

Marchés de travaux

par **Bernard-Michel BLOCH**

*Diplômé d'études supérieures spécialisées (DESS) de droit de la construction et de l'urbanisme
Avocat au Barreau des Hauts-de-Seine*

1. Différences entre marchés publics et marchés privés	C70 – 2
1.1 Marchés privés : secteur libre.....	— 2
1.2 Marchés publics : secteur réglementé	— 2
2. Utilité de la distinction entre marchés publics et privés	— 2
3. Le « paquet législatif » de l'Union européenne sur les marchés publics	— 3

L'étude des marchés de travaux implique de bien distinguer les marchés publics d'une part, et les marchés privés d'autre part, et aussi de connaître les règles et usages qui président à la passation et l'exécution des marchés de travaux à l'extérieur des frontières françaises, l'Union européenne ayant à cet égard élaboré un « paquet législatif » qui s'impose à tous les États-membres de l'Union.

1. Différences entre marchés publics et marchés privés

1.1 Marchés privés : secteur libre

C'est le domaine de la liberté contractuelle (libre négociation avec le client) seulement limitée par les lois « d'ordre public » (auxquelles on ne peut pas déroger).

• Le principe de la **liberté contractuelle** (corollaire du principe de la liberté du commerce et de l'industrie) signifie que le contrat signé « fait la loi des parties ». Mais tout contrat signé est la résultante d'un rapport de forces et d'une négociation.

• Il existe toutefois des **limitations** à ce principe, exprimées par des textes législatifs et réglementaires de deux sortes :

- textes d'organisation et de définition délimitant le cadre juridique dans lequel pourront s'inscrire les contrats (par exemple, articles du Code civil sur la vente, le mandat) ;

- textes *d'ordre public* : ce sont des textes impératifs qui s'imposent aux personnes voulant contracter et auxquels on ne peut pas déroger par les clauses du contrat.

Ces textes sont à la fois incontournables et contraignants car souvent destinés à protéger une partie par rapport à une autre : on dit alors que ces lois instituent un « ordre public de protection ». Parmi ces lois contraignantes intéressant les marchés de travaux, on citera :

- la loi du 16 juillet 1991 sur les retenues de garantie ;
- la loi du 31 décembre 1975, modifiée à plusieurs reprises, relative à la sous-traitance, l'objectif voulu par le législateur à travers cette loi étant de protéger le sous-traitant ;
- la loi (codifiée au Code de la construction et de l'habitation) du 4 janvier 1978 sur les responsabilités et l'assurance dans le domaine de la construction ;
- la loi (codifiée au Code de la construction et de l'habitation) du 19 décembre 1990 sur le contrat de construction de maison individuelle.

• Sous réserve de ces lois d'ordre public, les conditions d'exécution d'un marché privé sont variables. Mais, dans un système de liberté contractuelle, il ne faut pas oublier que les tribunaux ont un pouvoir d'interprétation non seulement des textes de lois et décrets, mais également du contenu et du sens global des contrats qui leur sont soumis : ils sont habilités à rechercher la « commune intention des parties » et peuvent « requalifier » un contrat dont le libellé et le contenu ne correspondent pas aux faits qui leur sont soumis et qu'ils apprécient souverainement.

Cela étant, une fois signé, le **contrat fait la loi des parties** : il ne peut être rompu ni modifié unilatéralement.

1.2 Marchés publics : secteur réglementé

Cela signifie que le cadre contractuel est réglementé par :

- le code des marchés publics (C.M.P.) ;
- le cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux (CCAG – Travaux) ;
- les cahiers des clauses administratives particulières (CCAP) – type.

Dans les marchés publics, en dehors de la nécessaire mise en concurrence au stade de la passation, une certaine prépondérance est accordée à l'Administration au cours de l'exécution du contrat (pouvoir de modification, de résiliation) avec obligation pour le titulaire du marché de s'y soumettre.

2. Utilité de la distinction entre marchés publics et privés

■ Au niveau de la dévolution des marchés

Les modes de passation sont réglementés dans les marchés publics, l'article 1^{er} du code des marchés publics rappelant que « *Quel que soit leur montant, les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. Ils exigent une définition préalable des besoins de l'acheteur public, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence et le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse. Ces obligations sont mises en œuvre conformément aux règles fixées par le présent code.*

Ces règles s'expliquent parce que c'est l'argent public qui est en jeu.

Au contraire, la liberté contractuelle dans les marchés privés permet au maître d'ouvrage de contracter avec qui il veut.

■ Au niveau de l'exécution des marchés

— Dans les marchés publics, le CCAG-Travaux est très directif et en même temps formaliste tant en ce qui concerne les obligations de l'entrepreneur que celles du maître de l'ouvrage ; c'est un document qui s'impose à l'entreprise sans possibilité pour elle d'en négocier les modalités.

— Dans les marchés privés, les conditions du marché dépendent du rapport de forces existant entre le maître d'ouvrage et l'entreprise. La norme Afnor P 03-001 (décembre 2000) qui « définit d'une façon générale les droits et obligations de chaque partie contractante d'un marché privé de travaux de bâtiment » n'a aucune force obligatoire et ne s'applique que si elle est rendue contractuelle par le marché. Même dans ce cas, il y est souvent dérogé par les documents particuliers du marché.

■ En ce qui concerne la responsabilité des constructeurs

Comme cela est indiqué dans l'article [C 66] *Assurance construction*, le contentieux de la responsabilité des constructeurs dans les marchés publics relève des tribunaux administratifs (et en appel des cours administratives d'appel). Le Conseil d'État est juge de cassation. La jurisprudence administrative est plus favorable aux constructeurs que la jurisprudence judiciaire : elle applique « les principes dont s'inspirent » les articles 1792 et 2270 du Code civil. Il en résulte :

- un partage de responsabilités qui peut s'avérer sévère pour le maître d'œuvre ;
- une prise en compte fréquente de coefficients de vétusté (ex. 50 % d'abattement admis pour la réfection d'un ouvrage routier de plus de 9 ans) ;
- une prise en compte de l'amélioration apportée à l'ouvrage par les travaux de réfection ;
- les désordres de « faible importance » ne donnent pas lieu à responsabilité décennale.

Cette jurisprudence s'explique par :

- l'obligation d'entretien de l'ouvrage public ;
- la prise en compte de la responsabilité du maître d'ouvrage public lorsqu'il est doté de services techniques importants et qu'il impose des choix ou des procédés techniques spécifiques.

Au contraire, la jurisprudence des tribunaux judiciaires et de la Cour de cassation tend vers une protection renforcée des acquéreurs de logements et plus généralement des clients maîtres d'ouvrage (qui ont droit à la « réparation intégrale de leur préjudice » sans abattement d'aucune sorte) : il ne peut donc être tenu compte de la vétusté de l'ouvrage endommagé.

3. Le « paquet législatif » de l'Union européenne sur les marchés publics

Une directive unique, en date du **31 mars 2004** (concernant la passation des marchés de fournitures, de services et de travaux), qui était en projet depuis quatre ans, a été publiée au Journal officiel de l'Union européenne (*JOUE*) du 30 avril 2004.

Cette directive (tenant lieu de loi-cadre européenne) vise à refondre la législation communautaire en matière de marchés publics en un texte unique clair et transparent, l'objectif étant la création d'un véritable marché intérieur européen dans le domaine des achats publics. Cette législation n'a pas pour objet de remplacer le droit national, mais d'assurer le respect des principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence lors de la passation des marchés publics dans l'ensemble des États membres.

Cette directive poursuit **un triple objectif de modernisation, de simplification et de plus grande flexibilité** du cadre juridique exis-

tant en la matière : modernisation pour tenir compte de nouvelles technologies et des modifications de l'environnement économique, simplification afin que les textes actuels soient plus facilement compréhensibles pour les utilisateurs, de façon que les marchés soient passés en parfaite conformité aux normes et principes régissant la matière et que les sociétés impliquées soient en position de mieux connaître leurs droits, et flexibilité des procédures pour répondre aux besoins des acheteurs publics et des opérateurs économiques.

C'est pourquoi le **découpage des articles** que nous adopterons pour traiter les marchés de travaux dans son ensemble est le suivant :

- [C 71] *Marchés publics de travaux : procédures de passation et contenu* ;
- [C 72] *Marchés publics de travaux : exécution, contentieux et responsabilités* ;
- [C 73] *Marchés publics de travaux : pour en savoir plus* ;
- [C 74] *Marchés de travaux privés* ;
- [C 75] *Marchés de travaux dans l'Union européenne* ;
- [C 76] *Marchés de travaux hors de l'Union européenne*.