Article 5.2.2 de la norme NFP 03-001 du 20 octobre 2017 sur la responsabilité vis-à-vis des tiers.

5. PRÉCONISATIONS

Afin de se prémunir contre le risque de troubles au voisinage, il convient pour l'entreprise d'appréhender au mieux l'environnement autour duquel elle va intervenir dans le cadre de ses travaux et faire preuve de pédagogie auprès du maître d'ouvrage afin d'exclure de sa responsabilité les dommages inhérents au fait même de construire. Dans l'objectif d'amoindrir sa potentielle responsabilité, l'entreprise devra prendre des précautions visant à démontrer et caractériser une **acceptation des risques des troubles du voisinage par le maître d'ouvrage de par sa volonté délibérée de poursuivre le chantier malgré une information claire sur les risques inhérents à ce chantier** (écrits à conserver, respect scrupuleux de l'obligation de conseil, transparence sur les méthodes employés...).

L'entreprise doit également être attentive au fait que la responsabilité de plein droit qui joue à son égard ne vaut pas pour le sous-traitant.

En conséquence, il convient d'être extrêmement **vigilant sur la rédaction des contrats et sur la portée de l'obligation de résultat du sous-traitant** afin de pouvoir établir que la faute dans l'exécution de ses travaux a conduit aux troubles de voisinage.

De façon plus générale, il est indispensable de s'assurer d'une bonne communication auprès des voisins sur le projet qui va être réalisé, les différentes étapes, la durée et les mesures mises en place pour limiter leurs éventuels préjudices.

1. DESCRIPTION DU RISQUE

Un marché public n'est pas figé dans ses conditions d'exécution et dans son prix. En effet, le contrat pourra faire l'objet d'une modification de ses conditions d'exécution ou de son prix dans des cas expressément stipulés dans le code de la Commande publique.

L'acheteur public peut, en cours d'exécution, modifier régulièrement son contrat initial sans nouvelle mise en concurrence lorsque l'une des conditions suivantes est remplie :

- les modifications ont été prévues dans les documents contractuels initiaux (clause de réexamen) ;
- des travaux, fournitures ou services supplémentaires sont devenus nécessaires à la condition qu'un changement de titulaire soit impossible pour des raisons économiques ou techniques tenant notamment à des exigences d'interchangeabilité ou d'interopérabilité avec les équipements, services ou installations existantes acheté dans le cadre du marché public initial ;
- les modifications sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues ;
- un nouveau titulaire se

substitue au titulaire initial du marché :

- en application d'une clause de réexamen
 - lorsque la substitution intervient à la suite d'une opération de restructuration de société.
- les modifications ne sont pas substantielles ;
 - les modifications sont de faibles montants : le montant de la modification < à 15 % du montant du marché public de travaux et < à 10 % du montant du marché public de fournitures ou de services, et ne dépasse pas les seuils européens.

Par ailleurs, l'administration a toujours la possibilité d'user de son pouvoir de modification unilatérale. Ce pouvoir, détenu par l'administration même sans stipulation contractuelle et qu'elle ne peut exercer qu'en cas de motif d'intérêt général, ne peut toutefois modifier substantiellement le contrat initial. Il ouvre droit à indemnisation, sous réserve des clauses du marché.

2. OÙ TROUVER L'INFORMATION DANS LE MARCHÉ

Chapitre « Modalités de modification du marché en cours d'exécution », « Clause de réexamen », « contenu du Prix », « Modifications » du CCAP.

3. EXEMPLES DE CLAUSES RENCONTRÉES

« Il est expressément convenu que le prix du marché est établi en tenant compte de la totalité des contraintes techniques et administratives propres au terrain. En conséquence, après la signature du marché, le titulaire ne peut en aucune façon arguer de l'absence ou de l'insuffisance des informations ou des renseignements qui lui ont été communiqués par le pouvoir adjudicateur. Le titulaire ne peut donc se dispenser d'exécuter tout ou partie des travaux, ne peut pas demander de modification des conditions d'exécution du marché et ne peut demander en cours d'exécution un supplément de rémunération ou une modification du calendrier, en particulier de la date contractuelle de fin des travaux. »

4. L'ÉTAT DU DROIT

■ Articles L.2194-1, L.2194-2 et R.2194-1 à R.2194-9 du code de la Commande publique applicables aux modifications apportées aux marchés publics pour

lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence est envoyé à la publication à compter du 1^{er} avril 2019.

■ Fiche DAJ sur les modalités de modification des contrats en cours d'exécution du 1^{er} avril 2019.

5. PRÉCONISATIONS

Pour se prémunir du risque de modifications unilatérales des conditions du marché par le maître d'ouvrage public **et/ou** gérer efficacement des risques identifiés à l'offre que l'entreprise n'a pas pu prendre en responsabilité, il convient de :

■ s'assurer de la présence d'une clause de réexamen prévoyant les conditions de renégociation du contrat en cas de survenance du risque (en cas d'absence de clause de réexamen, évaluer le risque lors de la consultation et le provisionner en conséquence) ;

■ vérifier de ne pas aller au delà de l'objet du marché et faire des travaux sans lien avec ce dernier (en marché public) ;

■ résister à toute demande de renonciation à se prévaloir des autres cas de modifications prévus dans le code de la Commande publique dont l'objet est de permettre la sauvegarde de l'équilibre contractuel.

17

RISQUE LIÉ AUX OS EXÉCUTOIRES VALORISÉS À ZÉRO

1. DESCRIPTION DU RISQUE

Il est de plus en plus fréquent que le maître d'ouvrage et l'entreprise ne trouvent pas d'accord sur un devis de travaux modificatifs ou supplémentaires. Pour pallier ce désaccord, les maîtres d'ouvrages, les maîtres d'œuvres publics et privés ont recours à des ordres de services exécutoires valorisés à

zéro, faisant ainsi porter toute la charge financière à l'entreprise sans possibilité pour elle de se faire payer avant la clôture des comptes entre les parties.

2. OÙ TROUVER L'INFORMATION DANS LE MARCHÉ

■ CCAP : chapitre
« Travaux modificatifs »

3. EXEMPLES DE CLAUSES RENCONTRÉES

« L'entreprise ne peut se refuser à exécuter les travaux modificatifs ou supplémentaires demandés. »

« En cas de travaux jugés nécessaires par le maître d'œuvre, pour la bonne exécution des travaux, portant sur la sécurité, la qualité d'exécution, la préservation des ouvrages, le respect du calendrier des travaux, celui-ci pourra délivrer directement aux entreprises un ordre de service exécutoire de plein droit, dûment motivé. »

4. L'ÉTAT DU DROIT

Marché public

■ Article L 2194-3 du code de la Commande publique (introduit par la loi n°2019-486 du 22 mai 2019, relative à la croissance et la transformation des entreprises).

■ CCAG travaux 2009 en vigueur au 1^{er} avril 2014 : article 3.8.3 ; 14.

■ Fiche de la direction des Affaires juridiques (DAJ) des ministères économiques et financiers « les modalités de modification des contrats en cours d'exécution » mise à jour le 1^{er} avril 2019.

Marché privé

■ NF P03-001 du 20 octobre 2017 : article 3.39.

5. PRÉCONISATIONS

■ **En marché public**, l'entreprise va avoir du mal à discuter le caractère exécutoire des ordres de services puisque celui-ci est prévu par le CCAG Travaux de 2009 (en marché public, le principe est que l'intérêt général porté par la personne publique prime sur les intérêts particuliers du constructeur). C'est donc dans la gestion des réserves aux OS que l'entreprise va devoir accorder toute son attention de façon à ne pas dépasser le délai qui lui est imparti au risque de ne plus pouvoir élever de réclamation relative à la valorisation des prestations exécutées dans ce cadre. Concernant la valorisation des ordres de service, l'article L 2194-3 du code de la Commande publique précise que « les prestations supplémentaires ou modificatives demandées par l'acheteur au titulaire d'un marché public de travaux qui sont nécessaires au bon achèvement de l'ouvrage et ont une incidence financière sur le marché public **font l'objet d'une contrepartie permettant une juste rémunération du titulaire du contrat.** »

Il est également opportun de faire référence auprès du maître d'ouvrage à la fiche de la DAJ mise à jour le 1^{er} avril 2019 « les modalités de modification des contrats en cours d'exécution » qui précise : « **Les pratiques consistant à émettre un ordre de service portant sur des prestations non prévues dans le marché sans les valoriser financièrement ou de tarder dans leur valorisation doivent être rigoureusement proscrites.** Elles mettent en péril la confiance indispensable entre les parties, peuvent nuire aux conditions de délivrance des prestations et peuvent entraîner l'apparition, d'une action contentieuse ».

■ **En marché privé**, il est recommandé de discuter avant même la signature du marché, du caractère exécutoire des ordres de services et surtout de leurs **modalités de valorisation.**

Par conséquent, il est recommandé de refuser les OS exécutoires en marché privé : en effet, aucun texte ne l'impose. Il est nécessaire de solliciter l'introduction d'une clause prévoyant qu'à défaut d'accord préalable entre les parties sur le prix des travaux supplémentaires, ceux-ci ne devront pas être réalisés.

En cas de maintien de la clause par le maître d'ouvrage, il est préconisé de prévoir l'insertion d'une disposition permettant d'encadrer et de limiter son utilisation ou de renvoyer éventuellement à une clause de règlement des différends.

18

LES CAUSES LÉGITIMES DE PROLONGATION DE DÉLAI

1. DESCRIPTION DU RISQUE

De nombreux marchés ne prévoient pas les incidences planning d'événements échappant à la maîtrise de l'entreprise. Ainsi, de nombreux risques liés au planning sont fréquemment transférés sur l'entreprise, or cette dernière ne peut s'engager sur un planning figé alors que le périmètre du contrat ou les conditions d'exécution de ce dernier sont susceptibles d'évoluer de façon indépendante de sa volonté.

2. OÙ TROUVER L'INFORMATION DANS LE MARCHÉ

■ *Chapitres « Délai / Planning d'exécution contractuel », « Causes légitimes », « Modifications », « Intempéries » du CCAP.*

3. EXEMPLES DE CLAUSES RENCONTRÉES

« L'entrepreneur doit fournir gratuitement un devis, les études et plans nécessaires à la compréhension du devis, un comparatif avec les prestations du marché si celles-ci ont changé ainsi que le délai de décision, au terme duquel le maître d'ouvrage doit prendre la décision **de telle façon que les travaux modificatifs soient exécutés dans le cadre des délais contractuels et notamment du délai global figurant au marché.** »

« La prolongation du délai d'exécution des travaux pour intempéries prévisionnelles (...) ne donne lieu à aucune indemnité. »

« Le titulaire prend en charge l'ensemble des conséquences, **en termes de coûts et de délais**, liées à la réalisation d'un incident lié à l'état des ouvrages, du terrain, du sol et du sous-sol. »

4. L'ÉTAT DU DROIT

Marché public

■ Article 19.2 CCAG travaux 2009 en vigueur au 1^{er} avril 2014.

Marché privé

■ Article 10.3 norme NFP 03-001 du 20 octobre 2017.

5. PRÉCONISATIONS

■ Négocier pour tenter de faire supprimer les dérogations aux normes NFP 03-001 (marchés privés) et CCAG Travaux (marchés publics) et demander l'application des causes légitimes visées par ces normes.

■ Pour les intempéries, tenter de prévoir des données météorologiques sous forme de tableau intégrant notamment :

- les conditions de mise en œuvre de certains matériaux dans les règles de l'art ;
- les cas dans les lesquels le travail ne peut plus être assuré en totale sécurité pour les travailleurs.

■ Prévoir des cas de prolongation de délai en cas de modifications des données d'entrée, nécessité des reprises d'études ou travaux modificatifs ou de demande expresse de TS/TM par le maître d'ouvrage ou son représentant.

■ Prévoir le cas du retard de paiement, même partiel, d'une situation de travaux.

■ Intégrer la prise en compte des impacts financiers résultants de la survenance d'une cause légitime entraînant une prolongation de délai.

■ Dès la survenance d'une cause légitime, informer le maître d'ouvrage sans tarder afin de ne pas se voir opposer un défaut d'avertissement préalable.

1. DESCRIPTION DU RISQUE

Si les délais maximum de paiement sont bien encadrés par la législation, en revanche, la procédure de paiement des acomptes l'est beaucoup moins. Cette procédure fait généralement l'objet d'un article spécifique dans les documents particuliers du marché. Il convient d'être vigilant sur la rédaction de cet article afin d'éviter, par exemple, le report du paiement au mois suivant si la situation de travaux n'est pas envoyée avant le 20^e jour du mois courant. De la même manière, il s'agit d'éviter que les éventuelles corrections apportées par le maître d'œuvre retardent le paiement de l'acompte. Pour mémoire, le délai de paiement des situations de travaux court, en principe,

à compter de la remise de la demande de paiement au maître d'œuvre.

Enfin, il convient de veiller à ce que les pièces du marché ne contiennent pas de stipulation tendant à limiter excessivement la faculté, pour l'entreprise, de suspendre l'exécution de ses travaux en cas de défaut de paiement du maître de l'ouvrage ou au contraire, qui permettrait au maître d'ouvrage de suspendre les paiements pour des raisons non encadrées strictement.

2. OÙ TROUVER L'INFORMATION DANS LE MARCHÉ

■ Article « Paiement » ou « Règlement des comptes » ou « conditions de paiement » du CCAP ou de l'acte d'engagement.

3. EXEMPLES DE CLAUSES RENCONTRÉES

« Toute situation non présentée le 23 de chaque mois par l'entrepreneur au maître d'œuvre d'exécution ne sera prise en compte que le mois suivant. Le bon à payer devra être remis au maître de l'ouvrage par le maître d'œuvre d'exécution le 15 du mois qui suit la remise de la situation des travaux. »

« Le maître de l'ouvrage se réserve le droit de suspendre le paiement des acomptes par mesures de coercition envers l'entreprise, en cas de retard dans l'exécution de certains travaux, négligence ou désinvolture à se conformer aux ordres reçus, ou tout autre cause nuisant à la progression et à la bonne exécution des travaux. »

« Si le montant de l'acompte mensuel ainsi déterminé est inférieur à celui porté par l'entrepreneur sur sa facture d'acompte transmise avec le projet de décompte ;

l'entrepreneur est alors tenu d'adresser au maître d'œuvre un avoir annulant la facture initiale et une nouvelle facture correspondant au montant accepté. Cette nouvelle facture, transmise par le maître d'œuvre à la personne responsable du marché, est payable à trente jours de sa réception par le maître d'œuvre. »

4. L'ÉTAT DU DROIT

Marché public

■ Décret n°2013-269 du 29 mars 2013 relatif à la lutte contre les retards de paiement dans les contrats de la commande publique ; articles 13.1 à 13.2.3 et 49.2.1 du CCAG Travaux 2009 en vigueur au 1^{er} avril 2014 ;

Marché privé

■ Article L.441-1 du code de Commerce ; article L.111-3-1 du code de la Construction et de l'Habitation ; article 20.3 de la norme NF P03-001 du 20 octobre 2017.

5. PRÉCONISATIONS

■ Négocier de façon à essayer de faire retirer du marché toute stipulation obligeant l'entreprise à reprendre sa demande d'acompte en cas de correction faite par le maître d'œuvre ou supprimant toute faculté (ou l'encadrant excessivement) pour l'entreprise de suspendre l'exécution de ses travaux en cas de défaut de paiement.

■ Privilégier le maintien des procédures de règlement des acomptes mensuels prévues à la norme NF P03-001 version d'octobre 2017 ou au CCAG Travaux de 2009 en vigueur au 1^{er} avril 2014.

■ Négocier de façon à essayer de faire retirer du marché toutes les clauses qui permettent au maître d'ouvrage de suspendre les paiements en cas de retard dans la réalisation des travaux.

1. DESCRIPTION DU RISQUE

Il est récurrent de trouver dans les marchés une clause offrant la possibilité au maître d'ouvrage de disposer d'ouvrages non encore achevés pour lui permettre de faire exécuter par d'autres entreprises des travaux autres que ceux faisant l'objet du marché.

Il s'avère donc indispensable d'encadrer ce risque pour ne pas voir l'entreprise rester

responsable (avec toutes les conséquences financières qui s'y attachent) de la garde des ouvrages ou parties d'ouvrages mis à la disposition du maître d'ouvrage.

2. OÙ TROUVER L'INFORMATION DANS LE MARCHÉ

■ *CCAP, articles « Mise à disposition de certains ouvrages ou parties d'ouvrages », « Contrôle et réception des travaux ».*

3. EXEMPLES DE CLAUSES RENCONTRÉES

« Le maître d'ouvrage, disposera des ouvrages (ou parties d'ouvrages) non encore achevés pour lui permettre de faire exécuter par d'autres entrepreneurs des travaux autres que ceux qui font l'objet du marché.

L'entreprise restera responsable de la garde des ouvrages ou parties d'ouvrages pendant la durée où ils sont mis à la disposition du maître d'ouvrage. »

4. L'ÉTAT DU DROIT

- Articles 1788, 1789 et 1790 du Code civil qui font peser sur l'entreprise la charge des dommages affectant ses travaux en cours de construction.
- Article 1242 du Code civil sur la responsabilité de l'entreprise du fait des choses qu'elle a sous sa garde.

- Norme NFP 03-001 du 20 octobre 2017 - article 13, sur la protection des ouvrages par l'entreprise et article 17.2.4.2 sur la prise de possession par le maître d'ouvrage.
- Articles 43.2 et 43.3 du CCAG Travaux 2009 en vigueur au 1^{er} avril 2014 sur la mise à disposition de certains ouvrages ou parties d'ouvrages.
- Article 41.8, 42.2 du CCAG Travaux 2009 en vigueur au 1^{er} avril 2014 sur la prise de possession des ouvrages par le maître d'ouvrage.

5. PRÉCONISATIONS

Il faut tout d'abord s'assurer que le CCAP prévoit bien un **transfert de la garde de l'ouvrage** et des risques associés. **La mise à disposition** des ouvrages ou parties d'ouvrages par le maître de l'ouvrage ne valant pas réception, il est de l'intérêt majeur de l'entreprise de :

- solliciter une réception partielle à la date du constat d'achèvement des travaux visés, le cas échéant ;
- solliciter un état des lieux préalable et contradictoire et en parallèle adresser un courrier RAR au MOA en lui précisant les conditions et conséquences de la mise à disposition : transfert de la garde de l'ouvrage, éventuelles dégradations des ouvrages au cours de la mise à disposition, éventuelles réserves sur les travaux envisagés et leurs conséquences sur l'ouvrage ou la partie d'ouvrage ;
- à l'issue de la mise à disposition : prévoir un nouvel état des lieux contradictoire.

Ainsi, ce transfert de la garde de l'ouvrage ou de la partie de l'ouvrage permettra à l'entreprise de se dégager des risques inhérents aux travaux des entrepreneurs intervenants au cours de la mise à disposition.

En cas de **prise de possession des lieux** par le maître de l'ouvrage, solliciter la réception afin de marquer le point de départ des garanties légales et/ou contractuelles.

1. DESCRIPTION DU RISQUE

L'assurance est un mécanisme contractuel de transfert des risques de l'entreprise vers un assureur. Certaines assurances sont imposées par la loi (ex. responsabilité décennale pour les ouvrages soumis à l'obligation légale d'assurance) et d'autres sont demandées contractuellement (ex. responsabilité civile pour les dommages aux tiers ; Tous risques chantier pour les dommages aux ouvrages en construction).

Il convient d'être vigilant sur les assurances demandées pour plusieurs raisons :

- les obligations dans les marchés de travaux peuvent être incompatibles avec les conditions proposées par les assureurs et/ou les réassureurs (notamment dans la construction, particulièrement au sujet de la décennale) ;

- le non-respect par l'entrepreneur des obligations d'assurance auxquelles il s'est engagé, peut l'amener à une position contractuelle difficile vis-à-vis de son donneur d'ordre (pénalités, réfaction de prix, refus ou réserve à la réception, mise en défaillance, résiliation pour faute du marché).

Le CCAG Travaux 2014 (arrêté du 03/03/2014 modifiant l'arrêté du 08/09/2009), en son article 9, prévoit deux assurances à la charge de l'entreprise :

- l'assurance responsabilité civile pour les dommages causés aux tiers (toute autre personne que le constructeur) par l'exécution des travaux.

- l'assurance décennale pour les ouvrages ou travaux soumis à l'obligation légale d'assurance, c'est-à-dire tous les ouvrages autres que ceux listés à l'article L. 243-1-1 du code des Assurances.

La non remise des attestations d'assurances susvisées, dans les 15 jours après la réception de la demande, peut entraîner la résiliation du marché pour faute du titulaire (article 46.3.1 du CCAG).

Néanmoins, le CCAP peut compléter cette demande par d'autres demandes d'assurance : ex. assurance tous risques chantier (TRC) et contrat collectif d'assurance responsabilité décennale (CCRD) qui doivent normalement être mis en place par le donneur d'ordre, voire assurance des garanties contractuelles particulières (garantie d'étanchéité, garantie anti-corrosion, etc.) qui ne sont pas assurables.

2. OÙ TROUVER L'INFORMATION DANS LE MARCHÉ

- CCAP : chapitres « Assurances », « Responsabilités – Assurances » et « Garanties Particulières »

3. EXEMPLES DE CLAUSES RENCONTRÉES

Certaines clauses peuvent prévoir :

- la souscription d'une « tous risques chantier » à la charge de l'entrepreneur ;

- des montants de garantie très importants en assurance de la responsabilité civile ;

- la souscription d'une assurance responsabilité décennale pour un ouvrage non soumis à l'obligation légale d'assurance ou une demande de garantie en capitalisation ;

- des garanties particulières.

4. L'ÉTAT DU DROIT

- Code civil

- responsabilité civile (art. 1240, 1241 et 1242) ;

- responsabilité décennale (art. 1792 et 1792-4-3) ;

- garde de l'ouvrage (art. 1788 et 1789).

- Code des Assurances :

- art. L. 241-1, L. 241-2, L. 242-1 et L. 243-1-1

- (décennale)

- CCAG Travaux 2009 en vigueur au 1^{er} avril 2014 (art. 9, 46).

5. PRÉCONISATIONS

- Associer le service assurances de l'entreprise à l'analyse du projet de contrat.

- Examiner attentivement les demandes contractuelles d'assurances et leur adéquation avec les contrats d'assurance en vigueur (ex. les activités et types de travaux garantis, montant global de la construction, etc.)

- Le cas échéant, vérifier que la souscription d'assurance TRC et CCRD pour tous les intervenants ne soit pas transférée à l'entreprise.

- En cas d'impossibilité de répondre aux exigences contractuelles assurantielles, interroger en phase d'appel d'offres le maître d'ouvrage et/ou le maître d'œuvre et ne pas hésiter à « qualifier » l'offre sur ce point car le constructeur est dépendant des possibilités offertes par le marché (assurance et/ou réassurance).

- Être vigilant sur :

- les demandes d'assurance décennale notamment pour les ouvrages non soumis à l'obligation légale ;

- les garanties particulières contractuelles (CCAP) leurs étendues et leurs durées ;

- les assurances pouvant être souscrites par le maître d'ouvrage (TRC, CCRD...) avec refacturation des primes à l'entrepreneur ;

- les niveaux de couvertures exigés pour les entreprises sous-traitantes.

1. DESCRIPTION DU RISQUE

Tous les marchés comportent des clauses relatives aux pénalités de retard ou visant à sanctionner des manquements. Ces pénalités sont rarement plafonnées ou forfaitaires, c'est à dire que le maître d'ouvrage se réserve la possibilité de réclamer des dommages-intérêts en réparation de son préjudice en plus des pénalités (dans ces cas, les pénalités ne sont pas libératoires). Il faut donc vérifier la présence d'un plafond global qui regroupe toutes les pénalités de retard, le caractère forfaitaire (appelé libératoire) ou non des pénalités pour

véritablement évaluer le risque supporté par l'entreprise en cas de retard. Il faut s'assurer que le montant total des pénalités prévues par le marché (tous types confondus) ne soit pas supérieur à ce que prévoit le CCAG Travaux (pénalité journalière de 1/3000 du montant du marché) ou la norme NFP 03-001 (pénalité journalière de 1/3000 du montant du marché, plafonné à 5 %).

2. OÙ TROUVER L'INFORMATION DANS LE MARCHÉ

■ *Clauses pénalités et / ou délais de l'Acte d'engagement ou du CCAP*

3. EXEMPLES DE CLAUSES RENCONTRÉES

■ Pénalités de retard

« Toutes les pénalités prévues au 5.2, 5.3 et 5.4 du présent document sont encourues sur simple constatation du maître d'ouvrage, du conducteur d'opération ou du coordonnateur en matière de sécurité et de protection de la santé. Elles sont cumulables, et ne sont pas plafonnées ».

« L'application des retenues ou pénalités de retard n'est pas exclusive des sommes qui pourraient être dues par l'entreprise ou le groupement au maître d'ouvrage en réparation des préjudices qu'il aurait subis du fait du non-respect des dispositions du marché par l'entreprise/le groupement ».

■ Pénalités de retard dans la remise des documents

« En cas de retard dans la remise ou la diffusion de documents nécessaires à l'ordonnancement ou à la coordination des travaux (plans d'exécution, notes de calcul, notes techniques, études de détails, production de devis de travaux modificatifs) une pénalité de 250 € par document et par jour calendaire de retard peut être appliquée. »

les pénalités prévues au contrat et elle peut y renoncer (CE, 17 mars 2010, n° 308676, commune d'Issy-lès-Moulineaux)

- pouvoir de modulation du maître d'ouvrage (CE, 29 décembre 2008, n° 296930, OPHLM de Puteaux)
- les pénalités sont applicables de plein droit, sans mise en demeure préalable (CE, 15 novembre 2012, n° 350867, hôpital de l'Isle-sur-la-Sorgue)

Marché privé :

■ Article 1231-5 du Code civil : la clause pénale (clause d'indemnisation forfaitaire).

■ Article 9.5 - NF P03-001 du 20 octobre 2017 : Primes pour avance et pénalités de retard : pénalité journalière de 1/3000 du montant HT du marché, plafonnée à 5 %.

4. L'ÉTAT DU DROIT

Marché public :

■ Article 20 du CCAG Travaux 2009 en vigueur au 1^{er} avril 2014 : pénalité journalière de 1/3000 du montant HT du marché. Non plafonnée.

■ Fiche Direction des Affaires Juridiques (DAJ) du ministère de l'Économie « Pénalités dans les marchés publics » (mise à jour le 1^{er} avril 2019).

Principes :

- les pénalités sont forfaitaires (libératoires), sauf mention contraire dans le CCAP (CE, 15 mai 1987, n° 41974, Hôpital rural de Breil-sur-Roya)
- la collectivité n'est pas tenue d'appliquer

5. PRÉCONISATIONS

L'entreprise ne peut supporter les conséquences du caractère non forfaitaire (non libératoire) et non plafonné des pénalités.

Il faut tenter d'obtenir un plafond global pour l'ensemble des pénalités prévues par le marché de façon à avoir une lisibilité du risque. Il convient de négocier que l'ensemble de ces pénalités soit forfaitaire (libératoire), c'est-à-dire qu'elles ne puissent pas permettre au maître d'ouvrage de faire d'autres demandes au titre des préjudices causés par le retard ou manquement (dommage et intérêts, pertes d'exploitation...). Si le maître d'ouvrage refuse le plafond et/ou le caractère forfaitaire (libératoire) des pénalités, il faudrait tenter d'avoir dans le marché une liste exhaustive des dommages pouvant ouvrir droit à réparation.

Enfin, pour les pénalités de retard dans la remise des documents, il faudrait éviter qu'elles s'appliquent par document et par jour calendaire de retard, ce qui nécessite une traçabilité pointilleuse des remises de documents.

23 RISQUE LIÉ À LA NON LEVÉE DES RÉSERVES

1. DESCRIPTION DU RISQUE

En matière de levée des réserves, le risque du maître de l'ouvrage est normalement garanti par la retenue de garantie ou la caution qui lui aura été remise en substitution.

Malgré l'existence de cette garantie, de plus en plus de marchés comportent également une pénalité pour non levée de réserves, cette pénalité étant généralement d'un montant important et non plafonné.

D'autres marchés vont même jusqu'à différer certains paiements et/ou à conditionner l'approbation des comptes du marché à la levée des réserves.

2. OÙ TROUVER L'INFORMATION DANS LE MARCHÉ

■ *CCAP dans les clauses Pénalités et / ou Réception / Paiements.*

3. EXEMPLES DE CLAUSES RENCONTRÉES

« En cas de non-levée des réserves de réception ou dénoncées pendant l'année de parfait achèvement (...), le maître d'ouvrage pourra appliquer à l'entrepreneur défaillant une pénalité de 2/1000^e du montant et avenants HT, par jour calendaire de retard jusqu'à la levée de la ou les réserves. Ces pénalités ne sont pas plafonnées. »

« Une fois l'ensemble des réserves de réception et de parfait achèvement levées, l'entrepreneur devra obtenir du maître d'ouvrage un quitus signé constatant qu'il a complètement rempli ses obligations en termes de levée de réserves. Tant que ce quitus ne sera pas obtenu, les pénalités continueront à courir. »

« Dans le cas d'une réception avec réserves, le maître d'ouvrage ou son représentant peut surseoir à l'approbation du mémoire définitif de l'entrepreneur aussi longtemps que les réserves ne sont pas levées. »

4. L'ÉTAT DU DROIT

Marché public

■ Article R 2191-32 du code de la Commande publique entré en vigueur le 1^{er} avril 2019.

■ CCAG travaux 2009 en vigueur au 1^{er} avril 2014 : ce document ne prévoit pas de pénalités pour retard ou non levée de réserves, car obéissant à un régime spécifique prévu au 41.6 (cf. Cour administrative d'appel de Lyon, 18 février 2010, SA Planche, requête n°07LY01299).

Marché privé

■ Loi n°71-584 du 16 juillet 1971 tendant à régler les retenues de garanties en matière de marchés de travaux définis par l'article 1799-3° du Code civil.

■ NF P03-001 du 20 octobre 2017 : ce document ne prévoit pas de pénalités pour non levée de réserves.

5. PRÉCONISATIONS

Il faudrait éviter le principe de la triple peine : retenue de garantie, pénalités, décompte suspendu.

Comme pour les autres pénalités, il faut essayer de plafonner les éventuelles pénalités liées à la non levée des réserves (éventuellement proposer un plafonnement global des pénalités, y compris les pénalités de levée des réserves). Il faut aussi essayer d'éviter que la pénalité s'applique par jour et par réserve.

Il est important que les comptes entre les parties ne soient pas conditionnés à la levée des réserves. À défaut, il faut essayer de prévoir un délai maximum pour la présentation du décompte qui soit cohérent avec le délai laissé pour la levée des réserves.

1. DESCRIPTION DU RISQUE

La norme NF P03-001 pour les marchés privés et le CCAG Travaux pour les marchés publics, prévoient tous deux des procédures initialement équilibrées auxquelles les maîtres de l'ouvrage dérogent souvent :

- par le raccourcissement des délais de transmission du projet de décompte de l'entreprise ;
- par l'allongement des délais de réponse du maître de l'ouvrage, voire la suppression de tout délai de réponse ;

- par la suppression de toute possibilité d'obtention d'un décompte général et définitif tacite au bénéfice de l'entreprise, en imposant inversement des acceptations tacites à l'encontre de cette dernière ;

- en conditionnant le versement du solde à la levée de l'ensemble des réserves (nonobstant l'existence d'une retenue de garantie, éventuellement cautionnée).

2. OÙ TROUVER L'INFORMATION DANS LE MARCHÉ

*Chapitre « Paiement »
ou « Règlement des
comptes » ou « Décompte
final » du CCAP et/ou de
l'acte d'engagement.*

3. EXEMPLES DE CLAUSES RENCONTRÉES

« Il est expressément précisé que le retard du maître d'ouvrage dans la notification du D.G.D. à l'entrepreneur ne saurait en aucun cas valoir acceptation tacite du mémoire définitif. »

« Après notification du D.G. par le maître d'ouvrage, l'entrepreneur dispose de trente (30) jours pour présenter par écrit ses observations éventuelles. À défaut, il est réputé avoir accepté ce dernier sans réserve. »

« Dans le cas d'une réception avec réserves, le maître d'ouvrage peut surseoir à l'approbation du mémoire définitif de l'entrepreneur aussi longtemps que les réserves ne sont pas levées. »

4. L'ÉTAT DU DROIT

Marché public

■ Articles 13.3 et 50.1.1 du CCAG Travaux 2009 en vigueur au 1^{er} avril 2014.

■ CE n°423331, 25 janvier 2019, société Self Saint-Pierre-et-Miquelon sur l'application de la règle du DGD tacite en marchés publics au bénéfice de l'entreprise.

Marché privé

■ Article 20.4 de la norme NF P03-001 du 20 octobre 2019.

5. PRÉCONISATIONS

■ Privilégier le maintien des procédures d'établissement du décompte de fin de travaux prévues à la norme NF P03-001 du 20 octobre 2017 ou au CCAG Travaux de 2009 en vigueur au 1^{er} avril 2014.

■ Résister à l'introduction d'une pénalité pour non-transmission du projet de décompte.

■ Négocier des clauses miroir et équilibrées permettant à l'entreprise :

- de bénéficier de délais d'analyse et de réponse aux projets de décomptes finaux identiques à celui du maître d'ouvrage
- de se prévaloir d'acceptations tacites des décomptes finaux en cas de non-respect de la procédure de décompte final par le maître d'ouvrage, si ce dernier en bénéficie également
- de ne pas se voir opposer des forclusions ne jouant qu'au bénéfice du maître d'ouvrage.

■ Résister aux demandes tendant à ce que le paiement du solde du marché soit conditionné par un accord définitif des parties sur le montant du décompte général définitif et/ou à la levée des réserves ou le paiement des dépenses d'intérêt commun (le maître de l'ouvrage doit au moins régler les sommes qu'il admet dans son décompte général).

1. DESCRIPTION DU RISQUE

La Garantie de Parfait Achèvement (GPA) est une garantie légale qui couvre les désordres signalés par le maître d'ouvrage, soit au moyen de réserves mentionnées dans le procès-verbal de réception, soit par voie de notification écrite pour ceux révélés postérieurement à la réception (Code civil, art. 1792-6, al. 2 partiel). L'entrepreneur est tenu à la garantie pendant un an à compter de la réception. Cette durée est parfois aménagée par des stipulations contractuelles différentes.

Le CCAG travaux prévoit notamment que le délai de garantie peut être prolongé par décision du représentant du pouvoir adjudicateur jusqu'à l'exécution complète des travaux et prestations de reprise.

On peut trouver dans les marchés des clauses plus contraignantes prévoyant une durée supérieure à un an ou un champ d'application de la garantie élargi.

2. OÙ TROUVER L'INFORMATION DANS LE MARCHÉ

■ *Chapitre « garanties et responsabilités » du CCAP.*

3. EXEMPLES DE CLAUSES RENCONTRÉES

■ Clause prolongeant la durée de la GPA :

« Par dérogation au délai de un an fixé à l'article 44.1 du CCAG-Travaux, le délai de la garantie de parfait achèvement est de 16 mois à compter de la date d'effet de la réception. Cet allongement de la garantie est sans incidence sur la possibilité pour le maître d'ouvrage de prolonger ce délai dans les conditions précisées à l'article 44.2 du CCAG-travaux. »

■ Clause permettant au maître d'ouvrage de dénoncer de nouveaux désordres de GPA pendant la durée de prolongation de la GPA :

« Si, à l'expiration du délai de garantie, le mandataire du groupement n'a pas procédé à l'exécution des travaux et prestations énoncés à l'article 44.1 ainsi qu'à l'exécution de ceux qui sont exigés, le cas échéant, en application de l'article 39, le délai de garantie peut être prolongé par décision du maître de l'ouvrage jusqu'à l'exécution complète des travaux et prestations, que celle-ci soit assurée par le mandataire du groupement ou qu'elle le soit d'office conformément aux stipulations de l'article 41.6. **Le nouveau délai de garantie ainsi déterminé concerne la totalité des travaux, que ceux-ci aient fait l'objet de réserves ou non.** »

4. L'ÉTAT DU DROIT

Marché public

■ CCAG travaux 2009 en vigueur au 1^{er} avril 2014, article 44 ; principes jurisprudentiels inspirés de l'article 1792-6 du Code civil

À noter que, contrairement à une croyance répandue, les désordres de GPA ne sont pas, en marchés privés, couverts par la retenue de garantie prévue par la loi n°71-584 du 16 juillet 1971, qui ne vise que les réserves faites à la réception par le maître d'ouvrage.

En revanche, en marchés publics, la retenue de garantie a pour objet de couvrir à la fois « les réserves formulées à la réception des prestations du marché et, le cas échéant, celles formulées pendant le délai de garantie lorsque les malfaçons n'étaient pas apparentes ou que leurs conséquences n'étaient pas identifiables au moment de la réception » (art. R. 2191-32 du code de la Commande publique entré en vigueur le 1^{er} avril 2019).

Marché privé

■ Art. 1792-6, al. 2 partiel.

5. PRÉCONISATIONS

- Tenir compte des coûts liés à des garanties supérieures à un an ou essayer de s'y opposer.
- Si ces obligations spécifiques figurent dans le marché principal, veiller à les reporter dans les contrats de sous-traitance.
- Négocier de façon à faire retirer du marché toutes les clauses permettant au maître d'ouvrage de déclarer de nouveaux désordres de GPA en dehors de la période initiale.

1. DESCRIPTION DU RISQUE

En droit public, en marge des jurisprudences classiques voire éculées sur les notions d'imprévision économique et de sujétions techniques imprévues qui, indépendamment des clauses contractuelles, ouvrent théoriquement droit pour le titulaire à indemnisation en cas d'aléa imprévisible et extérieur aux parties, et de « bouleversement de l'économie du marché » pour les contrats forfaitaires, le nouveau code de la Commande publique admet une modification du marché sans nouvelle mise en concurrence en cas de « circonstances imprévues » (L.2194-1).

Est visé là tout type d'évènement extérieur aux parties, imprévisible, de nature à plus simplement bouleverser « temporairement l'équilibre du contrat » (et non son économie). Le cas échéant, le cocontractant qui en poursuit l'exécution a droit à une indemnité qui ne peut cependant dépasser 50 % du prix pour les marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs, et qui est

provisoire afin de permettre au co-contractant de faire face à des difficultés temporaires jusqu'au retour à une situation normale. En droit privé, l'imprévision est constituée par un changement de circonstances, imprévisibles à la conclusion du contrat, qui rend son exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque. L'imprévision permet au cocontractant de demander une renégociation du contrat. Il est alors tenu d'exécuter le contrat, sauf dérogation prévue par celui-ci. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent soit convenir de la résolution du contrat soit demander au juge de procéder à son adaptation (Code civil, article 1195). L'imprévision n'est pas d'ordre public, les parties peuvent convenir d'y déroger.

2. OÙ TROUVER L'INFORMATION DANS LE MARCHÉ

*CCAP dans les clauses :
montant des travaux ;
forme des prix.*

3. EXEMPLES DE CLAUSES RENCONTRÉES

« Il est expressément convenu entre les parties qu'elles renoncent, chacune en ce qui la concerne, à se prévaloir des dispositions de l'article 1195 du Code civil qui permettent, si un changement de circonstance imprévisible lors de la conclusion du contrat venait à rendre son exécution excessivement onéreuse, d'en demander la renégociation. »

4. L'ÉTAT DU DROIT

Marché public

- CCP : articles L6 3°, L.2194-1 et R.21943 et 5
- Jurisprudence : CE, 30 mars 1916 Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux n°59928 ;
- CE, 9 décembre 1932, Compagnie des tramways de Cherbourg n° 89655 01000 01001
- Circulaire ministérielle du 20 novembre 1974 relative à l'indemnisation des titulaires de

marchés publics en cas d'accroissement imprévisible de leurs charges économiques

- Instruction du 25 janvier 2005 relative à la prise en compte des évolutions des coûts dans la fixation des prix des marchés publics de bâtiment et de génie civil

Marché privé

- Article 1195 du Code civil
- NF P03-001, article 9.1.2

5. PRÉCONISATIONS

Certaines clauses excluent de manière générale ou pour un élément en particulier le bénéfice de l'imprévision. L'imprévision étant un droit au bénéfice du titulaire, il faut veiller à ne pas y renoncer dans le marché.

D'autres clauses réputent prévus certains événements alors que l'entreprise ne dispose d'aucun élément pour en anticiper financièrement les conséquences. À éviter également.

Enfin, certaines clauses sont potentiellement dangereuses en ce qu'elles impliquent plus ou moins implicitement des transferts de risque à l'entreprise (pièces livrées à titre indicatif, analyses complémentaires de sol à faire) et rendent plus difficile la démonstration du fait que l'événement considéré sort de la prévision de l'entreprise puisqu'elle en a accepté le risque. Il peut arriver que le maître d'ouvrage souhaite intégrer de multiples hypothèses dans l'imprévision. Ainsi, en cas de réalisation de l'événement, l'entreprise ne pourra prétendre qu'à une indemnisation partielle et provisoire de son préjudice. Au surplus, les délais de réalisation des travaux ne seront pas prolongés (sauf si l'événement est une cause légitime de prolongation) ce qui engendrera un risque important de pénalités de retard (cf fiche n°22). Il faut donc veiller à limiter l'imprévision à sa stricte définition c'est-à-dire à un événement temporaire, imprévisible et extérieur aux parties et à ne pas y intégrer d'éventuelles erreurs ou omissions des parties.

1. DESCRIPTION DU RISQUE

Les acteurs intervenant dans la conception et la réalisation d'un ouvrage sont amenés à travailler ensemble afin de créer et/ou enrichir une maquette numérique qui contiendra les informations pertinentes permettant la planification, la construction et la gestion de l'ouvrage depuis sa conception jusqu'à son exploitation.

L'utilisation du BIM nécessite de définir ou clarifier la propriété de la

maquette numérique, les responsabilités des acteurs concernant la création des données, les obligations de contrôle et la validation des données, ainsi que les conséquences en matière d'assurance.

2. OÙ TROUVER L'INFORMATION DANS LE MARCHÉ

■ *Article spécifique, convention ou annexe portant sur le BIM, la maquette numérique ou la propriété intellectuelle.*

3. EXEMPLES DE CLAUSES RENCONTRÉES

« L'entrepreneur cède au maître d'ouvrage, à titre exclusif et gratuit, pour le monde entier, au fur et à mesure de la création et de la production de l'œuvre (telle que définie ci-après) et pour toute la durée légale de protection de ladite œuvre, l'ensemble des droits de propriété intellectuelle (y compris notamment, les brevets, copyrights, droits d'auteur, plus précisément des droits d'exploitation, de reproduction, de représentation, d'adaptation tels qu'ils résultent des dispositions du code de la Propriété intellectuelle (art. L. 122-1 et s.), [...] et, plus généralement, de toute création technique et/ou artistique réalisée dans le cadre de l'élaboration et la réalisation du programme par l'entrepreneur et ce quel qu'en soit la forme ou le support. »

4. L'ÉTAT DU DROIT

Marché public

■ CCAG Travaux :
Norme ISO 19650

Marché privé

■ Norme Afnor NF P 03-001

5. PRÉCONISATIONS

■ **Si l'entreprise est BIM Manager**, le contrat de travaux doit décrire ce rôle et délimiter ses nouvelles missions ainsi que le périmètre de ses responsabilités, notamment sur les livrables.

Il convient de l'adapter en fonction du projet, en limitant sa responsabilité car il n'est pas en capacité de s'engager sur le contenu même des maquettes numériques.

Les entreprises doivent veiller à :

- décrire précisément le contour de leur rôle de BIM Manager,
- déterminer la période pendant laquelle elle souhaite assumer ce rôle,
- les données fournies soient d'un format et d'une qualité adaptée à la mission à remplir,
- exiger des autres parties qu'elles nomment des référents BIM afin de permettre au BIM Manager de réaliser ses propres tâches. Ces référents BIM géreront la partie du projet traité en BIM par chaque entité partie au projet et seront les interlocuteurs privilégiés du BIM Manager.

De plus, il convient de rappeler que le rôle de concepteur reste toujours attribué à la maîtrise d'œuvre qui conçoit la maquette numérique architecturale comprenant la représentation numérique du dessin.

Cette maquette en phase conception intègre notamment les études BET.

■ **Si l'entreprise est contributeur BIM**, elle doit vérifier que le contrat limitera ses responsabilités à sa seule intervention. Lors de la négociation des contrats, les entreprises doivent veiller au respect des droits de propriété intellectuelle :

- les contributions de chacun des acteurs du projet sont susceptibles d'être protégées par un ou plusieurs droits de propriété intellectuelle,
- des droits propres à la maquette numérique : la représentation graphique générée par la maquette numérique peut être une œuvre protégeable au titre du droit d'auteur,
- l'existence de droits s'appliquant sur le logiciel qui permet de produire la maquette numérique. Il convient de prêter attention au régime de propriété intellectuelle établi dans le contrat avec l'éditeur de logiciel, et par exemple veiller à rester titulaire des résultats issus de l'utilisation du logiciel.

L'entreprise veillera à ce que ses engagements soient limités au projet, limités dans le temps, répercutés à ses cocontractants.

1. DESCRIPTION DU RISQUE

En cas de désaccord, les contrats stipulent que les parties ont la faculté de saisir le tribunal compétent ou de recourir à l'arbitrage mais ce dispositif présente une certaine lenteur au regard de l'avancement du chantier. Il est rarement satisfaisant car il oblige l'une des parties à agir de manière contentieuse ce qui durcit les relations. L'entreprise se voit donc exposée au risque d'achever ses travaux sans avoir obtenu une décision par rapport à ses demandes. Ainsi, elle est susceptible de supporter des retenues et autres pénalités sans se faire payer de ses dépenses supplémentaires avant le jugement qui viendra plusieurs années après.

2. OÙ TROUVER L'INFORMATION DANS LE MARCHÉ

■ **Marché privé :**

chapitre Règlement des différends.

■ **Marché public :**

*article 50 du CCAG -
Règlement des différends.*

3. EXEMPLES DE CLAUSES RENCONTRÉES

« Les parties s'efforceront de régler à l'amiable leur différend et à défaut pourront recourir à l'arbitrage si elle s'accorde sur la désignation du tribunal arbitral et sur ses modalités d'intervention et à défaut la partie la plus diligente saisira le tribunal compétent. »

« Les parties, après avoir impérativement tenté de régler amiablement leur différend et si cette tentative n'a pas abouti dans un délai de 30 jours, pourront saisir le tribunal compétent. »

4. L'ÉTAT DU DROIT

Marché public

■ CCAG Travaux - article 50.

Marché privé

■ Norme Afnor NF P 03-001 - article 21 : Contestations.

5. PRÉCONISATIONS

■ Il est très utile d'avoir l'avis d'un tiers indépendant rapidement en cours de travaux quand un désaccord significatif survient, car sa décision, qu'elle s'impose définitivement aux parties ou qu'il s'agisse seulement d'un avis qu'elles s'engagent à suivre provisoirement en se réservant une action en justice plus tard, permet de débloquer une situation.

■ Cette intervention donne la possibilité à l'entreprise d'être rémunérée ou indemnisée rapidement suite à des demandes de modifications ou des perturbations sans attendre la fin du chantier.

■ Un premier avis du tiers qu'il soit médiateur, expert ou conciliateur permettra de faire comprendre aux parties les principes régissant leur relation et permettra d'éviter de le ressaisir pour des blocages ultérieurs au regard même de cette vertu pédagogique.

■ Pour éviter toute perte de temps quand le désaccord survient, il faut prévoir dans le marché la mission qui sera confiée au tiers expert (il s'agit souvent d'une mission technique sur les prix de modifications ou les incidences de délai suite à une perturbation ou encore sur la qualité ou l'achèvement des travaux) mais ce tiers expert peut aussi se voir confier la mission d'interpréter le contrat.

■ Le tiers doit être désigné, de préférence, lors de la signature du contrat ainsi que son ou ses remplaçants en cas d'empêchement. (*Nota* : sauf sur les très grosses opérations, éviter les comités d'experts ou « *dispute boards* » car cela génère des coûts importants et un allongement des délais).

Il est à noter que le médiateur ne donne pas d'avis et ne peut que tenter de rapprocher les parties.

Conclusion :

le suivi contractuel, un instrument au service de la maîtrise du projet

Quelle que soit l'issue de la négociation du marché, son exécution ne dispense pas d'une gestion contractuelle permettant de prévenir les risques et de préserver l'équilibre économique de l'opération dans le respect des droits et obligations de chacune des parties intervenantes.

Les principes fondamentaux d'une gestion contractuelle au service du projet résident dans :

- **une bonne connaissance du marché, de ses enjeux et des missions des différents intervenants ;**

- **une anticipation et une transparence sur les modifications à apporter au contrat ou les difficultés rencontrées dans son exécution**, afin d'en maîtriser les conséquences et de faciliter leur contractualisation au fil de l'eau ;

- **un usage des outils de communication prévus au contrat au service du projet et de l'analyse objective des écarts et dérives**, favorisant le dialogue entre les différents acteurs (maîtres d'ouvrage, maîtres d'œuvre, OPC, entreprises, autres), l'émergence de solutions et le circuit de décision ;

- un recours aux modes de règlement amiable faisant intervenir un tiers (médiateur, conciliateur ou expert), en cas de survenance d'un différend ou de difficulté(s) qui n'auraient pu trouver de solution par la négociation directe entre les parties.

Le guide a été élaboré sur la base de la connaissance et de la compréhension qu'ont les membres du groupe de travail du cadre juridique applicable à date, sans prétendre à l'exhaustivité. Le guide est destiné à l'usage interne des membres du syndicat et ne saurait se substituer à une consultation juridique. EGF.BTP ne peut être tenu responsable à raison de l'utilisation faite par quiconque du guide, ainsi que des erreurs, inexactitudes et imperfections qu'il pourrait contenir.

ENTREPRISES GÉNÉRALES
DE FRANCE.BTP (EGF.BTP)
est le syndicat national des
entreprises générales de
bâtiment et de travaux pu-
blics, reconnues pour leur
capacité à proposer à leurs
clients une approche glo-
bale de l'acte de construire.



ENTREPRISES
GÉNÉRALES DE
FRANCE • BTP

contact

Entreprises Générales de France.BTP
9 rue La Pérouse
75784 Paris Cedex 16
tél : 01 40 69 52 77
contact@egfbtp.com
www.egfbtp.com