

Marchés de travaux privés

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. Définition et nature juridique	C 74v2 – 2
1.1 Distinction entre marché de travaux et contrat de travail	— 2
1.2 Distinction entre contrat de louage d'ouvrage et contrat de mandat	— 2
1.3 Distinction entre contrat de louage d'ouvrage et contrat de vente.....	— 2
1.4 Caractère civil ou commercial du marché de travaux privés	— 3
1.5 Présentation et plan	— 3
2. Différents participants à l'acte de construire	— 3
2.1 Maître de l'ouvrage	— 3
2.2 Locateurs d'ouvrage.....	— 4
3. Passation et contenu du marché	— 7
3.1 Consultations d'entreprises et conclusion du marché	— 7
3.2 Forme du marché	— 7
3.3 Documents constituant le marché	— 7
4. Exécution du marché	— 8
4.1 Prerogatives et obligations du maître de l'ouvrage	— 8
4.2 Obligations et droits du locateur d'ouvrage.....	— 11
4.3 Difficultés d'exécution en cours de marché	— 13
4.4 Résiliation du marché.....	— 16
5. Liquidation du marché	— 17
5.1 Marchés conclus <i>ne varietur</i> et autres catégories de marchés.....	— 17
5.2 Règlement du prix et restitution de la retenue de garantie au locateur d'ouvrage	— 19
5.3 Variation du prix	— 20
5.4 Supplément du prix.....	— 21
6. Responsabilités et contentieux	— 21
6.1 Contentieux de l'exécution du marché	— 21
6.2 Responsabilités biennale et décennale	— 23
6.3 Assurances des constructeurs.....	— 24
Pour en savoir plus	Doc. C 74v2

Les marchés de travaux privés, en France, relèvent de la libre négociation des parties. Cette liberté contractuelle a toutefois ses limites dans l'environnement réglementaire des chantiers de construction (sécurité et protection de la santé, protection des travailleurs, des sous-traitants et des acquéreurs de logements). Des lois d'**ordre public**, social ou économique, auxquelles il n'est pas possible de se soustraire, encadrent ainsi l'activité des maîtres d'ouvrage et de leurs locataires.

Sous réserve de ces lois, dont beaucoup sont codifiées au Code du travail et au Code de la construction et de l'habitation, les conditions d'exécution d'un marché privé sont variables. Des normes ont certes été établies par l'Afnor (NF P 03-001 pour les travaux de bâtiment, et NF P 03-002 pour les travaux de génie civil) afin de donner aux participants à l'acte de construire un cadre permettant de régir leurs relations contractuelles, à charge pour eux de définir les modalités particulières d'exécution de chaque opération, le contrat, signé dans toutes ses composantes, faisant alors la loi des parties. Mais ces normes n'ont pas un caractère obligatoire, et n'ont d'effet contraignant que si le marché signé y fait référence.

L'objet du présent dossier [C 74v2] et [Doc. C 74v2] est de fournir au lecteur une approche synthétique de l'ensemble de ces questions, souvent éparses dans des ouvrages ou articles spécialisés.

1. Définition et nature juridique

L'expression **marché de travaux privés** désigne, dans le langage courant, les différents contrats d'entreprise ou contrats de louage d'ouvrage par lesquels une ou plusieurs personnes, les **locuteurs d'ouvrage**, se chargent d'accomplir pour une autre, le **maître de l'ouvrage**, un travail déterminé contre rémunération, **en toute indépendance** (à la différence du contrat de travail) et **sans représenter** le maître de l'ouvrage (à la différence du contrat de mandat).

Cette définition résulte des articles 1710, 1711 et 1779 du Code civil dans leur rédaction d'origine qui n'a pas été modifiée depuis, mais il importait d'en préciser les termes car le vocabulaire du Code civil est devenu impropre. L'article 1779 du Code civil mentionne encore, en effet, parmi les contrats de louage d'ouvrage et d'industrie, le « *louage des gens de travail qui s'engagent au service de quelqu'un* », alors que, depuis plus d'un demi-siècle maintenant, cette notion a fait place à celle de contrat de travail, fondamentalement distincte du contrat de louage d'ouvrage.

1.1 Distinction entre marché de travaux et contrat de travail

Ce qui distingue, en effet, le **marché de travaux du contrat de travail**, c'est l'**indépendance dans le mode d'exécution de l'ouvrage** : le locateur d'ouvrage (ou entrepreneur) n'est pas le préposé du maître de l'ouvrage. Ce dernier commande un travail, précise le résultat à obtenir, mais il n'a pas d'ordre à donner sur l'exécution. Alors que, dans le contrat de louage d'ouvrage, le locateur d'ouvrage est tenu à une obligation de résultat, dans le contrat de travail, l'employé n'est que le préposé de l'employeur. Dans le contrat de louage d'ouvrage, le locateur d'ouvrage fournit **un travail**. Dans le contrat de travail, le préposé promet **son travail**. En définitive, juridiquement, le seul critère de distinction entre contrat de travail et contrat d'entreprise est la subordination ou l'indépendance de celui qui fait le travail.

L'intérêt de la distinction est évident puisque toute la législation sociale résultant de la passation d'un contrat de travail ne s'étend pas au contrat de louage d'ouvrage ; en particulier, le maître de l'ouvrage n'est pas responsable des accidents du travail. Par conséquent, celui qui commande un travail a un avantage important à passer un contrat de louage d'ouvrage plutôt qu'un contrat de travail. Cependant, la législation sociale intervient parfois dans le domaine du contrat d'entreprise, en cas de dépendance non plus juridique mais économique : il s'agit des travailleurs à domicile auxquels sont consacrés les articles L. 721-1 à L. 721-23 et R. 721-3 à R. 721-14 du Code du travail. Cette question ne sera évidemment pas examinée dans le cadre de ce dossier. On notera simplement que, dans le Code du travail, la personne pour laquelle est exécuté le travail à domicile est appelée **donneur d'ouvrage**.

Cela étant, dans le cadre de la lutte contre le travail dissimulé, tout maître d'ouvrage ou donneur d'ordres est tenu, en application de l'article L. 324-14 du Code du travail, lorsque le contrat est égal ou supérieur à 3 000 €, de vérifier que son cocontractant :

- a requis son immatriculation au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers si celle-ci est obligatoire (art. L. 324-10-a) du Code du travail) ;
- a procédé aux déclarations sociales et fiscales qui lui incombent (art. L. 324-10-b) du Code du travail).

À défaut, les articles L. 324-14 et L. 324-14-1 du Code du travail instaurent une **solidarité financière** à la charge du client ou du bénéficiaire de la prestation illicite pour le paiement des dettes fiscales, sociales et salariales dues par la personne qui effectue le travail clandestin.

La solidarité financière du donneur d'ordres s'étend également aux **pénalités et majorations** encourues du fait du non-paiement, par celui qui exerce un travail dissimulé, de ses dettes fiscales et sociales.

En outre, l'emploi, par un entrepreneur ou un sous-traitant, d'étrangers non munis d'un titre les autorisant à exercer une activité salariée en France expose leurs donneurs d'ouvrage à une solidarité financière analogue pour le paiement, à titre de sanction, d'une contribution spéciale au bénéfice de l'Office des migrations internationales (art. L. 341-6-4 du Code du travail).

Les maîtres d'ouvrage et les entrepreneurs qui envisagent de sous-traiter doivent donc faire preuve d'une grande vigilance dans le **choix du professionnel à qui ils confient l'exécution d'un travail** et ne contracter qu'avec des personnes ayant des activités licites, afin de ne pas avoir à supporter la charge de la solidarité financière.

1.2 Distinction entre contrat de louage d'ouvrage et contrat de mandat

Il convient de distinguer également le contrat de louage d'ouvrage du contrat de mandat. Certes, *a priori*, on pourrait estimer qu'il y a une ressemblance entre ces deux types de contrat puisque l'entrepreneur reçoit une mission à accomplir : ne faudrait-il pas alors analyser le contrat d'entrepreneur comme un mandat d'exécuter le travail prévu ? Dans les deux cas, en effet, une personne accomplit un travail à la demande et au profit d'une autre.

Mais le critère de distinction, nettement dégagé par la jurisprudence, est celui-ci : le mandataire est chargé d'accomplir des **actes juridiques** alors que le locateur d'ouvrage accomplit un **travail matériel** ou intellectuel. C'est ainsi que le mandat confère un pouvoir de représentation que le contrat de louage d'ouvrage ne peut attribuer : lorsque, pour l'exécution du travail, le locateur d'ouvrage passe des contrats (de travail, ou de fournitures, par exemple) il traite en son nom personnel et ne représente absolument pas le maître de l'ouvrage vis-à-vis des préposés ou des tiers.

L'intérêt de la distinction entre le contrat de louage d'ouvrage et le contrat de mandat est triple : tout d'abord, celui qui a commandé le travail n'est pas lié, en cas de louage d'ouvrage, par les contrats passés par son entrepreneur avec des tiers, alors qu'il le serait en cas de mandat. Ensuite, en cas de dommage subi par celui qui exécute le travail, le mandant est responsable en vertu de l'article 2000 du Code civil alors que le maître de l'ouvrage n'est tenu à aucune indemnisation. Enfin, en ce qui concerne la réduction des honoraires, les tribunaux se reconnaissent le droit de réduire la rémunération des mandataires, alors que cette faculté est impossible en cas de louage d'ouvrage.

1.3 Distinction entre contrat de louage d'ouvrage et contrat de vente

Le contrat de louage d'ouvrage se distingue également du contrat de vente, c'est-à-dire du contrat par lequel une des parties (vendeur) s'oblige à livrer une chose et l'autre partie (acheteur) à en payer le prix. À cet égard, deux séries d'hypothèses peuvent être distinguées en matière de travaux immobiliers.

1.3.1 Ventes d'immeuble

- Les **contrats conclus après achèvement de l'immeuble** ont des ventes puisqu'ils portent sur des choses actuelles. On les appelle communément **ventes clés en main**.
- Le contrat ayant pour objet **l'édition d'un immeuble sur la propriété du maître** est toujours un louage d'ouvrage, même si les matériaux sont fournis par l'exécutant car, en vertu d'une jurisprudence constante, ils appartiennent au propriétaire du sol par accession.
- Au contraire, si l'immeuble doit être **édifié sur un terrain appartenant au constructeur**, l'opération s'analyse en une vente d'immeuble à construire dont le régime juridique est défini par les articles L. 261-1 à L. 261-22 et R. 261-1 à R. 261-33 du Code de la construction et de l'habitation ; l'article L. 261-1 de ce Code qualifie de vente le contrat par lequel un vendeur s'oblige à édifier un immeuble dans un délai déterminé par le contrat ; aucune distinction n'est faite d'après la qualité du vendeur qui pourra, bien entendu, avoir celle d'entrepreneur ; la loi ne prend pas davantage en considération les travaux qui restent à accomplir ; pour elle, l'élément essentiel du contrat est l'obligation d'édifier l'immeuble conçu comme l'effet particulier de ce contrat dont l'objet demeure le transfert de propriété.

1.3.2 Contrats de fournitures

La distinction entre contrat de fournitures (vente) et marché de travaux (louage d'ouvrage) s'est posée avec acuité au sujet de l'application de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance (§ 2.2.3.2).

Le sous-traitant bénéficiant d'une protection financière renforcée (§ 4.3.2.3), il était logique que des personnes jusqu'alors considérées comme des fournisseurs, cherchent à se faire reconnaître comme sous-traitants pour se placer à l'abri du statut légal. La jurisprudence a ainsi été amenée à préciser la définition du contrat de sous-traitance par opposition au contrat de vente.

Dans la vente, le **fournisseur** livre un produit fini, fabriqué en série, disponible sur catalogue. Il ne fait pas un travail sur mesure.

Au contraire, est un **entrepreneur sous-traitant** celui qui fabrique ou construit, pour un chantier déterminé, des ouvrages, parties d'ouvrages ou éléments de dimensions et caractéristiques spécifiques non compatibles avec une production en série.

1.4 Caractère civil ou commercial du marché de travaux privés

Le marché de travaux privés peut avoir un caractère soit **civil**, soit **commercial**, ce qui a une incidence directe sur la compétence du juge chargé, le cas échéant, de trancher les litiges éventuels. Le marché de travaux privés a un caractère **commercial** lorsqu'il est passé entre un locateur d'ouvrage qui est généralement un commerçant (entreprise, société d'ingénierie) et un maître d'ouvrage qui fait exécuter des travaux pour les besoins de sa profession commerciale (industriels, par exemple). Il présente, en revanche, un caractère **civil** lorsqu'il est passé entre un locateur d'ouvrage qui n'est pas commerçant (architecte, société civile d'ingénieurs-conseils) et un maître d'ouvrage qui, en principe, ne fait pas réaliser des travaux en vue d'une activité commerciale (société civile immobilière, par exemple).

L'intérêt de la distinction est surtout de déterminer la juridiction compétente en cas de litige (tribunaux d'instance et de grande instance en matière civile et tribunal de commerce en matière commerciale). Il convient cependant de signaler que la plupart des marchés de travaux privés comportent des clauses attributives de juridiction pour le règlement des litiges, mais de telles clauses ne peuvent avoir pour effet de déroger aux règles de compétence d'attribution et de compétence territoriale édictées en faveur des non-commerçants par le nouveau Code de procédure civile (consulter notamment son article 48). Le principe est surtout valable pour le marché de travaux s'analysant en **acte mixte** car étant commercial pour l'une des parties et civil pour l'autre.

1.5 Présentation et plan

Pour une meilleure compréhension de l'étude, seront successivement examinés, dans le cadre de cet article, les différentes personnes susceptibles de conclure un contrat de louage d'ouvrage et, de manière plus générale, les principaux participants à l'acte de construire, puis la passation et le contenu du marché de travaux privés, ensuite son exécution et sa liquidation, enfin, les responsabilités et le contentieux nés de l'exécution d'un marché de travaux privés.

2. Différents participants à l'acte de construire

2.1 Maître de l'ouvrage

Le maître de l'ouvrage peut se définir comme la personne quelconque (individu ou groupement) qui, propriétaire d'un terrain ou à tout le moins titulaire d'un droit de construire sur ce terrain, conclut un ou plusieurs contrats de louage d'ouvrage avec un ou plusieurs professionnels du bâtiment (appelés **locateurs d'ouvrage**) afin qu'ils édifient un ouvrage pour son compte. **Le maître de l'ouvrage est donc celui qui commande des travaux** à un architecte, à une ou plusieurs entreprises, à un ou plusieurs bureaux d'études techniques ou sociétés d'ingénierie, **et qui les paye**, la construction achevée étant destinée soit à son usage personnel, soit à la revente, la location ou toute autre utilisation.

Le législateur a toujours estimé, depuis la rédaction du Code civil en 1804, que le maître de l'ouvrage devait être préservé sur le plan technique et qu'il convenait de lui accorder une protection lorsqu'il envisageait de contracter directement avec un entrepreneur en vue de faire exécuter des travaux pour son compte.

Dans cet esprit, un certain nombre de textes récemment codifiés ont apporté une consécration juridique à l'intervention de spécialistes qualifiés prenant en charge, pour le compte du maître de l'ouvrage, l'ensemble de l'opération de construction.

2.1.1 Promoteur immobilier

Le contrat de promotion immobilière est aujourd'hui régi par les articles L. 221-1 à L. 222-7 et R. 222-1 à R. 222-14 du Code de la construction et de l'habitation. La loi définit ce contrat comme un **mandat d'intérêt commun** par lequel une personne dite **promoteur immobilier** s'oblige envers le maître d'un ouvrage à faire procéder, pour un prix convenu, au moyen de contrats de louage d'ouvrage, à la réalisation d'un programme de construction d'un ou de plusieurs édifices ainsi qu'à procéder elle-même ou à faire procéder, moyennant une rémunération convenue, à tout ou partie des opérations juridiques, administratives et financières concourant au même objet.

Ce contrat emporte pouvoir, pour le promoteur, de **conclure les contrats de louage d'ouvrage, recevoir les travaux, liquider les marchés et, généralement, celui d'accomplir au nom du maître de l'ouvrage tous les actes qu'exige la réalisation du programme**.

La caractéristique essentielle du contrat de promotion réside, par conséquent, dans le **mandat de construire**. Ayant la charge d'organiser l'opération, le promoteur apparaît ainsi comme l'allié naturel du maître de l'ouvrage dont il défend les intérêts face aux locateurs d'ouvrage, car, en fait, sur le chantier, le locateur d'ouvrage n'a de rapport qu'avec le promoteur. C'est pourquoi l'article L. 222-1 du Code de la construction et de l'habitation rend obligatoire, pour renforcer la protection des acquéreurs de logement, la conclusion d'un contrat de promotion lorsque la construction envisagée est un immeuble à usage d'habitation ou à usage d'habitation et professionnel et lorsque le constructeur n'agit pas en qualité de vendeur de locaux, d'architecte, d'entrepreneur ou de technicien du bâtiment.

En revanche, le promoteur peut se trouver en position d'adversaire du maître de l'ouvrage lorsqu'il exerce également le métier d'entrepreneur : il devient alors, le cas échéant, partie au contrat de louage d'ouvrage, mais en tant que locateur d'ouvrage dont les intérêts s'opposent à ceux du maître de l'ouvrage. Cette situation concerne essentiellement le contrat de construction d'une maison individuelle (§ 2.1.3).

2.1.2 Maître d'ouvrage délégué

La délégation de maîtrise d'ouvrage est réglementée en matière de marchés publics par la loi relative à la maîtrise d'ouvrage publique (dite loi MOP) du 12 juillet 1985. Dans les marchés privés, elle n'est régie par aucun texte.

Il peut être recouru à cette formule par certains maîtres d'ouvrage voulant éviter la rigueur du contrat de promotion immobilière (car, en vertu de l'article L. 221-2 du Code de la construction et de l'habitation, « le maître de l'ouvrage est tenu d'exécuter les engagements contractés en son nom par le promoteur ») : en application de ce texte, la jurisprudence a ouvert une action directe en paiement contre le maître de l'ouvrage aux créanciers – entrepreneurs notamment – du promoteur).

2.1.3 Constructeur de maison individuelle

Le développement de l'accession à la propriété favorisé par l'aide financière de l'État, et la complexité croissante des formalités administratives et juridiques de la construction (demande de permis de construire, de prêts, etc.) font que les entrepreneurs sont souvent amenés à accomplir pour leurs clients des prestations qui débordent singulièrement le simple contrat d'entreprise et relèvent beaucoup plus du contrat de mandat. Aussi, le législateur, considérant le maître de l'ouvrage comme un **consommateur** qu'il faut protéger contre les professionnels du bâtiment, a-t-il enfermé cette activité dans le contrat de construction d'une maison individuelle régi par les articles L. 230-1 à L. 232-2 et R. 231-1 à R. 232-6 du Code de la construction et de l'habitation. Dans ce cas, l'accédant à la propriété, qui conserve toujours le titre de **maître de l'ouvrage**, n'exerce plus que de façon très lointaine les fonctions dévolues au *maître de l'ouvrage* par les articles 1787 et suivants du Code civil qui traitent des *devis et des marchés*.

Le **contrat de construction de maison individuelle** se définit comme tout contrat, autre que celui de promotion immobilière, par lequel une personne se charge de la construction d'un immeuble à usage d'habitation ou d'un immeuble à usage d'habitation et professionnel ne comportant pas plus de deux logements destinés au même maître de l'ouvrage d'après un **plan** qu'elle a proposé ou fait proposer au maître de l'ouvrage. Le substantif **personne** et le verbe **se charger** invitent à une interprétation large de la formule définissant le domaine de ce type de contrat de construction. Aussi peut-on estimer qu'elle s'applique tant aux constructeurs de maisons préfabriquées industriellement, lorsqu'ils se chargent de la pose, qu'aux petits entrepreneurs qui, sans disposer d'un véritable échantillon de plans types, ont déjà réalisé une construction et proposent au maître de l'ouvrage de lui en construire une identique.

Il convient de spécifier que le constructeur de maisons individuelles, s'il procure directement le *terrain*, doit conclure un contrat de vente d'immeuble à construire (§ 1.3), car alors il transfère la propriété du sol à l'acquéreur.

Le **contrat de construction de maison individuelle** est un contrat de louage d'ouvrage réglementé de façon complète et impérative par le **Code de la construction et de l'habitation**. Selon l'article L. 231-2 de ce Code, le contrat doit comporter diverses énonciations obligatoires, notamment : désignation du terrain, description de l'ouvrage promis, description et estimation des travaux dont le maître de l'ouvrage se réserve l'exécution, prix convenu, modalités de règlement, délai pour édifier l'ouvrage et garantie de livraison apportée par le constructeur. Les articles L. 231-9, R. 231-3 et R. 231-4 du même Code font, par ailleurs, obligation de joindre au contrat trois annexes qui précisent la description de l'ouvrage : d'abord le plan de la construction à édifier, ensuite une notice descriptive

conforme à un modèle type agréé par arrêté ministériel (se rapporter aux arrêtés des 27 et 28 novembre 1991) renseignant notamment le maître de l'ouvrage sur les travaux non compris dans le contrat et sur leur coût, enfin, une notice d'information dont le modèle a été fixé par arrêté du ministre chargé de la consommation du 28 novembre 1991. De plus, des clauses types de contrats sont approuvées par l'article R. 231-13 du Code de la construction et de l'habitation.

Les obligations du maître de l'ouvrage sont limitées : avant la signature du contrat, il ne doit rien payer, tout contrat d'étude préliminaire rémunéré étant prohibé. En outre, l'article L. 271-1 du Code prévoit un délai de rétractation de sept jours au profit de l'acquéreur à compter de la signature. Dans un souci de protection des consommateurs, le législateur a voulu ainsi mettre fin aux habitudes de ventes à l'arraché imposées au client, maître de l'ouvrage malgré lui. Mais surtout, c'est la garantie bancaire de livraison aux prix et délai convenus (art. L. 231-6), qui constitue le centre du dispositif de protection du maître de l'ouvrage : la banque est en effet tenue, en cas de défaillance du constructeur, non pas seulement de financer l'achèvement des travaux, mais de les faire exécuter, sous sa responsabilité.

Si le constructeur ne fournit pas le plan mais exécute les travaux de gros-œuvre, de mise hors d'eau et de mise hors d'air, le contrat est soumis à des exigences voisines (art. L. 232-1 et L. 232-2 du Code de la construction et de l'habitation).

En définitive, le **contrat de construction d'une maison individuelle** est un **contrat de louage d'ouvrage** spécialement aménagé en vue d'assurer la protection du maître de l'ouvrage.

2.2 Locateurs d'ouvrage

Le louage d'ouvrage (§ 1) est couramment désigné sous le nom de **contrat d'entreprise**, et le locateur d'ouvrage sous celui d'**entrepreneur**. Mais cette terminologie suscite une confusion entre l'entrepreneur au sens large du terme (y compris l'architecte, l'artisan, etc.) et l'entrepreneur au sens strict, c'est-à-dire l'entrepreneur de bâtiment. Dans le secteur de la construction, le contrat de louage d'ouvrage intéresse trois catégories de personnes énumérées par l'article 1779-3° du Code civil : l'**architecte**, le **technicien**, et l'**entrepreneur**.

2.2.1 Architecte ou maître d'œuvre

Traditionnellement, l'architecte, également appelé **maître d'œuvre** – par opposition au maître de l'ouvrage qui est le client – est investi d'une triple mission :

- Il est tout d'abord chargé par le maître de l'ouvrage de la conception de la construction et du contrôle de son exécution : à ce titre, il est le conseil naturel et permanent de son client.
- Il assume ensuite une tâche administrative et comptable en délivrant des autorisations de paiement au bénéfice de l'entrepreneur (**bons d'acompte**) après vérification des demandes de règlement (**situations**).
- Enfin, il a pour mission d'accomplir toutes les formalités administratives préalables à la passation des marchés, y compris la préparation des documents contractuels, dans le respect des lois, règlements et servitudes (d'urbanisme notamment).

Ces obligations de l'architecte découlent de principes fixés par le décret du 20 mars 1980 instituant un **Code des devoirs professionnels des architectes** pris en application de la loi sur l'architecture du 3 janvier 1977, voir encadré A en [doc. C 74v2].

Le recours à un architecte est, en principe, obligatoire pour tous travaux soumis à une autorisation de construire. Cependant, en application de l'article L. 421-2 (8^e alinéa) du Code de l'urbanisme, « *ne sont pas tenues de recourir à un architecte, les personnes physiques ou exploitations agricoles à responsabilité limitée à associé unique qui déclarent vouloir édifier ou modifier, pour elles-mêmes, une construction de faible importance* » dont les caractéristiques sont déterminées par l'article R. 421-1-2 du Code de l'urbanisme. Il s'agit principalement des constructions à usage autre qu'agricole

dont la surface de plancher *hors œuvre nette* n'excède pas 170 m², et des constructions à usage agricole dont la surface de plancher *hors œuvre brute* n'excède pas 800 m².

Nota : la surface de plancher *hors œuvre brute* d'une construction est égale à la somme des surfaces de plancher de chaque niveau de la construction, tandis que la surface *hors œuvre nette* résulte de la déduction d'un certain nombre de superficies réelles dont la liste est donnée par l'article R. 112-2 du Code de l'urbanisme (principalement : surfaces de plancher hors œuvre des combles, des sous-sols non aménageables pour l'habitation, des toitures-terrasses, des balcons, des loggias, et des parties de bâtiment aménagées en vue du stationnement des véhicules).

2.2.2 Techniciens

Le progrès technique a multiplié, non seulement le nombre des entrepreneurs, mais également celui des personnes et des organismes qui interviennent à titre de **techniciens** dans les opérations de construction. Le développement du confort, le souci d'économiser les matériaux ou les sources d'énergie jouent d'ailleurs dans ce sens. C'est ainsi que peuvent intervenir sur un chantier, en étant liés au maître de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage, des **ingénieurs spécialisés** en béton armé, en mécanique des sols, en isolations thermique et phonique, en aération, etc.

L'article 1779-3° du Code civil, modifié à cet égard par une loi du 3 janvier 1967, mentionne les « techniciens par suite d'études, devis ou marchés » parmi les personnes qui concluent des louages d'ouvrage aux côtés des professions traditionnelles d'architecte ou d'entrepreneur. Quant à l'article 1792-1 du même Code, inséré par une loi du 4 janvier 1978 et reproduit à l'article L. 111-14 du Code de la construction et de l'habitation, il considère comme constructeur de l'ouvrage « *tout architecte, entrepreneur, technicien ou autre personne liée au maître de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage* ».

Parmi les techniciens, il convient cependant de distinguer les locateurs d'ouvrage traditionnels (**bureaux d'études techniques, ingénieurs-conseils, sociétés d'ingénierie**) des **bureaux de contrôle technique** qui n'ont trouvé une consécration légale qu'avec la loi précitée du 4 janvier 1978 relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction.

2.2.2.1 Bureaux d'études techniques, ingénieurs-conseils, sociétés d'ingénierie

Cette catégorie de locateurs d'ouvrage recouvre les situations les plus diverses. L'**ingénieur-conseil** met normalement ses connaissances techniques au service de son client (le plus souvent, le maître de l'ouvrage) pour l'étude des problèmes intéressant les diverses branches de son art. Son rôle peut être étendu à des missions de maître d'œuvre, des conventions écrites devant alors préciser la nature de cette extension, notamment en ce qui concerne la dévolution, la direction, la surveillance et le règlement des travaux ou fabrications.

Quant aux **bureaux d'études techniques (BET)**, ils ont suivi la même évolution que l'ingénieur-conseil et ils empiètent bien souvent sur le domaine de l'architecte. Traditionnellement, les services assurés par le BET sont des services collectifs – puisqu'en principe le BET est une association d'ingénieurs-conseils ayant, selon les cas, des spécialités identiques ou complémentaires – comportant, dans leur extension maximale, des études préliminaires, l'élaboration d'avant-projets, de projets, de plans, de nomenclatures, de spécifications et de cahiers des charges, l'établissement de tableaux de comparaison des offres, l'assistance à la direction des travaux de réalisation. Les BET assurent, dans certains cas, des missions de consultation pour le maître de l'ouvrage (rapports, conseils, expertises) qui s'apparentent à celles d'un ingénieur-conseil spécialisé. Dans l'un et l'autre cas, la mission du BET est une mission d'assistance technique du client, celui-ci conservant l'entièreté liberté de ses décisions et le BET s'abstenant de se substituer juridiquement à lui et vis-à-vis des tiers.

Les **sociétés d'ingénierie** ont, en pratique, un rôle encore plus large puisqu'elles se chargent de la conception et de la réalisation de travaux industriels coûteux et importants dont la construction peut s'étaler sur plusieurs mois, années ou par tranches. La mission généralement confiée à une société d'ingénierie peut comprendre des prestations de caractère intellectuel consistant en la fourniture

d'idées, de conceptions et de conseils fondée sur une étude générale et détaillée d'un projet, et la direction de chantiers pour aller jusqu'à la livraison d'une installation **clé(s) en mains**.

Toutes ces professions de caractère intellectuel ne font pas actuellement l'objet de réglementation particulière hormis la qualification des contrats qui les lient au maître de l'ouvrage, qui sont des louages d'ouvrage, de sorte qu'ils se trouvent soumis aux principes de responsabilité définis par la loi et qui seront examinés plus loin (§ 6.2).

2.2.2.2 Bureaux de contrôle technique

Pendant longtemps les bureaux de contrôle technique (on peut citer Socotec ou Veritas) intervenaient à la requête du maître de l'ouvrage et étaient payés par lui en exécution d'une obligation qui était imposée à ce dernier par les compagnies d'assurances dans le cadre de ce qu'il est convenu d'appeler la normalisation du risque assuré. La loi précitée du 4 janvier 1978 a désormais institué un véritable statut du contrôle technique. Après l'intervention d'un décret d'application du 7 décembre 1978, cette activité se trouve régie par les articles L. 111-23 à L. 111-26 et R. 111-29 à R. 111-42 du Code de la construction et de l'habitation. Aux termes de l'article L. 111-23 de ce Code :

« Le contrôleur technique a pour mission de contribuer à la prévention des différents aléas techniques susceptibles d'être rencontrés dans la réalisation des ouvrages. Il intervient à la demande du maître de l'ouvrage et donne son avis à ce dernier sur les problèmes d'ordre technique. Cet avis porte notamment sur (...) la solidité de l'ouvrage et la sécurité des personnes ».

Le contrôleur technique est, par conséquent, lié au maître de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage dont l'objet est essentiellement préventif : selon l'article R. 111-40 du Code de la construction et de l'habitation, au cours de la conception du projet, « *le contrôleur technique procède à l'examen critique de l'ensemble des dispositions techniques* » de ce dernier, tandis que, pendant l'exécution des travaux, il s'assure notamment que les vérifications techniques, auxquelles chacun des constructeurs est tenu, s'effectuent de manière satisfaisante. Son rôle est toujours tourné vers l'avenir et ne consiste pas à vérifier les ouvrages déjà exécutés, ce qui distingue sa mission de celle de l'architecte qui est une mission de direction et de surveillance des travaux. Le contrôle technique est d'ailleurs incompatible avec l'exercice de toute activité de conception, d'exécution ou d'expertise d'un ouvrage. De surcroît, l'activité de contrôle technique est soumise à agrément préalable, la décision d'agrément tenant compte de la compétence technique et de la moralité professionnelle.

Le contrôle technique intéresse la généralité des ouvrages, de bâtiment comme de génie civil, et a été rendu **obligatoire pour certaines constructions** qui, en raison de leur nature et de leur importance, peuvent présenter des risques particuliers pour la sécurité des personnes. La liste en est donnée par l'article R. 111-38 du Code de la construction et de l'habitation (voir encadré B en [doc. C 74v2]).

2.2.3 Entrepreneur

L'entrepreneur est l'**homme de l'art** qui exécute les travaux pour le compte du maître de l'ouvrage, sous la direction et la surveillance de l'architecte, il n'est juridiquement lié qu'au maître de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage et d'industrie, appelé **marché**, et régi par les articles 1787 et suivants du Code civil.

Avec le progrès technique, l'entrepreneur apparaît de moins en moins souvent de manière autonome et isolée. Le nombre des entrepreneurs qui concourent à l'édification de l'ouvrage ne cesse de croître. À côté de l'entreprise de gros œuvre et des métiers traditionnels (couvreurs, plombiers, électriciens, par exemple), on a vu apparaître le chauffagiste, le spécialiste de l'isolation phonique, l'ascensoriste, etc. À la distinction traditionnelle entre le **gross œuvre** et le **second œuvre**, la pratique a ajouté, à l'intérieur des corps d'état dits « secondaires », une distinction visant les **corps d'état techniques** qui sont principalement le génie climatique, la plomberie, et l'électricité. C'est ainsi que fréquemment, dans les marchés de tra-

vaux privés, on trouvera, face au maître de l'ouvrage, des groupements d'entrepreneurs ou une entreprise principale avec un ou plusieurs sous-traitants.

2.2.3.1 Groupement momentané d'entreprises

Le groupement momentané d'entreprises est une création des praticiens des industries du bâtiment et des travaux publics, professions qui ont ressenti la nécessité, pour les petites et moyennes entreprises comme pour les entreprises plus importantes, de se grouper pour participer à des gros chantiers, tout en ayant le souci d'améliorer la productivité, d'obtenir une qualité optimale et une meilleure répartition des risques, et de rendre plus aisée la coordination des travaux.

Les groupements momentanés d'entreprises ne sont, actuellement, pas réglementés dans le droit des affaires.

En fait, il s'agit de juxtapositions d'entreprises coopérant à l'exécution d'un ouvrage, d'objet ou de durée limitées, chacune conservant son autonomie juridique quant à sa gestion, ses gains ou ses pertes ; il n'y a ni intention de s'associer, ni partage des résultats provenant de la réalisation du travail ayant provoqué le groupement.

La norme Afnor P 03-001, dans sa dernière version homologuée en décembre 2000, reprend la distinction entre les groupements conjoints et les groupements solidaires donnée par le CCAG (Cahier des clauses administratives générales) applicable aux marchés publics de travaux. Son article 3.1.7 définit les entrepreneurs groupés comme :

- **solidaires** « lorsque chacun d'eux est engagé pour la totalité du marché et doit pallier une éventuelle défaillance de ses partenaires » ;
- **conjoints** « lorsque, les travaux étant divisés en lots dont chacun est assigné à l'un des entrepreneurs, chacun d'eux est engagé pour le ou les lots qui lui sont assignés ».

Il faut savoir néanmoins que, faute de référence à la norme Afnor P 03-001 dans le marché, la solidarité est de règle en matière commerciale : le fait, pour deux ou plusieurs entreprises, de remettre une offre en groupement les expose à être solidaires les une des autres vis-à-vis du maître de l'ouvrage. Cette solidarité existe pour toute la durée du chantier et également pendant la période de garantie décennale.

D'où la nécessité, pour les entreprises, de ne s'engager solidairement qu'avec des firmes dignes de confiance et en toute connaissance des risques encourus, surtout lorsqu'il s'agit de travaux d'une spécialité différente ; mais, en pratique, il est grandement conseillé de n'envisager cette formule que lorsque les travaux en cause relèvent du même corps d'état, ou tout au moins de compétence voisine.

Pour éviter de s'engager solidairement, les entreprises groupées peuvent choisir de s'engager en excluant toute solidarité, mais pour que cette clause – qui doit être expresse dans l'acte d'engagement – soit efficace, il faut que la soumission rende opposable au client une claire répartition des lots et des tâches, faute de quoi le maître de l'ouvrage serait fondé à considérer les entreprises groupées solidaires pour le tout.

2.2.3.2 Entrepreneur principal et sous-traitants

Les relations juridiques présidant à l'acte de construire ne s'établissent pas seulement entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur même si, pendant longtemps, le législateur ne s'est préoccupé que de cette partie la plus apparente du mécanisme juridique de la réalisation de l'ouvrage. Assez fréquemment, l'entrepreneur titulaire du marché procède à son tour à une mise en concurrence d'entrepreneurs sous-traitants à qui il se propose de confier la réalisation effective de tout ou partie des ouvrages. Le **sous-traité** est donc le contrat par lequel une entreprise titulaire d'un marché passé avec un maître de l'ouvrage (entrepreneur principal) confie à une entreprise (sous-traitant) tout ou partie de l'exécution des travaux, objet de ce marché.

Dans le droit des marchés de travaux, la sous-traitance a fait l'objet d'une profonde réforme avec la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975. Ce texte proclame implicitement, mais nécessairement, le principe du droit pour l'entrepreneur de sous-traiter, puisque aux termes de son

article 3, « *l'entrepreneur qui entend exécuter un contrat ou un marché en recourant à un ou plusieurs sous-traitants doit, au moment de la conclusion et pendant toute la durée du contrat ou du marché, faire accepter chaque sous-traitant et agréer les conditions de paiement de chaque contrat de sous-traitance par le maître de l'ouvrage ; l'entrepreneur principal est tenu de communiquer le ou les contrats de sous-traitance au maître de l'ouvrage lorsque celui-ci en fait la demande* ». Autrement dit, l'entrepreneur est soumis à trois obligations s'il envisage de sous-traiter :

- faire accepter le ou les sous-traitants par le maître d'ouvrage ;
- faire agréer les conditions de paiement du contrat de sous-traitance ;
- communiquer sur demande du maître de l'ouvrage à ce dernier le contrat de sous-traitance.

La sanction de l'inobservation de ces trois obligations est l'inopposabilité du contrat de sous-traitance, laquelle ne peut être invoquée que par le sous-traitant. Cela revient, en pratique, à admettre la faculté pour le sous-traitant, s'il y trouve un intérêt, de dénoncer sans autre forme de procès le sous-traité si l'entrepreneur principal n'a pas pris la précaution de le faire accepter et de présenter les conditions de paiement à l'agrément. On verra plus loin (§ 4.3.2.3) que l'objet de la loi est principalement d'éviter que les sous-traitants ne subissent les conséquences de la défaillance de l'entrepreneur principal. Pour le surplus, les principes antérieurement posés par la jurisprudence restent valables : le sous-traitant travaille en pleine indépendance, à ses risques et périls, et aux conditions définies par le sous-traité passé avec l'entrepreneur principal. Il n'est pas le subordonné de l'entrepreneur principal ; c'est lui qui dirige et surveille ses travaux et commande les ouvriers qu'il embauche, lesquels sont placés sous son autorité et sa direction. **Le sous-traitant n'a de liens de droit directs qu'avec l'entrepreneur principal**, l'agrément donné par le maître de l'ouvrage ne suffisant pas à créer un lien contractuel. Cette indépendance des contrats doit conduire l'entrepreneur principal à veiller à répercuter sur son sous-traitant toutes les obligations qu'il a lui-même contractées envers le maître de l'ouvrage, sinon il serait lui-même tenu de ces obligations envers le maître de l'ouvrage sans pouvoir les exiger de son sous-traitant :

Il a pu être jugé, par **exemple**, qu'un entrepreneur de terrassement tenu de prévoir un étayage le long de murs de fondation, qui n'avait pas exigé les mêmes précautions de son sous-traitant, était seul responsable de l'affondrement partiel de l'immeuble.

Il convient par ailleurs de préciser ce qu'il faut entendre par **sous-traitance illicite**, suivant l'expression employée par le titre IV d'une loi du 12 juillet 1990 : il s'agit du **marchandage** (fourniture de main-d'œuvre à but lucratif) et du **prêt de main-d'œuvre** effectué en dehors des dispositions légales régissant le travail temporaire.

Le **marchandage** est interdit par l'article L. 125-1 du Code du travail et se trouve caractérisé, selon la jurisprudence de la Cour de cassation, dès lors que l'entreprise bénéficiaire n'a pas à supporter les charges sociales et financières qu'elle aurait eues si elle avait employé ses propres salariés.

Quant au **prêt de main-d'œuvre** à but lucratif, prohibé par l'article L. 125-3 du Code du travail, il reste possible, selon la jurisprudence de la Cour de cassation, lorsqu'il n'est que la conséquence nécessaire de la transmission d'un savoir-faire ou de la mise en œuvre d'une technicité qui relève de la spécificité propre de l'entreprise preteuse.

On retrouve là la condition nécessaire pour que la sous-traitance de main d'œuvre (permise, dans son principe, par l'article 1787 du Code civil) soit licite : il faut que le sous-traitant soit un véritable entrepreneur disposant d'un fonds de commerce (clientèle), d'effectifs et de matériels lui permettant d'obtenir des marchés de travaux par ailleurs.

3. Passation et contenu du marché

De manière générale, le maître de l'ouvrage reste libre du choix de la procédure à adopter pour l'attribution des travaux qu'il envisage de faire exécuter. Il peut traiter avec le locateur d'ouvrage de son choix (hypothèse d'un marché de gré à gré) sans avoir l'obligation de faire appel à la concurrence. Il peut aussi recourir à une procédure d'adjudication, d'appel d'offres ou de concours. Par ailleurs, il décide librement du nombre et de la liste des entreprises qu'il entend consulter ainsi que des conditions auxquelles elles doivent satisfaire (qualifications professionnelles, références, etc.).

3.1 Consultations d'entreprises et conclusion du marché

Le maître de l'ouvrage qui désire mettre plusieurs entrepreneurs en concours a la possibilité soit de lancer un appel d'offres ouvert ou restreint, soit d'ouvrir une procédure d'adjudication au *moins-disant* à l'issue de laquelle il s'engage à traiter avec celui qui offrira le plus bas prix. À la différence d'une simple demande de devis, il y a là, de la part du maître de l'ouvrage, un véritable engagement unilatéral : le maître de l'ouvrage se trouve lié par un contrat qui s'est formé dès le moment du dépôt de la soumission. S'il entend se réserver le droit de ne pas donner suite à la proposition du moins-disant, il doit en aviser les concurrents avant l'adjudication ou l'appel d'offres.

Le contrat se forme par l'acceptation par le maître de l'ouvrage de l'offre présentée par l'entrepreneur. Ce dernier est lié par son offre pendant le délai qui a pu être indiqué dans l'appel à la concurrence. À défaut d'une telle indication, les normes françaises homologuées par l'Association française de normalisation (Afnor), NF P 03-001 (travaux de bâtiment) et NF P 03-002 (travaux de génie civil), prévoient que l'offre est réputée valable pour 60 jours et, à l'expiration de ce délai, l'entrepreneur n'est plus lié par son engagement. Si aucune référence n'est faite à l'une ou l'autre de ces normes dans les documents d'appel d'offres, les usages veulent qu'au-delà de trois mois l'entrepreneur puisse retirer son offre si celle-ci n'a pas été acceptée par le maître de l'ouvrage. Il est, en tout cas, prudent de prévoir une solution contractuelle à cette difficulté.

3.2 Forme du marché

Le contrat de louage d'ouvrage n'est soumis par la loi à aucune forme particulière. Il peut être écrit ou verbal, mais la forme écrite est évidemment infiniment souhaitable. En effet, seule cette forme permet d'éviter des contestations sur l'existence, la nature et l'étendue des obligations respectives des parties, et de rapporter la preuve du marché et de ses modalités surtout lorsque le maître de l'ouvrage n'est pas commerçant, car dans ce cas, la preuve testimoniale n'est pas admise, à son égard. En tout cas, la forme écrite et l'envoi du contrat par lettre recommandée avec demande d'avis de réception s'imposent pour faire courir le délai de rétractation de 7 jours dont disposent les maîtres d'ouvrage *non professionnels* après signature (article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation).

Le contrat de louage d'ouvrage peut ainsi se présenter sous forme de devis (ou d'offre) présenté par l'entrepreneur, et accepté par le maître de l'ouvrage (en ce cas, ce dernier peut donner son accord soit par lettre missive, soit plus simplement, par l'apposition de la mention **bon pour accord** portée sur le devis au-dessus de sa signature), mais plus fréquemment, le contrat se présente sous la forme plus complexe d'un marché constitué de différents documents, dans lesquels les parties précisent la date du commencement et de la fin des travaux, la manière dont le prix devra être payé, les conditions de contrôle et de surveillance de l'ouvrage, les pénalités qui pourront être dues dans certaines circonstances déterminées. Ce marché pourra, d'accord entre les parties, subir en cours de travaux des modifications qui devront être consignées dans un nouveau document écrit appelé **avenant**.

3.3 Documents constituant le marché

Les documents constituant le marché sont généralement nombreux et hiérarchisés ; en effet, dans la pratique, un marché de quelque importance nécessite la réunion d'un certain nombre de pièces qui, ensemble, forment un tout qui détermine les droits et les obligations respectives des parties. Parmi ces documents, il en est un particulièrement important qui doit fixer de façon générale les droits et obligations de chaque partie contractante : c'est le **Cahier des clauses générales**. Sous la forme d'un document type, l'Afnor a établi deux normes mettant à la disposition des parties concourant à l'acte de construire deux cahiers des clauses générales applicables l'un aux travaux de bâtiment, l'autre aux travaux de génie civil (tableau A en [Doc. C 74v2]).

La norme NF P 03-001 s'applique de manière générale aux **travaux de bâtiment** faisant l'objet de marchés privés dont ni le programme ni le projet ne peuvent être définis complètement avant le début des travaux.

C'est en effet dans une annexe D à la norme NF P 03-001, que figurent des clauses modificatives dans le cas de marchés à prix forfaitaire global définis « ne varietur ».

La norme NF P 03-002 est adaptée à la spécificité des **travaux de génie civil** (travaux appartenant aux domaines « *infrastructure et industrie* »).

Si ces normes ne revêtent aucun caractère obligatoire et ne s'appliquent que lorsque les parties s'y réfèrent expressément, il n'en reste pas moins qu'elles sont dans la pratique fréquemment visées parmi les pièces contractuelles, mais en ce cas les parties peuvent alors apporter à ces normes toutes modifications ou dérogations qui leur conviendraient. Il est rare, en effet, que l'une ou l'autre des normes précitées s'applique de plein droit à tel ou tel marché. Le nombre des pièces contractuelles et les contradictions qui peuvent surgir entre elles impliquent, en effet, nécessairement que des dérogations soient apportées à un cahier des charges type qui ne saurait s'adapter tel quel au contexte particulier de chaque opération de construction.

Exemple

À titre d'**exemple**, la norme NF P 03-001 dresse une liste de pièces contractuelles qui peut être, le cas échéant, diminuée ou augmentée selon les cas :

- lettre d'engagement ou soumission acceptée et ses annexes ;
- cahier des clauses administratives particulières (CCAP) ;
- devis descriptif ;
- plans et dessins ;
- cahier des clauses spéciales (souvent appelé cahier des prescriptions communes) ;
- calendrier d'exécution (souvent appelé planning) ;
- cahier des clauses techniques particulières (CCTP) ;
- cahier des clauses administratives générales (qui est précisément la norme NF P 03-001).

Les normes (art. 4.2 pour la norme P 03-001 et 2.3 pour la norme P 03-002) règlent l'ordre de préséance des documents contractuels en cas de contradiction en rappelant que ceux-ci prévalent les uns sur les autres dans l'ordre indiqué (1 prévaut sur 2, 2 sur 3, etc.), les documents particuliers prévalant toujours sur les documents généraux.

De façon générale, le **cahier des clauses administratives générales**, calqué ou non sur l'une ou l'autre des deux normes précitées, fixe les droits et obligations de chaque partie contractante tels que les usages du bâtiment ou du génie civil les ont depuis longtemps instaurés pour tous les marchés privés (par exemple : choix et qualité des matériaux, délais d'exécution, modifications dans l'importance et la nature des travaux, attachements, dépenses d'intérêt commun, situations et décomptes définitifs, paiements, cas de résiliation).

En revanche, le **cahier des clauses administratives particulières** (ou CCAP) traite de stipulations particulières telles que : modalités de paiement des acomptes sur approvisionnement, méthodes de calcul et formules de révision de prix, montants des pénalités de retard, fréquence des rendez-vous de chantier, importance des frais de contrôles et d'essais. Bien entendu, aucune de ces deux listes

n'est limitative, l'importance du chantier pouvant justifier des obligations beaucoup plus lourdes de part et d'autre. C'est d'ailleurs au plan de l'exécution du marché et de sa liquidation que doivent être maintenant précisés les droits et obligations tant du maître de l'ouvrage que du locateur d'ouvrage.

4. Exécution du marché

4.1 Prérogatives et obligations du maître de l'ouvrage

Il appartient tout d'abord au maître de l'ouvrage, avant de passer commande aux différents locateurs d'ouvrage, de s'assurer que le projet présenté est conforme aux règles fixées par les services d'urbanisme dans la région concernée. En particulier, **la demande du permis de construire est légalement à la charge du maître de l'ouvrage**. La norme NF P 03-001 rappelle d'ailleurs (art. 4.3.1.1) que « *le maître de l'ouvrage fait sienne l'obtention de l'autorisation de construire et en communique copie à l'entrepreneur* ». Néanmoins, la jurisprudence fait application, dans ce cas précis, de la théorie du devoir de conseil des locateurs d'ouvrage en estimant notamment que « *l'entrepreneur, chargé de l'édification d'un immeuble, manque au devoir de conseil qui incombe à tout spécialiste vis-à-vis de son client, non expert en matière de construction, et engage ainsi sa responsabilité, en procédant à l'exécution du marché sans s'être assuré préalablement que le maître de l'ouvrage a obtenu les autorisations administratives lorsqu'elles sont nécessaires* ». Une telle jurisprudence se comprend surtout lorsque l'on se trouve en présence d'un maître d'ouvrage totalement profane et d'une entreprise chargée de l'ensemble des travaux.

Quoi qu'il en soit, « *les architectes, les entrepreneurs ou autres personnes responsables de l'exécution des travaux* » – autrement dit, les principaux locateurs d'ouvrage – encourrent une responsabilité pénale* en cas de violation des dispositions d'urbanisme, aux termes de l'article L. 480-4, alinéa 2, du Code de l'urbanisme.

*Amende comprise entre 1 200 € et un montant qui ne peut excéder, soit, dans le cas de construction d'une surface de plancher, une somme égale à 6 000 € par mètre carré de surface construite, démolie ou rendue inutilisable au sens de l'article L. 430-2, soit, dans les autres cas, un montant de 300 000 €.

Le maître de l'ouvrage est également tenu de fournir aux différents locateurs d'ouvrage ce qu'il est convenu d'appeler le **dossier d'appel d'offres**, c'est-à-dire l'ensemble des documents du marché qui devront être contresignés par les deux parties. C'est dans ces documents, et particulièrement dans le cahier des clauses administratives particulières (CCAP), que le maître de l'ouvrage doit obligatoirement inclure un certain nombre de dispositions relatives à l'hygiène, la santé et la sécurité des travailleurs (§ 4.1.1).

L'article 14-1 modifié de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance met en outre à la charge du maître de l'ouvrage une double obligation :

— Tout d'abord, s'il a connaissance de la présence sur le chantier d'un sous-traitant occulte quel que soit son rang, il doit **mettre en demeure l'entrepreneur principal et ses sous-traitants donneurs d'ordres de lui présenter leurs sous-traitants respectifs** à l'acceptation et de lui faire agréer les conditions de paiement des sous-traitants (§ 2.2.3.2).

— Ensuite, si les sous-traitants ont été acceptés, si leurs conditions de paiement ont été agréées et s'ils ne bénéficient pas de la délégation de paiement, « *le maître de l'ouvrage doit exiger de l'entrepreneur principal qu'il justifie avoir fourni la caution* » personnelle et solidaire (§ 4.3.2.3).

Mais sont dispensés de ces obligations les maîtres d'ouvrage personnes physiques, construisant un logement en vue de l'occuper eux-même.

4.1.1 Obligations du maître de l'ouvrage en matière d'hygiène et de sécurité

4.1.1.1 Prévention et coordination lors des opérations de bâtiment et de génie civil

Des principes généraux de **prévention** doivent être mis en œuvre par tout maître d'ouvrage qui ouvre un chantier de bâtiment ou de génie civil (art. L. 235-1 du Code du travail).

Pèsent en particulier sur le maître de l'ouvrage six obligations essentielles :

■ Lorsque l'effectif prévisible sur un chantier doit dépasser vingt travailleurs à un moment quelconque des travaux et que la durée de l'opération doit excéder 30 jours ouvrés, ou lorsque le volume des travaux doit être supérieur à 500 hommes-jours, le maître d'ouvrage doit, à la date de dépôt de la demande de permis de construire, ou au moins 30 jours avant le début effectif des travaux, adresser une **déclaration préalable à l'Inspection du travail** et aux organismes compétents en matière d'hygiène et de sécurité du travail et de prévention des risques professionnels (art. L. 235-2, R. 238-1 et R. 238-2 du Code du travail).

■ Le maître d'ouvrage doit désigner un **coordonnateur** en matière de sécurité et de santé des travailleurs dès lors que sont appelées à intervenir sur le chantier, simultanément ou successivement, plusieurs entreprises, y compris les travailleurs indépendants et les sous-traitants, aux fins de prévenir les risques d'accident et de prévoir, le cas échéant, l'utilisation de moyens communs pour assurer la sécurité de tous (art. L. 235-3 et L. 235-4 du Code du travail).

■ Le maître d'ouvrage doit faire établir par le coordonnateur un **plan général de coordination** en matière de sécurité et de protection de la santé qui est rédigé dès la phase de conception, d'étude et d'élaboration du projet et tenu à jour pendant toute la durée des travaux (art. L. 235-6 du Code du travail).

Il doit mentionner dans les documents remis aux entrepreneurs que le chantier sur lequel ils seront appelés à travailler en cas de conclusion d'un contrat est soumis à l'obligation de plan général de coordination en matière de sécurité et de protection de la santé (art. R. 238-20 du Code du travail) et est tenu d'adresser ce plan, sur leur demande, à l'Inspection du travail et aux organismes compétents en matière d'hygiène, de sécurité du travail et de prévention des risques professionnels (art. R. 238-24 du Code du travail).

De plus, lorsque, sur un même site, plusieurs opérations de bâtiment ou de génie civil doivent être conduites dans le même temps par plusieurs maîtres d'ouvrage, ceux-ci sont tenus de se concerter afin de prévenir les risques résultant de l'interférence de ces interventions (art. L. 235-10 du Code du travail).

■ Le maître d'ouvrage est tenu de constituer un **collège interentreprises** de sécurité, de santé et des conditions de travail lorsque le chantier doit dépasser un volume de 10 000 hommes-jours et que le nombre d'entreprises, travailleurs indépendants et entreprises sous-traitantes inclus, est supérieur à dix s'il s'agit d'une opération de bâtiment ou à cinq s'il s'agit d'une opération de génie civil.

Cette constitution doit être effective au plus tard 21 jours avant le début des travaux (art. L. 235-11 et R. 238-46 du Code du travail).

Le maître d'ouvrage doit mentionner dans les contrats conclus avec les entrepreneurs l'obligation de participer à ce collège interentreprises (art. L. 235-12 du Code du travail).

■ Le maître d'ouvrage doit faire établir par le coordonnateur un **dossier d'intervention ultérieure sur l'ouvrage** rassemblant toutes les données de nature à faciliter la prévention des risques professionnels lors de l'engagement éventuel de travaux sur les ouvrages terminés (art. L. 235-15 et R. 238-37 à R. 238-39 du Code du travail).

■ Les articles L. 235-16 et R. 238-40 du Code du travail prescrivent que pour les chantiers de bâtiment excédant 760 000 €, le chantier doit disposer d'une desserte en voirie, d'un raccordement à des réseaux d'eau potable, d'électricité, d'une évacuation des matières

usées. La mise en œuvre de ces mesures incombe au maître de l'ouvrage, qui doit s'en charger avant l'intervention de toute entreprise sur le chantier. Les articles R. 238-41 et suivants du Code du travail définissent les caractéristiques de ces voies et réseaux et les conditions selon lesquelles des dérogations peuvent être accordées par le directeur départemental du travail ou un fonctionnaire assimilé.

4.1.1.2 Prescriptions particulières applicables aux travaux effectués dans un établissement par une entreprise extérieure

En dehors des chantiers auxquels s'appliquent les dispositions qui précèdent, les pouvoirs publics ont fixé des prescriptions particulières d'hygiène et de sécurité « *applicables aux travaux effectués dans un établissement par une entreprise extérieure* ». Il s'agit de l'hypothèse où un locateur d'ouvrage (appelé entreprise extérieure ou **entreprise intervenante**) exécute des travaux pour le compte et dans les locaux d'un maître d'ouvrage qui est une société industrielle ou commerciale (appelée **entreprise utilisatrice**). Le Code du travail impose notamment les obligations suivantes à l'entreprise utilisatrice-maître d'ouvrage :

- Coopérer avec le coordonnateur en matière de sécurité et de santé afin de tenir compte des interférences entre le chantier et les activités d'exploitation sur le site : il doit à cet effet procéder avec lui à une **inspection commune visant à délimiter le secteur de l'intervention**, matérialiser les zones de ce secteur qui peuvent présenter des dangers pour le personnel de l'entreprise intervenante et indiquer les voies de circulation que pourront emprunter le personnel, les véhicules et engins de toute nature appartenant aux locateurs d'ouvrage (art. R. 237-1, R. 237-6 et R. 238-18 (4°) du Code du travail).
- Arrêter, d'un commun accord avec les entreprises intervenantes, un **plan de prévention** définissant notamment les phases d'activité dangereuses et les moyens de prévention spécifiques correspondants, l'adaptation des matériels à la nature des opérations à effectuer et les instructions à donner aux salariés (art. R. 237-7 du Code du travail).
- Mettre à la disposition des salariés du ou des différents locateurs d'ouvrage des **installations sanitaires**, des **vestiaires** et des **locaux de restauration** (art. R. 237-16 du Code du travail).
- Tenir à la disposition de l'**inspecteur du travail** et des **organismes compétents en matière d'hygiène et de sécurité du travail et de prévention des risques professionnels** la liste des entreprises intervenantes, la durée prévisible de leurs interventions, le nombre prévisible de salariés affectés et l'identification des travaux sous-traités (art. R. 237-4 du Code du travail).

4.1.1.3 Règles de construction et d'aménagement des ouvrages

Il a été institué, dans la partie réglementaire du Code du travail, un chapitre spécifique relatif aux « dispositions applicables aux opérations de construction dans l'intérêt de l'hygiène et de la sécurité du travail », et fixant les « règles auxquelles sont tenus de se conformer les maîtres d'ouvrage entretenant la construction ou l'aménagement de bâtiments » où s'exercent, de manière générale, des activités professionnelles (art. L. 231-1, L. 235-19 et R. 235-1 du Code du travail).

Aussi bien en matière d'**éclairage** (art. R. 235-2 à R. 235-2-3 du Code du travail) qu'en matière d'**aération** et d'**assainissement** (art. R. 235-2-4 à R. 235-2-8), le maître de l'ouvrage doit « *dans les limites de sa responsabilité* concevoir et réaliser les bâtiments et leurs aménagements conformément aux règles d'éclairage et d'éclairage fixées aux articles R. 232-7-1 à R. 232-7-8 et aux règles de ventilation et d'assainissement fixées aux articles R. 232-5 à R. 232-5-8.

C'est là une application aux maîtres d'ouvrage des principes de la sécurité intégrée : cette exigence se manifeste pour le maître de l'ouvrage par l'obligation de transmettre au chef d'établissement utilisateur une **notice d'instruction** donnant les niveaux minimaux d'éclairage, les dispositions prises pour la ventilation et l'assainissement des locaux et les règles d'entretien des matériels et installations (art. R. 235-2-3 et R. 235-2-8).

Des dispositions analogues ont été également introduites en matière de sécurité des **installations électriques** sur les lieux de travail (art. R. 235-3-5 du Code du travail) et, de façon générale, les maîtres d'ouvrage « doivent élaborer et transmettre aux utilisateurs, au moment de la prise de possession des locaux et au plus tard dans le mois qui suit » un « dossier d'entretien » ou « dossier de maintenance » des lieux de travail dans lequel doivent figurer notamment, outre les notices et dossiers techniques prévus en matière d'éclairage, de ventilation et d'assainissement et de sécurité des installations électriques, les dispositions prises pour le nettoyage des surfaces vitrées, l'accès en couverture, et l'entretien des façades (art. R. 235-5 du Code du travail).

4.1.2 Prérogatives du maître de l'ouvrage dans le choix et la qualité des matériaux

Il peut être prévu, dans les documents particuliers du marché, la faculté, pour le maître de l'ouvrage, d'imposer à son locateur de s'approvisionner en matériaux et fournitures auprès des fournisseurs qu'il désire, ou d'imposer l'emploi de matériaux et de fournitures lui appartenant. L'entrepreneur ne peut alors, sans motif valable, refuser de mettre en œuvre ces matériaux fournis ou imposés par le maître de l'ouvrage ou par son architecte qui lui en a conseillé l'emploi.

Il est plus fréquent, en revanche, que les documents contractuels prévoient la fourniture de matériaux, d'objets ou d'appareils de fabrication spéciale. Il appartient alors au locateur d'ouvrage de demander ou requérir, en temps utile, les instructions nécessaires pour leur commande (norme NF P 03-001, art. 8.2) et formuler, s'il y a lieu, les réserves que lui paraissent justifier la mise en œuvre ou l'utilisation de tel ou tel matériel.

Dans tous les cas, cependant, le locateur d'ouvrage conserve le droit de refuser l'emploi de matériaux fournis ou imposés par le maître de l'ouvrage, lorsqu'il estime que ces matériaux ne donnent pas les garanties de solidité que lui-même, en tant qu'entrepreneur, est tenu, par ailleurs, d'assurer à l'ouvrage.

Les usages consacrés par la norme NF P 03-001 veulent que le maître de l'ouvrage s'interdise, en principe, de donner directement des ordres à l'entrepreneur. C'est l'architecte qui délivre à ce dernier les ordres de service et, à ce titre, ordonne les examens, essais et épreuves des ouvrages prévus par les documents particuliers du marché. Si le maître de l'ouvrage désire que des essais ou épreuves supplémentaires non prévus par les documents contractuels soient effectués, il doit le faire savoir à l'architecte qui le répercute sur l'entreprise. L'article 15.3.2.3 de la norme précitée prévoit, alors, que le « *cout de ces essais ou épreuves sera supporté par le maître de l'ouvrage ou par l'entrepreneur suivant que leurs résultats seront ou non favorables à l'entrepreneur* ».

4.1.3 Modifications dans l'importance et la nature des travaux

Il est évident que le maître de l'ouvrage ne peut imposer à son locateur la réalisation de travaux qui sont étrangers à l'objet du marché. Le locateur d'ouvrage n'est, en effet, lié que dans les limites de l'objet du marché qu'il a signé. Et même si les travaux demandés rentrent dans le cadre de l'opération de construction, le maître de l'ouvrage ne peut abuser du droit qu'il s'est réservé de prescrire des modifications aux prévisions du marché.

Il a pu ainsi être jugé que le maître de l'ouvrage avait commis un abus de droit en demandant des « *modifications, qui avaient entraîné une augmentation considérable de la masse des travaux, avaient été décidées et prescrites de façon incohérente, provoquant, à plusieurs reprises, des arrêts prolongés des travaux, immobilisant ainsi l'activité de l'entreprise, et lui imposant des transformations dans l'organisation des chantiers* », alors que « *si, par leurs conventions, les parties avaient entendu reconnaître au maître de l'ouvrage le droit d'apporter, en cours de travaux, des changements aux plans primitifs, elles avaient également, ces modifications ne pouvant entraîner pour l'entreprise d'autres dépenses que celles dont l'indemnisation avait été prévue, fixé la mesure dans laquelle devait s'exercer ce droit* ».

C'est pourquoi, les documents types généraux, et en particulier les normes Afnor, prévoient les limites et conditions dans lesquelles le maître de l'ouvrage peut prescrire des changements aux prévisions, augmenter ou diminuer la masse des travaux ou l'importance des natures d'ouvrages, et les droits ouverts à l'entrepreneur lorsque certaines limites sont atteintes ou dépassées.

On ne s'attardera pas sur les dispositions spéciales concernant les modifications aux travaux traités à forfait, celles-ci ne pouvant intervenir que sur ordre écrit du maître de l'ouvrage, et ce en application des dispositions impératives de l'article 1793 du Code civil (sur le marché à forfait, § 5.1.1). Il est en effet dans la nature du marché à forfait que les deux parties ne modifient pas leurs obligations reciproques. Au-delà, on n'est plus dans le forfait. L'annexe D de la norme NF P 03-001 applicable aux marchés de travaux de bâtiment à prix forfaitaire global définis *ne varietur* exclut d'ailleurs l'éventualité de modifications aux prévisions contractuelles en posant (art. 11.1.1) le principe de l'intangibilité du marché. C'est seulement dans le cas d'un accord commun des parties constaté par avenant que le marché peut être modifié, le maître de l'ouvrage pouvant, toutefois, résilier le marché en payant une indemnisation au cas où l'accord ne pourrait se faire.

Le régime institué par les normes NF P 03-001 et NF P 03-002 est évidemment beaucoup plus souple puisque ces documents types sont applicables aux travaux de bâtiment ou de génie civil faisant l'objet de marchés privés et dont ni le programme ni le projet ne peuvent être définis complètement avant le début des travaux. Ces normes attribuent au maître de l'ouvrage le droit d'apporter des modifications sans l'accord du locateur. Celles-ci doivent faire l'objet d'un ordre écrit du maître d'œuvre, contresigné par le maître de l'ouvrage, qui doit indiquer (art. 11.1.4 de la norme P 03-001 et 8.1.4 de la norme P 03-002) :

- le montant des travaux en résultant ou, à défaut, les modalités de calcul de leurs prix ;
- l'influence de ces modifications sur le délai d'exécution.

En effet, le travail nouveau est, *a priori*, susceptible de modifier le prix et les délais qui sont des éléments essentiels du marché. L'entrepreneur dispose alors d'un délai de 15 jours pour présenter par écrit ses réserves ; à défaut de réserves, ainsi formulées, il ne peut se prévaloir des dispositions de la norme relative à l'augmentation ou à la diminution dans la masse des travaux et aux changements dans les natures d'ouvrages.

4.1.3.1 Augmentation ou diminution dans la masse des travaux

En cas d'**augmentation** n'atteignant pas le quart du montant initial du marché, l'entrepreneur est tenu à exécution, sous réserve des incidences sur le prix et les délais. Si l'augmentation excède le quart, il peut demander la résiliation de son marché (article 11.1.1.3 de la norme P 03-001 ; article 8.1.1.3 de la norme P 03-002) (§ 4.4.3).

Ce pourcentage du montant initial des travaux fixé dans les normes NF P 03-001 et NF P 03-002 à 25 % peut, dans certains cahiers des charges de marchés particulièrement rigoureux pour les locateurs d'ouvrages, atteindre 30 %. Cette règle s'explique par la considération que les moyens techniques d'une entreprise ne sont pas indéfiniment extensibles, et que son plan de charge, c'est-à-dire ses autres engagements contractuels, constitue un obstacle technique à une exécution plus lourde. En tout état de cause, si l'entrepreneur accepte une augmentation supérieure à 25 % de ses obligations, il doit prévoir une modification des délais d'exécution.

À l'inverse, en cas de **diminution** de la masse des travaux supérieure à 15 % (article 11.1.2 de la norme P 03-001) ou à 20 % (article 8.1.2 de la norme P 03-002) du montant total initial du marché, l'entrepreneur peut prétendre à une indemnité de dédommagement de ses dépenses et d'une partie du bénéfice qu'il aurait pu réaliser dans l'exécution des travaux prévus et abandonnés (là aussi ces pourcentages peuvent être augmentés dans certains cahiers de charges). L'indemnisation partielle de ce bénéfice manqué peut souvent donner lieu à contestation : en ce cas, la détermination de cette partie relève de l'appréciation des tribunaux éventuellement saisis.

4.1.3.2 Changement dans les natures d'ouvrages

Les normes NF P 03-001 (art. 11.1.3) et NF P 03-002 (art. 8.1.3) distinguent deux cas.

■ Le premier s'entend du changement dans la nature des ouvrages découlant d'**ordres** du maître de l'ouvrage, et résultant de circonstances qui ne sont ni de la faute, ni du fait de l'entrepreneur (par exemple : changement dans la composition des matériaux). En ce cas, l'entrepreneur a droit à une indemnité le dédommagement des frais supplémentaires qui en découlent et dont il peut justifier. Aucune condition s'agissant de l'importance des changements n'est exigée, mais l'indemnité éventuellement due sera limitée au remboursement des dépenses supplémentaires et exclusive de tous bénéfices manqués.

■ Le second s'entend des changements entraînant une modification dans les **quantités** de certaines natures d'ouvrages (une nature d'ouvrage est un ouvrage auquel correspond un prix particulier) dans une proportion excédant 25 % en plus ou en moins. L'entrepreneur a droit, alors, à la fixation de prix nouveaux pour les ouvrages considérés. Ces dispositions se rapprochent de celles de l'article 17 du Cahier des clauses administratives générales (CCAG) applicables aux marchés publics de travaux, approuvé par décret du 21 janvier 1976, mais elles sont beaucoup moins précises. Alors que l'article 17 du CCAG permet à l'entrepreneur d'obtenir une indemnité « *calculée d'après la différence entre les quantités réellement exécutées et les quantités prévues augmentées d'un tiers ou diminuées d'un quart* », les normes NF P 03-001 et NF P 03-002 n'indiquent pas si les prix nouveaux doivent s'appliquer à la totalité des quantités ou seulement à l'excédent par rapport aux prévisions initiales.

4.1.3.3 Travaux effectués sur décision ou initiative du locateur d'ouvrage

En cas de modifications apportées aux travaux prévus par le locateur sans autorisation du maître de l'ouvrage, ce dernier peut :

- soit exiger les démolitions, corrections ou reprises nécessaires à l'exécution exacte du marché, sans préjudice des réfactions qu'il pourra exiger sur le prix contractuel si la qualité finale des travaux est diminuée ;
- soit accepter les travaux modifiés, sans majoration de prix, s'ils ont coûté plus cher que les ouvrages prévus, ou sans réduction de prix si les ouvrages modifiés ont coûté moins cher que les ouvrages initialement prévus.

Ce refus, par le maître de l'ouvrage, des travaux exécutés sans ordre constitue l'une de ses prérogatives essentielles qui rentre elle-même dans l'obligation générale du maître de prendre livraison de l'ouvrage commandé. À cette obligation s'ajoute celle de recevoir les travaux et de payer le prix (§ 5.2).

4.1.4 Prononcé de la réception

La réception des travaux est l'opération qui a pour objet de constater leur achèvement, leur bonne exécution, et leur conformité aux prévisions contractuelles. C'est le **constat de l'exécution du marché**. La loi du 4 janvier 1978 relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction a, pour la première fois, réglementé l'ensemble du droit de la réception en insérant au Code civil un article 1792-6, reproduit à l'article L. 111-19 du Code de la construction et de l'habitation, dont l'alinéa 1^{er} est ainsi rédigé :

« La réception est l'acte par lequel le maître de l'ouvrage déclare accepter l'ouvrage avec ou sans réserves. Elle intervient à la demande de la partie la plus diligente soit à l'amiable, soit à défaut judiciairement. Elle est en tout état de cause prononcée contradictoirement. »

Née de la pratique, l'institution de la réception, normalisée par l'Afnor dans ses différents Cahiers des clauses générales types applicables aux marchés de travaux privés (normes NF P 03-001 pour les travaux de bâtiment et NF P 03-002 pour les travaux de génie civil), partiellement traitée par la loi du 16 juillet 1971 réglementant les **retenues de garanties** en matière de marchés de travaux privés (§ 5.2.2.3) – laquelle instituait le principe de l'unicité de la réception – est maintenant qualifiée d'acte juridique par lequel le maître de l'ouvrage prend livraison, mais également approuve le travail exécuté (acceptation).

4.1.4.1 Initiative et déroulement des opérations de réception

La réception est, dans les faits, préparée par l'architecte et les entrepreneurs qui procèdent à une ou plusieurs **visites préparatoires** (appelées couramment **pré-réceptions**) de l'ouvrage. L'architecte se tourne ensuite vers le maître de l'ouvrage et lui rend compte des résultats de ces premiers examens. Il le conseille sur la possibilité de procéder à la réception proprement dite, et lui indique les **réserves** qui paraissent devoir être faites. Lors de la réception, est ainsi mis en forme, par un **procès-verbal de réception**, l'essentiel des conclusions réunies lors de la phase préparatoire. Ce procès-verbal préparé par l'architecte est signé par le maître de l'ouvrage, et généralement contresigné par l'entrepreneur dont les travaux ont été reçus. Il mentionne, le cas échéant, les omissions, imperfections ou malfaçons constatées. Les documents contractuels déterminent, en général, le sort des réserves, et fixent le délai (90 jours selon les normes Afnor précitées) dans lequel les travaux correspondant à leur levée doivent intervenir.

En cas de refus de réception par le maître de l'ouvrage, le procès-verbal doit expliciter les raisons de ce refus, qui ne peut être motivé, selon les normes NF P 03-001 (art. 17.2.6) et NF P 03-002 (art. 15.2.6), que par l'inachèvement des ouvrages ou les reprises nécessaires de ces derniers. Si la réception est refusée, l'entrepreneur peut :

- soit admettre les motifs de refus, poursuivre les travaux, et demander une nouvelle fois la réception ;
- soit demander en justice, par la voie du référé, la désignation d'un expert chargé de constater la réalité ou l'inexistence des motifs de refus, et de fixer le coût des travaux de réfection éventuels.

Si l'expert constate que le refus de réception n'est pas fondé, l'entrepreneur pourra non seulement demander au tribunal de prononcer cette réception, mais encore obtenir des dommages et intérêts. Ce pouvoir, né de la pratique, que s'était reconnu le juge du contrat de sanctionner l'abus par le maître de l'ouvrage du droit de refuser la réception, a trouvé une consécration logique avec la **réception judiciaire** désormais prévue par l'article L. 111-19 du Code de la construction et de l'habitation. Si, en revanche, le refus de réception s'avère fondé, la situation du locateur d'ouvrage sera très délicate puisqu'en vertu d'une jurisprudence bien établie le chantier se trouve *juridiquement en cours* et le contrat inachevé, de sorte que la garantie décennale ne peut commencer à courir : c'est l'une des conséquences de l'inexécution des obligations contractuelles de l'entrepreneur (§ 6.1.1).

4.1.4.2 Caractère contradictoire de la réception

Le maître de l'ouvrage joue un rôle essentiel dans la réception puisqu'il est seul habilité à la prononcer. Pour remplir cette obligation centrale de son contrat, le maître de l'ouvrage bénéficie du concours de l'architecte, mais ce dernier n'agit qu'en qualité de conseil et ne saurait prononcer lui-même la réception. Un procès-verbal de réception dressé hors de la présence du maître de l'ouvrage et signé par l'architecte seul n'engage pas le maître, sauf ratification expresse ou tacite par ses soins.

Cela étant, la jurisprudence de la Cour de cassation estime, depuis 1987, que l'article 1792-6 du Code civil (art. L. 111-19 du Code de la construction et de l'habitation) n'interdit pas l'admission d'une **réception tacite** lorsque les faits démontrent une « *volonté non équivoque du maître d'ouvrage de recevoir les travaux* » (par exemple par une prise de possession sans réserves). Mais une telle hypothèse sera forcément rare en pratique et, toujours selon la Cour de cassation, il est nécessaire, pour l'entrepreneur, de demander expressément et formellement le **prononcé judiciaire de la réception** en cas de contestation de l'existence d'une réception des travaux.

4.1.4.3 Unicité de la réception

L'article L. 111-19 du Code de la construction et de l'habitation met fin au système dualiste de la réception qui a prévalu pendant longtemps en matière de marchés de travaux privés (réception provisoire et réception définitive intervenant six mois ou un an plus tard). La **réception est désormais une opération unique** qui ne saurait être scindée dans le temps.

Réception unique ne veut cependant pas dire réception commune à tous les corps d'état associés à la réalisation de l'ouvrage. Bien que l'article L. 111-19 précité paraisse indiquer que la réception se conçoit désormais comme une opération unique portant sur la globalité de l'ouvrage et non sur les différentes catégories de travaux, rien n'empêche les parties contractantes de prévoir que la réception aura lieu **separément par corps d'état** pour chaque locateur d'ouvrage. Cette pratique des réceptions propres à chaque lot peut trouver un fondement dans l'article 1791 du Code civil, toujours en vigueur, et dont la rédaction paraît aujourd'hui désuète :

« *S'il s'agit d'un ouvrage à plusieurs pièces ou à la mesure, la vérification peut s'en faire par parties : elle est censée faite pour toutes les parties payées, si le maître paie l'ouvrier (lire au sens actuel : l'entrepreneur) en proportion de l'ouvrage fait.* »

Le prononcé de réceptions partielles et successives a sa raison d'être, car obliger tous les entrepreneurs à s'aligner sur le moins diligent et à différer la réception, c'est leur imposer une charge financière (car les cautions bancaires fournies par les locateurs d'ouvrage en remplacement des retenues de garanties – § 5.2.2.3 – ne pourront pas être libérées) et technique (les locataires ayant terminé leurs travaux en restent gardiens, notamment les corps d'état techniques doivent assurer la maintenance de leurs installations, ce qui aboutit à différer de plusieurs mois, sinon années, la date de prise d'effet du délai de garantie décennale). L'intérêt des maîtres d'ouvrage est évidemment contraire, et la pratique de réceptions partielles n'est guère répandue car elle entraîne, pour un même ouvrage, autant de points de départ différents du délai décennal qu'il y a de corps d'état.

4.1.4.4 Levée des réserves assortissant la réception

Les textes légaux et réglementaires ne prévoient pas l'établissement d'un procès-verbal de levée des réserves prononcées lors de la réception. Les normes NF P 03-001 et NF P 03-002 sont également muettes sur ce point.

Or, selon la jurisprudence de la Cour de cassation, les réserves formulées lors de la réception par le maître de l'ouvrage ne peuvent être ultérieurement écartées que si le maître d'ouvrage manifeste sa « volonté non équivoque d'y renoncer ».

L'intérêt de l'entrepreneur est donc de combler cette lacune en proposant systématiquement, après toute intervention de sa part destinée à lever les réserves, un **procès-verbal de levée des réserves** à la signature du maître de l'ouvrage. Une telle initiative, qui au demeurant obéit à la règle du parallélisme des formes (à un PV. de réception avec réserves doit logiquement succéder un PV. de levée desdites réserves), a le double avantage d'une part de permettre à l'entrepreneur de prétendre au paiement du solde de son marché sans qu'un litige d'ordre technique vienne l'entraver, d'autre part d'éviter tout refus de garantie de son assureur pendant la période de responsabilité décennale (cf. dossier *Assurance construction* [2]).

4.2 Obligations et droits du locateur d'ouvrage

Le locateur d'ouvrage doit, d'une façon générale, respecter les dispositions de son marché, exécuter le travail promis et livrer des ouvrages conformes à ceux qui lui ont été demandés. En particulier, l'entrepreneur doit exécuter les travaux décrits dans les devis et plans contractuels conformément à ceux-ci, et selon les règles de l'art, mais tout comme le maître de l'ouvrage, il est astreint à certaines obligations préalables à l'ouverture du chantier. Outre la déclaration d'ouverture du chantier nécessaire dans le cadre de l'assurance obligatoire des travaux de bâtiment (§ 6.3), une autre obligation est imposée par le Code du travail au locateur d'ouvrage. Dans le cadre de la lutte contre le travail clandestin, l'article R. 324-1 de ce Code stipule que « *tout entrepreneur travaillant sur un chantier ayant donné lieu à la délivrance d'un permis de construire doit, pendant la durée de l'affichage du permis, afficher sur ce chantier, son nom, sa raison ou sa dénomination sociale, ainsi que son adresse.* »

L'affichage est assuré sur un panneau dont les indications sont lisibles de la voie publique.

Avant d'examiner la question des risques avant la réception, et du respect des délais qui constituent les deux obligations centrales du locateur d'ouvrage pendant l'exécution du marché, il convient de préciser quelles sont ses obligations en matière d'hygiène et de sécurité, et du respect des règles de l'art.

4.2.1 Obligations du locateur d'ouvrage en matière d'hygiène et de sécurité

Un important décret du 8 janvier 1965, qui ne comporte pas moins de 235 articles, impose aux entrepreneurs du bâtiment et des travaux publics de nombreuses prescriptions en matière d'hygiène et de sécurité sur les chantiers, sur lesquelles on ne s'étendra pas dans le cadre de ce dossier. Seront seulement évoquées ici les dispositions générales auxquelles doivent se conformer obligatoirement les entrepreneurs en application du Code du travail.

Chaque entreprise, y compris les sous-traitants, appelée à intervenir à un moment quelconque des travaux sur un chantier de bâtiment ou de génie civil soumis à déclaration préalable (§ 4.1.1), doit établir un **plan particulier de sécurité et de protection de la santé** (art. L. 235-7-1^e du Code du travail). La même obligation pèse sur l'entreprise appelée à exécuter seule des travaux d'une durée supérieure à un an avec un effectif de plus de 50 salariés pendant plus de 10 jours ouvrés consécutifs (art. L. 235-7-2^e et R. 238-26 du Code du travail). Ce plan comporte obligatoirement et de manière détaillée (art. R. 238-31 du même Code) :

- les dispositions prévues en matière de secours et d'évacuation ;
- les mesures prises pour assurer l'hygiène des conditions de travail et celle des locaux destinés au personnel ;
- les mesures destinées à prévenir les risques spécifiques découlant des travaux à exécuter sur le chantier.

L'article R. 238-27 du Code du travail précise que l'entrepreneur dispose d'un délai d'au moins 30 jours à compter de la réception du contrat signé par le maître de l'ouvrage pour établir son plan particulier de sécurité et de protection de la santé dont un exemplaire doit être tenu disponible en permanence sur le chantier (article R. 238-35 du même Code), et qui doit être conservé par l'entrepreneur pendant une durée de 5 ans à compter de la fin du chantier (article R. 238-36).

Les obligations du maître de l'ouvrage (§ 4.1.1.1) doivent être impérativement répercutées par l'entrepreneur à ses sous-traitants (participation obligatoire au collège interentreprises de sécurité, de santé et des conditions de travail : article L. 235-12 ; chantier soumis à l'obligation de plan général de coordination en matière de sécurité et de protection de la santé : article R. 238-20).

4.2.2 Respect des règles de l'art

L'entrepreneur, titulaire d'un **certificat de qualification** délivré par l'OPQCB (Organisme professionnel de qualification et de classification du bâtiment et des activités annexes) est un professionnel réputé maître des règles de son art. Les règles de l'art peuvent se définir comme l'ensemble des connaissances scientifiques et techniques que doit connaître tout bon professionnel de la même catégorie. Au plan de l'exécution des travaux, sa compétence sera d'autant plus sévèrement appréciée qu'il sera plus spécialisé. Les tribunaux ont ainsi tendance à ne pas exiger les mêmes connaissances techniques d'un artisan ou d'une firme effectuant habituellement de gros travaux.

La norme NF P 03-001 de février 1948, aujourd'hui abrogée et remplacée par la norme de 1972 et ses éditions successives portant le même numéro, formulait les exigences de cette obligation générale de l'entrepreneur dans son article 1.111, ainsi libellé :

« L'entrepreneur s'engage à exécuter tous les travaux nécessaires à la perfection de l'ouvrage de manière que celui-ci, par rapport à l'état actuel des connaissances, présente tous les éléments de stabi-

lité et de durée ainsi que toutes les conditions d'achèvement nécessaires, et qu'il soit en tous points conforme à l'art de bâtir et aux règles de sa profession ».

Cet article n'a pas été repris dans les éditions successives de la norme depuis 1972, mais le principe demeure incontestablement. En pratique, les règles de l'art consistent essentiellement dans le respect des documents techniques unifiés (DTU), des cahiers des charges techniques édités par le Centre scientifique et technique du bâtiment (CSTB), et de l'ensemble des normes françaises éditées par l'Afnor, notamment celles incluses dans le Recueil des ensembles et éléments fabriqués (REEF), tous documents rendus fréquemment contractuels par le cahier des clauses administratives particulières ou le cahier des prescriptions spéciales du marché.

4.2.3 Risques mis à la charge du locateur d'ouvrage

Si les ouvrages viennent à être détruits ou endommagés soit avant la réception, soit avant que le maître d'ouvrage n'ait été mis en demeure de les recevoir, les risques sont pour le locateur d'ouvrage qui doit alors procéder, à ses frais, à la reconstruction ou aux réparations nécessaires.

Une jurisprudence désormais bien établie décide, en effet, que les risques sont pour l'entrepreneur jusqu'à la réception ou la mise en demeure adressée au maître de l'ouvrage de prononcer celle-ci, appliquant, en cela, le principe posé par l'article 1788 du Code civil dont la rédaction apparaît là aussi comme désuète :

« Si, dans le cas où l'ouvrier (lire au sens actuel : l'entrepreneur) fournit la matière, la chose vient à périr, de quelque manière que ce soit, avant d'être livrée, la perte en est pour l'ouvrier (lire au sens actuel : l'entrepreneur) à moins que le maître ne fût en demeure de recevoir la chose ».

Cette question des risques de perte des ouvrages n'est d'ailleurs pas liée à la propriété de la construction avant sa réception, puisque (§ 1.3) les matériaux fournis par le locateur d'ouvrage s'incorporent à l'édifice au fur et à mesure de la construction en vertu de la théorie dite de l'accession. La jurisprudence a d'ailleurs parfaitement clarifié la situation en confirmant que les risques sont pour l'entrepreneur en application de l'article 1788 précité, mais que « *l'immeuble en construction sur le terrain d'autrui auquel il s'incorpore et qui est édifié en exécution d'un contrat de louage d'ouvrage, n'est pas la propriété de l'entrepreneur, même avant la réception des travaux par le maître de l'ouvrage* ».

Les marchés privés qui se réfèrent aux normes NF P 03-001 (art. 9.1.4) et NF P 03-002 (article 6.1.4) font supporter à l'entrepreneur les pertes « *occasionnées par le fait de tiers ou des phénomènes naturels* ». De manière générale, l'entrepreneur doit, jusqu'à la réception des travaux, **protéger** ses matériaux et ses ouvrages contre les risques de vol, de détournement et de détérioration. Ce principe, maintenant adopté dans tous les cahiers des charges de marchés de travaux privés, est rappelé à l'article 13 de la norme P 03-001 et à l'article 11 de la norme P 03-002. Il consacre le fait que l'entrepreneur, bien que n'étant plus propriétaire des matériaux qu'il a mis en œuvre, demeure **gardien** des ouvrages qu'il a exécutés jusqu'à leur réception par le maître de l'ouvrage.

4.2.4 Respect des délais d'exécution

Tout retard dans l'exécution de ses obligations entraîne la responsabilité du locateur d'ouvrage envers le maître. En particulier, l'entrepreneur doit exécuter les travaux dans le délai stipulé au contrat ou, à défaut d'indications sur le délai, dans le temps raisonnablement nécessaire à leur réalisation, et compatible avec une exécution conforme aux règles de l'art.

Le marché peut fixer un délai à titre indicatif, mais généralement, et bien souvent, ce sont des délais impératifs qui sont imposés au locateur d'ouvrage. Les documents contractuels précisent quel est le point de départ du délai (par exemple : notification de la conclu-

sion du marché, selon la norme P 03-001 – art. 10.1 ; ordre de service de commencer les travaux, selon la norme NF P 03-002 – art. 7.3.1) et quel est son point d'arrivée (qui est le jour de l'achèvement des travaux constaté en principe par la réception). Le locateur d'ouvrage, qui considère ses travaux comme achevés, a, par conséquent, là aussi intérêt à mettre en demeure le maître de l'ouvrage de les réceptionner afin d'éviter que ce dernier diffère le prononcé de la réception et prétende ensuite que, le délai d'exécution ayant été dépassé, des sanctions sous forme de pénalités de retard ne soient applicables. Sous réserve de prendre une telle précaution, il n'y a pas de retard imputable à l'entrepreneur dans ce cas, de même que dans les hypothèses suivantes :

- Lorsque les **retards sont imputables à un cas de force majeure** réunissant des conditions de gravité, d'imprévisibilité, d'irrésistibilité et d'extranéité à l'entreprise telles qu'elles aient rendu l'exécution des obligations contractuelles impossible. Rentrant dans cette catégorie certains événements naturels (ouragans, séismes ou tempêtes d'une violence extrême, intempéries exceptionnelles rendant, selon l'article L.731-2 du Code du travail, « *effectivement l'accomplissement du travail dangereux ou impossible eu égard soit à la santé ou à la sécurité des travailleurs, soit à la nature ou à la technique du travail à accomplir* ») et les cas de grève générale s'étendant à toute la profession du bâtiment, ou des travaux publics (conditions rarement réunies, en pratique).

- Lorsque les **retards sont imputables au maître de l'ouvrage** [par exemple : retard dans la délivrance des plans d'exécution, des ordres de service, commandes de travaux supplémentaires ou imprévus, retards du maître de l'ouvrage dans l'exécution de sa propre obligation de payer les travaux (§ 4.3.1.1)].

En revanche, ne peuvent ouvrir droit à prolongation de délai au bénéfice du locateur d'ouvrage certains événements qui ne constituent, en aucune manière, des cas de force majeure ; par exemple : difficulté d'approvisionnement des matériaux, retards de livraison des fournisseurs, jours de grève propre à l'entreprise en particulier, carence du maître d'œuvre, ou délivrance d'ordres de service contradictoires.

La sanction du non-respect des délais d'exécution par le locateur d'ouvrage consiste généralement dans l'application de **pénalités de retard** contractuellement prévues. Le régime juridique des pénalités de retard trouve son fondement dans les articles 1152 et 1226 à 1231 du Code civil relatifs aux clauses pénales insérées dans les contrats.

Ces pénalités sont souvent fixées à l'aide d'un taux journalier soit en pourcentage, soit par une somme forfaitaire, le montant total pouvant être plafonné (dans de nombreux marchés de travaux privés, il est usuel de fixer ce plafond à 5 % du montant total du marché). Si la stricte application du contrat conduit à un calcul mathématique simple pour obtenir le montant de la pénalité due (multiplication du nombre de jours de retard par la somme prévue au contrat), les tribunaux ne sont néanmoins pas tenus par les termes même des pièces du marché, puisque, en vertu de l'article 1152 du Code civil, modifié par une loi du 9 juillet 1975, « *le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine (lire au sens pratique : la pénalité) qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite* ». En cas de litige, le juge saisi par l'une des deux parties (généralement le locateur d'ouvrage) n'a pas à motiver spécialement sa décision lorsque, faisant application pure et simple de la convention, il refuse de modifier le montant de la pénalité qui y est prévue. Comme, par ailleurs, le caractère manifestement excessif de la pénalité contractuelle s'apprécie en fonction du but de la clause et non en considération de la situation des parties, le pouvoir modérateur du juge trouvera en pratique sa source dans un rapport d'un expert qu'il aura désigné, ce dernier étant à même de donner un avis motivé sur les circonstances ayant conduit au retard dans un marché de travaux conclu entre professionnels réputés avisés et ayant accepté en connaissance de cause les rigueurs de la « *loi des parties* ».

4.3 Difficultés d'exécution en cours de marché

Le non-respect des délais d'exécution rentre dans le cadre plus général du respect du contrat auquel sont tenus tant le maître de l'ouvrage que son locateur, qui sont liés par des obligations réciproques, et dont ils ne peuvent se libérer unilatéralement. Il convient, par conséquent, d'examiner maintenant les difficultés d'exécution qui peuvent survenir en cours de marché, et qui sont évidemment liées aux obligations centrales des parties (pour le maître de l'ouvrage : payer le prix, et pour le locateur : exécuter et livrer le travail promis). Seront étudiées successivement les difficultés d'exécution provenant du maître de l'ouvrage, et celles provenant du locateur.

4.3.1 Difficultés provenant du maître de l'ouvrage

Le premier des droits du locateur d'ouvrage qui a régulièrement établi une situation de travaux et l'a adressée au maître d'œuvre qui, après vérification, l'a transmise pour paiement au maître de l'ouvrage, est d'être payé dans les délais prévus au contrat.

4.3.1.1 Exception d'inexécution

Face à un maître de l'ouvrage qui ne s'acquitte pas de son obligation de payer ou ne paye les situations qui lui sont présentées qu'avec beaucoup de retard, le locateur d'ouvrage peut opposer au maître une exception tirée de l'inexécution par celui-ci de ses propres obligations et, par conséquent, suspendre l'exécution de ses travaux. Cette exception d'inexécution n'est pas inscrite dans un texte général : c'est un principe général du droit admis par la jurisprudence sauf si la loi en dispose autrement. Celui qui n'exécute pas son obligation ne peut exiger de son contractant qu'il exécute lui-même.

Les modalités particulières de cette règle ont été aménagées dans les normes NF P 03-001 (article 10.3.2.1) et NF P 03-002 (article 7.5.2.1) dans les termes suivants :

« En aucun cas, un entrepreneur ne peut suspendre les travaux pour défaut de paiement, sans avoir prévenu par lettre recommandée le maître de l'ouvrage et le maître d'œuvre, au moins 15 jours à l'avance. Le maître de l'ouvrage est responsable des conséquences de toute interruption résultant de la non-observation de ses obligations, et en particulier des répercussions qu'elle pourrait avoir sur l'exécution des travaux des autres corps d'état ».

L'article 21.1 de la norme P 03-001 et l'article 19.1 de la norme P 03-002 rappellent, par ailleurs, que :

« lorsqu'une des parties ne se conforme pas aux conditions du marché, l'autre partie (...) la met en demeure d'y satisfaire dans un délai qui ne peut être inférieur à 15 jours ».

Compte tenu du fait que de nombreux marchés privés se réfèrent, à titre de document contractuel d'ordre général, aux normes précitées, on peut considérer qu'en l'état actuel du droit et des usages en matière de marchés de travaux privés, le locateur d'ouvrage peut interrompre ses prestations dès lors que le maître de l'ouvrage ne règle pas les situations dues, à condition de respecter les prescriptions contractuelles imposant une mise en demeure et des conditions de délai raisonnables (15 jours minimum).

La suspension des travaux pour défaut de paiement est une arme à manier avec précaution : pour qu'elle soit contestable, il faut qu'elle ait été précédée d'une lettre recommandée avec demande d'avis de réception exprimant une **mise en demeure** de payer. Cette mise en demeure doit elle-même, pour être efficace, viser une créance à la fois :

- **certaine** : c'est-à-dire qu'elle ait un fondement (dans le contrat, par exemple) ;
- **liquide** : c'est-à-dire qu'elle soit chiffrée et non contestable (vérifiée par exemple par le maître d'œuvre s'il s'agit d'une situation de travaux) ;
- **exigible** : c'est-à-dire qu'elle soit due au regard des conditions de paiement prévues au contrat.

4.3.1.2 Privilège de l'article 2103-4° du Code civil

En revanche, des dispositions législatives générales, malheureusement en pratique souvent inopérantes, sont inscrites à l'article 2103-4° du Code civil. C'est le **privilège des architectes et entrepreneurs**. L'article 2103-4° du Code civil cite, en effet, parmi les créanciers privilégiés sur les immeubles :

« Les architectes, entrepreneurs, maçons, et autres ouvriers employés pour édifier, reconstruire ou réparer des bâtiments, canaux ou autres ouvrages quelconques, pourvu, néanmoins, que par un expert nommé d'office par le tribunal de grande instance dans le ressort duquel les bâtiments sont situés, il ait été dressé préalablement un procès-verbal à l'effet de constater l'état des lieux relativement aux ouvrages que le propriétaire déclarera avoir dessin de faire et que les ouvrages aient été, dans les six mois, au plus tard de leur perfection, reçus par un expert également nommé d'office. Mais le montant du privilège ne peut excéder les valeurs constatées par le second procès-verbal, et il se réduit à la plus-value existante à l'époque de l'aliénation de l'immeuble, et résultant des travaux qui y ont été faits ».

La mise en œuvre de ce privilège a été, à ce jour, rarement pratiquée et la plupart des décisions de jurisprudence rendues en application de cet article datent du 19^e siècle. Les raisons en sont que le privilège des constructeurs est, comme tous les privilégiés, de droit étroit et que, par suite, son existence et sa conservation demeurent rigoureusement subordonnées à l'observation de formalités légales et multiples et que, dans la majorité des cas, prendre une telle initiative risque de compromettre irrémédiablement les relations commerciales entre les constructeurs et leurs clients. En effet, il faut d'abord un procès-verbal préalable établi par un expert nommé par le tribunal ; sur le plan commercial, il est difficilement concevable que l'entrepreneur manifeste à l'égard de son client une telle défiance. Il faut ensuite un autre procès-verbal établi dans les mêmes conditions et dans les six mois de la réception ; ces formalités retirent tout intérêt pratique au privilège, d'autant qu'il ne donne, le plus souvent, une sûreté que pour partie de la créance, puisque le montant réel du privilège est constitué non par les valeurs constatées par le second procès-verbal, mais par la plus-value dégagée par les travaux.

Les constructeurs ont donc été conduits à rechercher des moyens plus efficaces pour se protéger contre les risques de non-paiement par les maîtres d'ouvrages. Ainsi, certains locataires, telles les entreprises de génie civil, effectuant habituellement de gros travaux, peuvent parvenir à se faire consentir, avant le démarrage des travaux, une **hypothèque conventionnelle** si l'immeuble est libre. Mais un tel résultat suppose une position de force dans les pourparlers contractuels qui est évidemment exceptionnelle.

En vérité, la seule garantie qui subsiste en cas d'ouverture d'une procédure collective (redressement ou liquidation judiciaire) est l'obtention, par le locataire d'ouvrage, d'une **caution bancaire** couvrant l'intégralité de ses travaux.

4.3.1.3 Caution bancaire

L'obligation faite à l'entrepreneur principal de garantir le paiement des sommes dues à chacun de ses sous-traitants par une caution personnelle et solidaire obtenue d'un établissement financier (article 14 de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, § 4.3.2.3) a constitué une innovation ayant pour conséquence que – en théorie, et dans la mesure où la loi est effectivement appliquée – le sous-traitant était mieux protégé sur le plan financier que l'entrepreneur principal ou tout simplement l'entrepreneur isolé traitant directement avec un maître de l'ouvrage. Cette situation paradoxale a fait ressortir un vide juridique qui a été comblé par la loi n° 94-475 du 10 juin 1994 : cette loi insère un article 1799-1 dans le Code civil qui oblige tout maître d'ouvrage professionnel, pour des marchés d'un montant supérieur à 12 000 € HT, soit à accorder à l'entrepreneur le paiement direct de ses travaux par l'établissement de crédit qui finance la construction, soit à lui fournir un cautionnement solidaire donné par un établissement de crédit, une entreprise d'assu-

rance ou un organisme de garantie collective garantissant le paiement des travaux. Mais, à la différence du contrat de sous-traitance, le marché de travaux conclu sans cette garantie n'est pas formellement entaché de nullité.

4.3.1.4 Paiement par compensation

À défaut de pouvoir aisément mettre en œuvre le privilège que leur confère l'article 2103-4° du Code civil ou d'obtenir une caution bancaire du maître de l'ouvrage, les locataires d'ouvrage peuvent-ils, au cas où leurs situations de travaux resteraient impayées, procéder à une compensation entre leur créance et une dette qu'ils auraient contractée envers le maître de l'ouvrage ? La question prend évidemment un intérêt tout particulier en cas de redressement ou de liquidation judiciaire du maître de l'ouvrage.

En effet, « *le jugement ouvrant la procédure emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception du paiement par compensation de dettes connexes* » et « *interrompt ou interdit toute action en justice de la part des créanciers dont la créance* » n'est pas née régulièrement pendant la période d'observation ou la procédure suivant le jugement d'ouverture (articles L. 622-7 et L. 622-21 du Code de commerce).

De plus, « *sont nuls, lorsqu'ils auront été faits par le débiteur depuis la date de cessation des paiements* » – qui peut être reportée par le tribunal jusqu'à dix-huit mois avant la date du jugement d'ouverture – les paiements « *pour dettes échues, faits autrement qu'en espèces, effets de commerce, virements... ou tout autre mode de paiement communément admis dans les relations d'affaires* » (article L. 632-1 du Code de commerce).

Un tel dispositif met normalement obstacle au jeu de la compensation à compter du jugement d'ouverture de la procédure de redressement ou de la liquidation judiciaire. Mais la loi a tempéré le principe de l'interdiction de compenser en admettant que la compensation pouvait continuer de jouer après le jugement déclaratif, à la condition que les créances réciproques soient **connexes**, c'est-à-dire **dérivant d'un même contrat**.

Par ailleurs, les **conventions de compensation anticipées** intervenues sans fraude avant la cessation des paiements restent valables. Ces conventions de compensation anticipées, souvent appelées en pratique **conventions de compte courant**, ont été d'ailleurs insérées dans les contrats types de sous-traitance mis au point par la Fédération nationale des travaux publics et la Fédération nationale du bâtiment. Le texte type de cette clause (figurant par exemple aux conditions particulières du modèle *commandes simples*), édition 1991) est le suivant :

« Toutes les opérations effectuées à l'occasion du présent contrat sont comptabilisées dans le compte courant unique et indivisible ouvert par l'entrepreneur principal au nom de l'entrepreneur sous-traitant, et qui regroupe également l'ensemble des opérations effectuées sur le territoire métropolitain à l'occasion des divers autres contrats et conventions en vigueur entre ces deux entrepreneurs, y compris les retenues de garantie qui y sont inscrites lors de leur libération. Ce compte courant, dont le solde est seul exigible, fait l'objet d'un arrêté de compte mensuel. En cas de défaillance du sous-traitant pour dissolution, liquidation judiciaire ou amiable, redressement judiciaire, l'arrêté de compte n'intervient qu'après l'arrêt définitif des comptes des marchés principaux, et le solde n'est exigible qu'après cette opération. Toute imputation abusive audit compte courant ouvre droit à dommages et intérêts ».

Il est cependant évident, qu'en pratique, la convention de compte courant se présente à l'avantage de l'entrepreneur principal qui est en position de donneur d'ordres. Tout porte à croire que l'application d'une telle convention par un maître d'ouvrage professionnel traitant habituellement avec un ou plusieurs locataires ne favorisera guère ces derniers puisque c'est le maître de l'ouvrage qui conserve l'initiative de l'imputation des opérations de crédit et de débit au compte courant, et qu'il peut ainsi librement compenser le paiement de travaux incontestablement dus sur certains chantiers avec des pénalités de retard contestées sur d'autres.

4.3.2 Difficultés provenant du locateur d'ouvrage

Le locateur d'ouvrage doit (§ 4.2.4)achever son travail dans les délais impartis par les documents du marché et ne peut, évidemment, à sa convenance en interrompre l'exécution. Des sanctions peuvent être prévues et des garanties mises en place à cet effet. Par ailleurs, le locateur d'ouvrage a, à l'égard de ses salariés et de ses sous-traitants, des obligations qui, si elles ne sont pas remplies, peuvent peser, dans une certaine mesure, sur le maître de l'ouvrage.

4.3.2.1 Caution de bonne exécution et performance bond

Dans le cas où les travaux seraient suspendus ou interrompus par le fait du locateur d'ouvrage pendant un certain délai, les documents contractuels peuvent prévoir que le maître de l'ouvrage aura le droit de pourvoir à leur continuation au moyen de marchés passés avec un autre entrepreneur, étant entendu que le locateur défaillant supportera le surcroît de dépenses qui pourrait résulter de la passation de ces marchés. Cette sanction peut être assortie d'une clause, exorbitante du droit commun, aux termes de laquelle il ne sera rien dû à l'entrepreneur défaillant pour les approvisionnements qu'il aurait pu faire et qui se trouveraient utilisés pour le compte et au profit du maître de l'ouvrage. Mais, bien plus souvent, l'abandon du chantier est considéré comme une cause de résiliation aux torts exclusifs de l'entrepreneur (§ 4.4).

Le seul moyen, cependant, pour le maître de l'ouvrage de se prémunir contre de tels incidents est d'exiger de son locateur une **caution de bonne exécution des travaux** ou un **performance bond** également appelé **engagement de réalisation** ou **garantie de bonne fin**.

La **caution de bonne exécution** peut se définir comme l'**engagement d'un établissement financier (caution)** envers le maître de l'ouvrage (bénéficiaire) de verser un dédommagement forfaitaire si le locateur d'ouvrage (cautionné) n'accomplit pas ses obligations contractuelles. La caution de bonne exécution est donc un engagement de payer, généralement limité à 10 ou 15 % du montant du marché, qui ne résout pas toujours le problème de l'achèvement des travaux, à la différence des garanties de bonne fin et de complet achèvement des travaux, plus fréquemment demandées par les maîtres d'ouvrage et couramment appelées **performance bond**.

Le **performance bond** a en effet pour objet la couverture de l'intégralité des engagements du locateur d'ouvrage. C'est un engagement de faire qui garantit au client que le contrat sera exécuté intégralement même si l'entrepreneur est défaillant. Si l'entreprise ne peut achever les travaux, la caution peut soit les faire achever par une autre entreprise, soit payer la somme nécessaire à l'achèvement.

La **distinction** entre les cautions de bonne exécution et les **performance bond** devient cependant, aujourd'hui, de plus en plus ténue dans la mesure où la quotité garantie par ces actes tend à se rapprocher pour se situer, en moyenne actuellement, autour de 10 % des montants des marchés. De sorte que la mise en jeu d'une caution de bonne exécution ou d'un **performance bond** se traduit le plus souvent par le versement d'un **dédommagement forfaitaire**, le risque de l'établissement financier qui continue à soutenir une entreprise en difficulté pour qu'elle achève ses travaux pouvant être plus grand que s'il verse le montant de l'engagement de caution.

4.3.2.2 Action directe des ouvriers contre le maître de l'ouvrage

Le non-paiement des salaires des ouvriers par l'entrepreneur peut être de nature à inquiéter le maître de l'ouvrage puisqu'en vertu de l'article 1798 du Code civil, les ouvriers du bâtiment (maçons, charpentiers, etc.) bénéficient d'une action qui leur permet de se faire payer directement par le maître de l'ouvrage le montant de leurs salaires encore dû. L'article L. 143-8 du Code du travail se réfère d'ailleurs à l'article 1798 du Code civil, mais en visant non seulement l'édition, la reconstruction ou la réparation des bâtiments, mais aussi celle des canaux ou ouvrages quelconques, de sorte qu'il suffit que les travaux soient relatifs à des immeubles pour que l'action directe soit ouverte aux ouvriers. Il reste cependant que cette action directe de l'article 1798 conçue à l'origine comme une faveur accor-

dée à certains salariés en raison de leur qualité sociale n'est donnée qu'aux ouvriers effectuant un travail manuel et est refusée aux employés de bureau, ingénieurs, cadres. De toute façon, la portée de l'action directe de l'article 1798 est limitée à ce que doit le maître de l'ouvrage à l'entrepreneur au moment où l'action est intentée.

Aussi bien les articles L. 200-3 et L. 125-2 du Code du travail accordent une garantie plus importante aux salariés du locateur d'ouvrage en rendant le maître de l'ouvrage, dans certaines conditions, personnellement responsable des obligations de son locateur.

■ L'article L. 200-3 du Code du travail dispose, en un principe général, que :

« L'entrepreneur principal » (lire : entreprise utilisatrice, puisqu'il s'agit d'un maître d'ouvrage qui est une société industrielle ou commerciale, § 4.1.1.2) « est tenu, lorsqu'un contrat de sous-entreprise » (lire : contrat de louage d'ouvrage avec une entreprise extérieure) « porte essentiellement sur la main-d'œuvre des travaux à accomplir et que le sous-entrepreneur » (lire : l'entreprise intervenue locateur d'ouvrage) « n'est pas un chef d'établissement propriétaire d'un fonds de commerce ou d'un fonds artisanal, d'observer toutes les prescriptions du présent livre à l'occasion de l'emploi dans ses ateliers, magasins ou chantiers, de salariés du sous-entrepreneur, comme s'il s'agissait de ses propres ouvriers ou employés, et sous les mêmes sanctions ».

■ L'article L. 125-2 du Code du travail précise les **recours financiers** que peuvent exercer les salariés de l'entrepreneur dans ce cas. On en trouvera ci-après le texte :

« Lorsqu'un chef d'entreprise industrielle ou commerciale passe un contrat pour l'exécution d'un certain travail, ou la fourniture de certains services avec un entrepreneur qui recrute lui-même la main-d'œuvre nécessaire, et que cet entrepreneur n'est pas propriétaire d'un fonds de commerce ou d'un fonds artisanal, le chef d'entreprise encourt dans les cas suivants, et nonobstant toute stipulation contraire, les responsabilités ci-après indiquées :

- *si les travaux sont exécutés ou les services fournis dans son établissement ou dans les dépendances de celui-ci, le chef d'entreprise, en cas de défaillance de l'entrepreneur, est substitué à ce dernier en ce qui concerne les travailleurs que celui-ci emploie pour le paiement des salaires et des congés payés ainsi que pour les obligations résultant de la législation sur les assurances sociales, sur les accidents du travail et les maladies professionnelles, et sur les prestations familiales ;*

- *s'il s'agit de travaux exécutés dans des établissements autres que ceux du chef d'entreprise, ou de travaux exécutés par des salariés travaillant à domicile, le chef d'entreprise qui se trouve désigné par l'affiche ou sur le bulletin à souche respectivement prévus aux articles R. 125-1 et R. 721-2 est, en cas de défaillance de l'entrepreneur, substitué à ce dernier pour le paiement des salaires et congés payés ainsi que pour le versement de la cotisation des prestations familiales, et de la double cotisation des assurances sociales ».*

La première des hypothèses visées par cet article concerne expressément les **maîtres d'ouvrage** sur lesquels pèsent, par ailleurs, les obligations mises à leur charge en matière d'hygiène et de sécurité par les articles R. 237-1 à R. 237-28 du Code du travail (§ 4.1.1.2). La seconde hypothèse visée par cet article concerne les **entrepreneurs principaux** qui sous-traitent des travaux habituellement à des tâcherons : en ce cas, l'obligation de l'entrepreneur principal est moins étendue que celle du maître de l'ouvrage industriel ou commercial puisqu'il n'est pas tenu des obligations découlant de la législation sur les accidents du travail et les maladies professionnelles.

Dans les deux cas, néanmoins, le critère de substitution pour le paiement des salaires, des congés payés et de leurs accessoires, réside dans l'**absence de fonds de commerce** de l'entrepreneur défaillant. Comme la **clientèle** est un élément essentiel du fonds de commerce, on mesure le risque que prend un donneur d'ouvrage de traiter avec un locateur captif qui n'aurait pas d'autre client.

Depuis l'institution du régime d'assurance-insolvabilité confié à l'Association pour la gestion du régime d'assurance des créances des salariés (AGS) qui permet aux salariés d'entreprises commerciales ou artisanales ou de toute autre personne morale de droit privé d'être garantis « contre le risque de non-paiement, en cas de procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, des sommes qui leur sont dues en exécution du contrat de travail » (articles L. 143-11-1 et L. 143-11-4 du Code du travail), l'AGS est **subrogée** dans les droits des salariés pour lesquels elle a effectué des avances (article L. 143-11-9 du Code du travail) et, à ce titre, peut exercer leurs recours éventuels.

4.3.2.3 Action directe prévue par la loi sur la sous-traitance

■ La loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance a institué une **action directe en paiement du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage** pour le cas où l'entrepreneur principal titulaire du marché ne l'aurait pas réglé.

Cette action directe s'exerce dans la limite des fonds dont est débiteur le maître de l'ouvrage à la date de réception de la mise en demeure que le sous-traitant doit adresser à l'entrepreneur principal, avec copie au maître de l'ouvrage (article 12 de la loi). Il n'y a pas lieu, en l'occurrence, de rechercher l'affectation de ces fonds, ni d'opérer de ventilation : l'action directe porte sur l'intégralité des fonds dont le maître de l'ouvrage est débiteur envers l'entrepreneur principal.

Par ailleurs, en application de l'article 3 de la loi, les sous-traitants n'ont une action directe contre le maître de l'ouvrage que si celui-ci a accepté chaque sous-traitant et agréé les conditions de paiement de chaque contrat de sous-traitance. Le texte n'exigeant pas, selon la jurisprudence de la Cour de cassation, que « *l'acceptation et l'agrément soient préalables ou concomitants à la conclusion du contrat de sous-traitance* », l'agrément peut intervenir *a posteriori*, et même être révélé par l'attitude du maître de l'ouvrage dans une instance judiciaire si celui-ci ne soulève pas immédiatement le défaut d'acceptation et d'agrément et s'il accepte un débat sur le fond de ses obligations.

Bien que l'action directe « *subsiste même si l'entrepreneur principal est en état de liquidation des biens [liquidation judiciaire], de règlement judiciaire [redressement judiciaire] ou de suspension provisoire des poursuites* » (article 12, 3^e alinéa de la loi susvisée), son exercice trouve une limite dans le risque d'insolvabilité du maître de l'ouvrage et également des paiements effectués par ce dernier à l'entreprise principale antérieurement à l'action.

■ C'est pourquoi le législateur a prévu un autre système de garantie à la charge de l'entrepreneur principal, sous peine de nullité du sous-traité : la **caution personnelle et solidaire** ou bien la **délégation du maître de l'ouvrage**. On peut, certes, s'interroger sur l'intérêt d'avoir maintenu le principe de l'action directe dans la mesure où ces garanties revêtent un caractère obligatoire excluant – si elles sont constituées – le recours à l'action directe. Mais, il ne faut pas sous-estimer les cas (fréquents en pratique en raison de la pression économique de l'entrepreneur principal sur ses sous-traitants) de sous-traités non assortis de garantie et pour lesquels seule l'action directe sera recevable. De toute façon, la pratique considère bien que la caution personnelle et solidaire prévue par l'article 14 de la loi susvisée est une garantie complémentaire de l'action directe, et non une garantie de droit commun des sous-traitants, puisque le modèle type d'engagement de caution mis au point par l'Association française des banques prévoit expressément que la caution ne jouera qu'en cas d'exercice infructueux de l'action directe.

Cette caution personnelle et solidaire d'un établissement financier agréé que le sous-traitant est en droit d'obtenir de l'entrepreneur principal constitue la seule voie permettant de pallier l'insolvabilité non seulement de l'entrepreneur principal, mais également du maître de l'ouvrage. Mais, la loi (article 14) dispense l'entrepreneur principal de la fourniture de cette caution s'il délègue « le maître de l'ouvrage au sous-traitant dans les termes de l'article 1275 du Code civil ». La **délégation** est définie, par cet article, comme l'acte par lequel un débiteur (en l'espèce, l'entrepreneur principal) donne à son créancier (le sous-traitant) un autre débiteur (le maître de l'ouvrage) qui s'oblige envers

le créancier. L'entrepreneur principal est le **déléguéant** : le sous-traitant, le **déléguant**, et le maître de l'ouvrage, le **délégué**. La délégation exige, par conséquent, le consentement des trois parties en présence : la pratique démontre qu'il n'est pas toujours aisé de réunir autour d'une même table, pour signer un contrat de délégation, le maître de l'ouvrage, l'entreprise principale, et le sous-traitant pour des raisons commerciales qu'il est facile de comprendre : l'entrepreneur principal ne souhaite pas que le sous-traitant soit en contact direct avec son client, et surtout, tient à éviter que le maître de l'ouvrage connaisse les prix du sous-traitant et les compare à ceux de l'entreprise principale. Si donc le système de la caution peut être une garantie onéreuse, et parfois difficile à obtenir, par l'entreprise principale – dont la taille n'est pas nécessairement celle d'une grande firme – le système de la délégation peut aussi se révéler une garantie lourde à mettre en œuvre et de nature à compromettre les relations commerciales des différents intervenants.

Il ne faut pas oublier cependant que l'absence de mise en place d'une délégation de paiement ou la non-fourniture d'une caution solidaire par l'entrepreneur principal expose ce dernier à une action en nullité du contrat de la part du sous-traitant : cette action qui, en application de l'article 1304 du Code civil, peut être exercée pendant 5 ans, est désormais accueillie par la jurisprudence ; il en résulte qu'un contrat atteint de nullité étant réputé n'avoir jamais eu d'existence, les choses doivent, dans l'hypothèse où il a été exécuté, être remises dans l'état dans lequel elles se trouvaient avant cette exécution ; lorsque cette remise en état se révèle impossible en raison de la nature des obligations résultant du contrat, la partie qui a bénéficié d'une prestation qu'elle ne peut restituer doit s'acquitter du prix correspondant à cette prestation. En ce cas, le prix, déterminé le plus souvent à dire d'expert désigné par le tribunal saisi, risque d'être supérieur à celui qui figurait dans le sous-traité annulé (lequel était le fruit d'une négociation commerciale et d'un rapport de forces).

4.4 Résiliation du marché

Normalement le marché de travaux privés se termine, comme tout contrat, après exécution et réception des travaux, par le paiement du mémoire définitif. Mais il peut également prendre fin de manière prématuree par la résiliation. Cette résiliation peut intervenir dans de multiples cas, et sous certaines conditions.

4.4.1 Cas prévus par le Code civil

Deux cas de résiliation, l'une par décision unilatérale du maître de l'ouvrage, l'autre de plein droit, ont été prévus par les articles 1794 et 1795 du Code civil.

■ En vertu de l'**article 1794** de ce Code, « *le maître peut résilier par sa simple volonté le marché à forfait, quoique l'ouvrage soit déjà commencé, en dédommager l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de tous ses travaux et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise* ». Cette faculté de résiliation unilatérale par le maître de l'ouvrage dans le cas d'un marché à forfait déroge aux règles habituelles du droit commun selon lesquelles un contractant ne peut, de son propre chef et sans faute de sa part, résilier le contrat qu'il a conclu. Elle s'explique par la nature particulière du marché à forfait (§ 5.1.1) souvent qualifié de marché d'airain ; aussi peut-on s'étonner que certaines décisions de jurisprudence aient admis, contre la lettre même de l'article 1794, que celui-ci pouvait s'appliquer à tous les marchés. En tout état de cause, la norme NF P 03-001, qui synthétise désormais les droits et obligations des parties qui s'y réfèrent pour tous les marchés de travaux privés de bâtiment, prévoit expressément dans son article 22.1.3.2 l'hypothèse visée par l'article 1794 du Code civil. À cet égard, la précision donnée (résiliation du marché « *dans les conditions prévues à l'article 1794 du Code civil* ») laisse bien entendre le caractère restrictif de l'application de l'article 1794 du Code civil aux seuls marchés à forfait.

■ Aux termes de l'**article 1795** du Code civil : « *le contrat de louage d'ouvrage est dissous par la mort de l'ouvrier* » (lire, au sens actuel : l'artisan ou le tâcheron), « *de l'architecte ou entrepreneur* ». Il s'agit là d'un cas de résiliation de plein droit qui s'explique par le fait que

le contrat d'entreprise est un contrat conclu *intuitu personae*, c'est-à-dire conclu avec une personne déterminée. Mais les documents contractuels prévoient souvent des procédés de poursuite de l'opération. En particulier, la norme NF P 03-001 (article 22.2.1) donne au maître de l'ouvrage la faculté d'accepter « *les offres qui peuvent être faites par les héritiers pour la continuation des travaux* ». Mais, dans tous les cas, le maître de l'ouvrage doit payer, à la succession du locateur, en proportion du prix porté dans la convention, « *la valeur des ouvrages faits, et celle des matériaux préparés, lors seulement que ces travaux ou ces matériaux peuvent lui être utiles* » (article 1796 du Code civil). La norme NF P 03-001 (article 22.2.2) est moins restrictive puisqu'elle prévoit que « *dans tous ces cas, l'entrepreneur ou ses ayants droit sont réglés du montant des travaux effectués à la date de la résiliation* ».

4.4.2 Hypothèse du redressement ou de la liquidation judiciaire du maître ou du locateur d'ouvrage

L'article L. 622-13 du Code de commerce prévoit :

« *L'administrateur a seul la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours en fournissant la prestation promise au cocontractant du débiteur* ».

Il en résulte qu'en cas d'ouverture d'une procédure collective concernant le maître de l'ouvrage ou son locateur, **la résiliation du marché n'est pas automatique**, contrairement à ce que peuvent stipuler certaines clauses de marchés de travaux privés.

L'article L. 622-13 du Code de commerce poursuit : « *Le contrat est résilié de plein droit après une mise en demeure adressée à l'administrateur restée plus d'un mois sans réponse* ». S'il n'opte pas pour la continuation du marché en cours, « *l'inexécution peut donner lieu à des dommages et intérêts dont le montant doit être déclaré au passif au profit de l'autre partie contractante* » (article L. 622-13, alinéa 5, du code de commerce).

4.4.3 Résiliation aux torts de l'une ou l'autre des parties

Dans le silence du contrat, ce sont les règles du droit commun qui s'appliquent. La partie qui estime l'autre défaillante doit la mettre en demeure (article 1146 du Code civil, – cette obligation est rappelée par l'article 21.1 de la norme P 03-001 et l'article 19.1 de la norme P 03-002) et, si cette mise en demeure n'est pas satisfaisante, elle doit solliciter du juge du contrat le prononcé de la résiliation aux torts et griefs de la partie défaillante (article 1184 du Code civil dont le rappel est fait par l'article 22.3 de la norme P 03-001 et l'article 20.3 de la norme P 03-002). Le juge appréciera souverainement si la résiliation doit ou non être accordée, ou s'il doit être simplement alloué des dommages et intérêts. Entre temps, le maître de l'ouvrage peut se faire autoriser, en engageant une instance devant le juge des référés, à poursuivre l'exécution des travaux ou à faire constater le manquement de l'entrepreneur à ses obligations.

C'est d'ailleurs en application de l'article 1184 du Code civil qui dispose que « *la condition résolatoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques* » (c'est-à-dire les contrats passés entre plusieurs parties), « *pour le cas où l'une des deux parties ne satisfait point à son engagement* », que le locateur d'ouvrage peut demander la résiliation de son marché dans le cas où l'augmentation de la masse des travaux excéderait le quart du montant initial (§ 4.1.3.1) ou qu'il peut, au cas où sa situation de travaux resterait impayée malgré son exception d'inexécution (§ 4.3.1.1), demander au juge de briser le lien contractuel en prononçant la résolution du marché avec dommages et intérêts.

Toutefois, afin d'éviter les longs délais qui sont nécessaires pour obtenir des décisions judiciaires, les documents contractuels peuvent énumérer nommément des cas de **résiliation de plein droit** qui demeurent généralement subordonnés à la condition que la partie

aux torts de laquelle la résiliation sera prononcée ait manqué d'une façon suffisamment grave et sérieuse à l'une ou plusieurs de ses obligations contractuelles ou qu'elle ait failli à une obligation bien déterminée figurant dans le contrat.

C'est ainsi que les normes NF P 03-001 (article 22.1.2) et NF P 03-002 (article 20.1.2) ont prévu la résiliation de plein droit, sans accompagnement d'aucune formalité judiciaire, aux torts de l'entrepreneur :

- après mise en demeure en cas d'abandon de chantier ;
- sans mise en demeure dans le cas de tromperie grave et dûment constatée sur la qualité des matériaux ou sur la qualité d'exécution des travaux.

Il est remarquable de constater, à cet égard, qu'alors que la résiliation est de plein droit en cas d'abandon du chantier par le locateur, il n'en est pas de même en cas d'ajournement ou d'interruption du chantier par le maître de l'ouvrage puisque les normes précitées prévoient seulement que « *l'ajournement ou l'interruption fractionné ou continu de plus de 6 mois pour les travaux de bâtiment (3 mois pour les travaux de génie civil), du fait du maître de l'ouvrage, peut entraîner la résiliation du marché par l'entrepreneur aux torts du maître de l'ouvrage* » (art. 22.1.3 de la norme P 03-001 et art. 20.1.3 de la norme P 03-002). Si l'ajournement ou l'interruption n'est pas, dans les faits, et surtout dans les écrits échangés par les parties, clairement constaté ou reconnu, le locateur d'ouvrage pourra alors difficilement éviter de recourir au tribunal pour demander la résiliation de son marché. Cela étant, cette disposition figurant dans les normes NF P 03-001 et NF P 03-002 est rarement reprise dans les cahiers des prescriptions spéciales des marchés de travaux compte tenu du risque qu'elle fait encourrir aux maîtres d'ouvrage qui, étant généralement les auteurs des cahiers des charges, les imposent à leurs locateurs.

Bien entendu, d'autres causes de résiliation de plein droit peuvent être prévues par les documents contractuels et, notamment, il peut être stipulé au marché la possibilité d'une résiliation par le maître de l'ouvrage en cas de hausse des prix dépassant un certain pourcentage.

4.4.4 Résiliation pour cas de force majeure

Ce cas de résiliation est généralement prévu dans tous les documents contractuels et notamment les normes Afnor précitées. Le cas de force majeure est celui qui « rend impossible la poursuite du chantier ». Il n'existe que si les conditions (rappelées au paragraphe 4.2.4) sont réunies, les tribunaux ayant un pouvoir souverain pour apprécier si le cas invoqué constitue réellement le cas fortuit ou la force majeure. Dans l'affirmative, la résiliation du marché ne donne lieu à aucun dommages et intérêts conformément à l'article 1148 du Code civil.

5. Liquidation du marché

La liquidation du marché obéit à des règles différentes selon la nature du contrat passé entre le maître de l'ouvrage et son locateur. Si, en effet, le locateur d'ouvrage doit la totalité des prestations relevant des prix convenus, qu'ils soient unitaires ou forfaitaires, et s'il ne peut en principe les remettre en discussion sous le prétexte d'erreur dans le calcul du prix ou de sous-estimation des charges résultant de l'exécution des travaux, il reste que les conséquences des altérations du marché seront différentes selon que celui-ci a été passé à prix ou à forfait ou qu'il a été passé à la série de prix ou selon toutes autres modalités comportant des prix unitaires sur la base desquels seront liquidés les prix de l'ouvrage.

5.1 Marchés conclus ne varietur et autres catégories de marchés

Il convient, à cet égard, de distinguer les marchés à forfait des marchés sur prix unitaires.

5.1.1 Marchés à forfait

Le régime juridique des marchés à forfait est déterminé par l'article 1793 du Code civil qui est ainsi libellé :

« Lorsqu'un architecte ou un entrepreneur s'est chargé de la construction à forfait d'un bâtiment, d'après un plan arrêté et convenu avec le propriétaire du sol, il ne peut demander aucune augmentation de prix, ni sous le prétexte de l'augmentation de la main-d'œuvre ou des matériaux, ni sous celui de changements ou d'augmentations faits sur ce plan, si ces changements ou augmentations n'ont pas été autorisés par écrit, et le prix convenu avec le propriétaire. »

Cet article est d'interprétation étroite, de sorte qu'on a pu parler, au sujet du marché à forfait, d'un **marché d'airain** ou d'un **marché à tous risques**. L'application de l'article 1793 du Code civil implique la réunion cumulative de quatre séries de conditions.

■ Description précise des travaux

Cette condition est généralement remplie par le devis descriptif qui définit nettement la nature et la consistance des travaux à exécuter. En effet, le terme **plan arrêté et convenu** figurant à l'article 1793 du Code civil doit être pris dans son sens le plus général : il s'entend de tous documents (dessins, devis, etc.) définissant exactement l'étendue des travaux confiés au locateur d'ouvrage.

Il a même été jugé que l'absence d'un devis descriptif n'ôte pas au marché son caractère forfaitaire si le prix a été arrêté et s'il a été convenu qu'aucun supplément ne serait dû pour des travaux supplémentaires, si ceux-ci n'ont pas été autorisés par écrit.

■ Exécution de travaux de bâtiment

L'article 1793 du Code civil est un texte d'exception qui déroge au droit commun de sorte qu'il doit être interprété strictement. La jurisprudence l'applique donc uniquement aux travaux de construction immobilière qui constituent une véritable transformation des lieux et nécessitent des modifications de gros-œuvre. Il ne saurait y avoir de marché à forfait pour les travaux d'aménagement intérieur, de décoration ou même de VRD (voirie et réseaux divers).

■ Prix fait global

Le marché à forfait implique, en effet, la stipulation expresse d'un prix global par lequel le locateur s'engage irrévocablement à exécuter les travaux qui lui sont confiés, les aléas de l'exécution étant à sa charge. Une évaluation globale variant entre deux chiffres ne saurait être le support d'un marché à forfait pas plus qu'un prix indiqué au départ comme approximatif. Le calcul du prix retenu doit être immuable en son principe et déterminé dans les documents contractuels.

Cependant, il a été depuis longtemps jugé que les parties peuvent prévoir, dans un marché à forfait, la révision du prix en fonction des variations économiques, celle-ci étant compatible avec le caractère du forfait.

■ Marché conclu avec le propriétaire du sol

La conclusion d'un marché à forfait et sa modification sont, en effet, strictement réservées au maître de l'ouvrage, ce qui, selon la jurisprudence de la Cour de cassation, exclut les sous-traitants du domaine d'application de l'article 1793 du Code civil. On peut ainsi concevoir une hypothèse dans laquelle des travaux supplémentaires auraient été commandés verbalement par le maître de l'ouvrage à l'entrepreneur principal, puis par ce dernier de la même manière à son sous-traitant, l'entrepreneur principal pouvant s'en voir refuser le paiement par le maître de l'ouvrage alors qu'il devrait en régler le coût à son sous-traitant. Mais, très généralement, les sous-traitants en vigueur dans la pratique, et plus spécialement les modèles de contrat de sous-traitance mis au point par la Fédération nationale du bâtiment (FNB) et la Fédération nationale des travaux publics (FNTP) prévoient la possibilité de passation de marché à prix global et forfaitaire de sorte que la portée pratique des dispositions de l'article 1793 se trouve restreinte par les conventions types mises au point par les organismes professionnels.

L'intangibilité du marché à forfait ne porte pas atteinte au droit du maître de l'ouvrage de réclamer des abattements sur le prix convenu au cas où les ouvrages seraient entachés de malfaçons commises par le locateur ou ne seraient pas conformes aux prévisions du marché. Il a pu ainsi être jugé que le maître de l'ouvrage était en droit de prétendre à une réduction du prix convenu lorsque l'entrepreneur avait utilisé, pour l'exécution de ses travaux, des matériaux de qualité inférieure à celle prévue.

Enfin, le forfait peut perdre son caractère et son existence même lorsque son économie a été profondément transformée par le fait du maître de l'ouvrage ; il y a là une application remarquable de l'extension aux marchés de travaux privés de la **théorie du bouleversement de l'économie du contrat** déjà connue en matière de marchés publics de travaux.

Il ne faut cependant pas perdre de vue que cette dénaturation du forfait est, en pratique, souvent délicate à faire admettre par les tribunaux.

5.1.2 Marchés sur prix unitaires

On trouve une définition excellente de ce type de marché, également appelé **marché au mètre**, dans le vocabulaire des normes NF P 03-001 (art. 3.3.2) et NF P 03-002 (article 1.4.21.2). Ce sont les « *marchés où le règlement est effectué en appliquant des prix unitaires aux quantités réellement exécutées. Les prix unitaires peuvent être soit spécialement établis pour le marché considéré (bordereau), soit basés sur ceux d'un recueil existant (série de prix)* ».

Dans ce type de marché, le mode d'application des prix unitaires et la définition de l'unité font l'objet d'un accord entre les parties. Il peut être convenu que les prix seront rabaissés ou rehaussés par rapport à la série de prix ou au bordereau adopté à titre de référence.

Aucun prix global n'étant fixé à l'avance, on applique les prix unitaires convenus aux quantités exécutées qui sont constatées au fur et à mesure de l'avancement des travaux par métrage et mesurage.

Pour le cas où certains travaux ou ouvrages ne pourraient être vérifiés ultérieurement, les parties recourent fréquemment à la procédure de **prise d'attachement** : selon la définition donnée par les normes NF P 03-001 (art. 3.2.1) et NF P 03-002 (art. 1.4.23), l'attachement est « *un document écrit (attachement écrit) ou dessiné (attachement figuré), contradictoire, daté et signé, constatant soit un état de fait, soit l'exécution de travaux ou d'ouvrages qui ne pourraient être vérifiés ultérieurement, soit des particularités susceptibles de faire l'objet de contestations ultérieures* ». Les normes NF P 03-001 et NF P 03-002 prévoient d'ailleurs expressément que sont à prendre en attachement tous les travaux exécutés sur injonction administrative, décision judiciaire ou arbitrale, les travaux urgents intéressant la stabilité ainsi que les **travaux sur dépenses contrôlées**. Ces travaux sont, selon le vocabulaire des normes, ceux « *dont l'entrepreneur est rémunéré sur la base de ses dépenses réelles et contrôlées (main-d'œuvre, matériaux, matières consommables, location de matériel, transports, etc.) majorées de certains pourcentages pour frais généraux, impôts et bénéfices* ».

Il convient de noter que les prix unitaires fixés au départ sont forfaitaires (c'est-à-dire qu'ils comprennent les charges et les aléas de l'entrepreneur), de sorte qu'ils ne peuvent être modifiés unilatéralement.

Les marchés sur prix unitaires sont surtout utilisés pour les travaux de génie civil, et dans le bâtiment pour les travaux d'entretien et de réfection.

5.2 Règlement du prix et restitution de la retenue de garantie au locateur d'ouvrage

En contrepartie des travaux qu'il exécute, le locateur d'ouvrage a droit au paiement des sommes qui lui sont dues dans les conditions et aux époques fixées par les documents contractuels. À cet égard, la quasi-totalité des marchés de travaux privés et les documents types prévoient une procédure de constatation des droits à paiement préalable au règlement des acomptes et du solde.

5.2.1 Constatation des droits à paiement

En règle générale, le locateur d'ouvrage est tenu d'établir, chaque mois, des **situations de travaux** qui font ressortir notamment les travaux exécutés depuis le début du chantier et les approvisionnements d'éléments ou de matériaux pour lesquels les dispositions particulières du marché ont prévu le versement d'acomptes. Il peut être convenu qu'il sera pratiqué, sur les situations mensuelles de travaux, une application provisoire de la formule de variation de prix (laquelle sera ajustée définitivement en fin de marché). Très souvent, les parties, suivant en cela les recommandations des normes Afnor, prévoient que les situations de travaux seront accompagnées d'un état récapitulatif des acomptes précédemment reçus (situation cumulée).

Les états de situation sont, en pratique, arrêtés à date fixe et habituellement adressés à la personne chargée par le maître d'ouvrage de leur vérification (architecte, mètreur-vérificateur, par exemple) dans les dix premiers jours du mois suivant. Dès réception de l'état de situation, celle-ci procède à sa vérification et établit, en retour, le **décompte provisoire des sommes dues** pour l'ensemble des travaux ou approvisionnements à la date de l'état de situation. Ce document est accompagné d'une proposition de paiement ou bon d'acompte d'un montant égal à la différence entre le montant du décompte provisoire et celui du total des bons d'acompte précédemment délivrés.

Les normes NF P 03-001 (art. 19.5) et NF P 03-002 (art. 17.5.1) impartissent un délai au locateur d'ouvrage pour établir, à date de la réception des travaux, le **mémoire définitif des sommes qu'il estime lui être dues (60 jours pour les travaux de bâtiment ; 120 jours pour les travaux de génie civil)**, mais il est évident que l'entrepreneur a tout intérêt à se hâter de dresser ce document qui est la résultante des différentes situations de travaux qu'il a présentées tout au long du chantier. Ce mémoire définitif est ensuite vérifié par le maître d'œuvre qui établit le décompte définitif fixant le montant du règlement dû au locateur pour les travaux exécutés par lui. Ce décompte définitif est ensuite remis au maître de l'ouvrage qui le notifie à son locateur. Ce dernier dispose alors de délais qui peuvent varier entre 30 et 60 jours selon les documents particuliers du marché pour présenter ses observations. Une fois ces délais écoulés, l'entrepreneur qui reste silencieux est réputé avoir accepté le décompte définitif.

5.2.2 Paiements dus par le maître de l'ouvrage

5.2.2.1 Paiement des acomptes et du solde

Lorsque, à la suite de l'émission d'une situation de travaux par le locateur d'ouvrage, une proposition de paiement a été établie par le maître d'œuvre, le maître de l'ouvrage doit en effectuer le règlement dans le délai prévu au marché. Les normes NF P 03-001 (art. 20.3) et NF P 03-002 (art. 18.3), consacrant en cela les usages en vigueur, prévoient que ce délai est de 30 jours à compter de la remise de l'état de situation au maître d'œuvre.

Si la proposition de paiement n'a pas été produite par le maître d'œuvre dans le délai prévu (15 jours pour les travaux de bâtiment, 10 jours pour les travaux de génie civil) ou si l'acompte régulièrement demandé par le locateur et accepté par le maître d'œuvre reste impayé, le contrat peut prévoir qu'à compter de la

mise en demeure de payer, délivrée au maître par le locateur, les sommes qui resteraient impayées dans les délais prévus au marché porteront de plein droit intérêt. La norme NF P 03-001 (art. 20.8) fixe ce taux à celui de l'intérêt légal augmenté de 7 points ; la norme NF P 03-002 (art. 18.7) fixe ce taux à celui des obligations cautionnées augmenté de 2,5 points.

Pour les marchés à prix forfaitaire global définis *ne varietur*, l'annexe D de la norme NF P 03-001 dispense l'entrepreneur d'adresser une mise en demeure, le retard de paiement au-delà du délai prévu par l'échéancier des paiements entraînant de plein droit l'attribution d'intérêts moratoires à son profit. Il en est de même dans la norme NF P 03-002 relative aux travaux de génie civil.

Cette contrainte financière est cependant souvent écartée dans de nombreux documents contractuels qui se bornent – au cas où des intérêts moratoires sont prévus – à fixer leur taux au taux d'intérêt légal, fixé chaque année par les pouvoirs publics (2,74 % en 2000 ; 4,26 % en 2001 et 2002 ; 3,29 % en 2003 ; 2,27 % en 2004 ; 2,05 % en 2005 ; 2,11 % en 2006).

Il convient cependant de remarquer que le maître d'œuvre, qui n'est pas, en principe, le mandataire de son client (puisque il est lié au maître de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage), n'a pas le pouvoir d'engager irrévocablement le maître de l'ouvrage par ses propositions de paiement. Le bon d'acompte émis par le maître d'œuvre ne saurait avoir la valeur d'un véritable titre de créance, et il n'engage pas le maître de l'ouvrage quant à la décision à prendre sur le règlement final.

En revanche, le maître de l'ouvrage est tenu au paiement des sommes qui découlent du décompte définitif qu'il a notifié, même si l'entrepreneur a formulé des observations sur ce décompte définitif. Le paiement du solde est néanmoins subordonné au paiement, par le locateur d'ouvrage, de sa participation éventuelle au compte *prorata* et peut également, dans certains cas, être amputé d'une retenue de garantie.

5.2.2.2 Compte *prorata* et dépenses d'intérêt commun

L'aménagement, l'entretien, la gestion et la surveillance d'un chantier impliquent que soit engagé un certain nombre de dépenses dites d'intérêt commun (consommation d'eau et d'électricité, égouts, voies d'accès, nivellement pour l'emplacement des baraqués de chantier, installation de sanitaires, clôtures, panneaux de chantier, etc.). À l'origine, toutes ces dépenses étaient groupées dans un même compte et réparties en fin de chantier entre toutes les entreprises ayant participé à la réalisation de l'ouvrage et cela au *prorata* du montant définitif de leurs lots respectifs. C'est pourquoi ce compte est désigné couramment sous le terme de **compte *prorata***.

Les normes NF P 03-001 et NF P 03-002 traitent toutes deux de cette question.

La grande différence entre les normes NF P 03-001 et NF P 03-002 en ce qui concerne le compte *prorata* réside dans le fait que la première (travaux de bâtiment) donne une liste très détaillée (dans ses annexes A et B) des dépenses ne pouvant pas être mises au débit du compte *prorata* : seules certaines dépenses de consommation (art. A.2.1) et d'exploitation (art. A.2.2) sont supportées en commun.

Par ailleurs, la norme NF P 03-001 établit en son annexe C une convention intégrée de gestion et de règlement du compte *prorata*.

Rien de tout cela n'existe dans la norme NF P 03-002 (travaux de génie civil) : tout dépend du marché en cause et une convention particulière de gestion et de règlement du compte *prorata* doit être établie entre les entrepreneurs du chantier.

En revanche, dans les deux normes, le même mécanisme tendant à contraindre l'entrepreneur à acquitter ses dettes au titre du compte *prorata* a été institué (prélèvement des sommes dues sur le décompte définitif).

On trouvera, dans le tableau comparatif des deux normes (tableau A, en [Doc. C 74v2]), les dispositions relatives au compte *prorata*.

5.2.2.3 Restitution de la retenue de garantie ou libération de la caution bancaire en tenant lieu

La retenue de garantie permet au maître de l'ouvrage de se pré-munir contre des défauts de conformité et des malfaçons constatées sur les travaux réalisés par son locateur.

Elle s'analyse en un prélèvement par le maître de l'ouvrage d'une somme déterminée sur les bons d'acompte émis au profit de son locateur, destiné à garantir l'exécution du marché. Ce prélèvement constitue, après la réception des travaux, un moyen de pression efficace pour exiger de l'entrepreneur l'exécution de ses obligations de garantie alors que le chantier est achevé.

Si la retenue de garantie n'est pas obligatoire dans les marchés de travaux privés, elle est toujours pratiquée dans les documents contractuels, et, lorsqu'elle est prévue, comme c'est le cas notamment dans les normes NF P 03-001 et NF P 03-002, elle est strictement réglementée par la loi. Les normes prévoient (NF P 03-001, art. 20.5 ; NF P 03-002, art. 18.5) que « *les paiements d'acomptes sont amputés d'une retenue de garantie. Le montant de cette retenue est égal à 5 % à moins que le Cahier des clauses administratives particulières ne fixe un pourcentage inférieur.* ».

C'est la loi n° 71-584 du 16 juillet 1971 (modifiée par une loi du 23 décembre 1972 qui en a étendu l'application aux contrats de sous-traitance et une loi du 5 juillet 1996 qui fixe son entrée en vigueur dans les territoires de la Nouvelle-Calédonie et de la Polynésie française) qui réglemente actuellement les retenues de garantie en matière de marchés de travaux privés. Le régime de la retenue de garantie comporte six caractéristiques principales.

■ Selon l'article 1^{er}, alinéa 1, de la loi du 16 juillet 1971, la retenue de garantie a pour objet de « *satisfaire le cas échéant aux réserves faites à la réception par le maître de l'ouvrage* ». Cette disposition doit être interprétée au sens strict, la jurisprudence de la Cour de cassation estimant que la retenue de garantie prévue par la loi « *vise à garantir l'exécution des travaux de levée des réserves et non la bonne fin du chantier* ».

■ **Le montant de la retenue de garantie est limité à 5 % des acomptes sur la valeur définitive des marchés** : il faut entendre par là le montant initial du marché augmenté des modifications apportées à celui-ci par les avenants pour travaux supplémentaires, et également par le jeu des clauses de révision de prix.

■ **La retenue de garantie doit être consignée** immédiatement par le maître de l'ouvrage (et non pas conservée par lui) **entre les mains d'un consignataire accepté par les parties** ; en pratique, le consignataire peut être désigné expressément par le marché imposé par le maître à son locateur, de sorte que, si légalement le maître de l'ouvrage ne peut plus utiliser la retenue de garantie pour sa trésorerie, il peut parfaitement en faire bénéficier une société sœur ou une filiale ; cette disposition s'avère donc sans grande portée pratique.

■ **L'entrepreneur peut** à tout moment, même après la signature du marché, **substituer une caution personnelle et solidaire** émanant d'un établissement financier à la retenue de garantie. Les acomptes et le solde dus au locateur d'ouvrage ne doivent alors en aucun cas être amputés au titre de la retenue de garantie. Compte tenu des termes de l'article 3 de la loi qui déclare « *nuls et de nul effet quelle qu'en soit la forme, les clauses, stipulations et arrangements qui auraient pour effet de faire échec aux dispositions des articles 1^{er} et 2 de la présente loi* », les clauses des marchés limitant dans le temps la faculté pour l'entrepreneur de substituer la caution à la retenue de garantie doivent donc être considérées comme non écrites.

■ **Le consignataire doit verser les sommes consignées au locateur d'ouvrage, ou l'organisme financier doit libérer la caution, automatiquement un an après la réception, que celle-ci ait été prononcée avec réserves ou non**, si aucune opposition motivée n'a été notifiée par le maître de l'ouvrage. À notre avis, les clauses figurant dans les textes de caution ou dans les marchés prévoyant que le versement des sommes consignées ou la libération de la caution sont soumis à un accord préalable du maître de l'ouvrage ajoutent manifestement à la loi et doivent là aussi être considérées comme un arrangement

faisant échec à son application. De même, la pratique des établissements financiers consistant à exiger la restitution matérielle de l'acte de cautionnement pour libérer la caution et par conséquent ne plus prélever de frais de commission sur caution, va à l'encontre du texte de la loi et doit être combattue.

■ Enfin, **l'opposition abusive au versement des sommes consignées ou à la libération de la caution peut entraîner une condamnation de l'opposant** (maître de l'ouvrage, consignataire ou établissement financier titulaire de la caution) à **des dommages et intérêts**. Cette disposition doit normalement permettre d'éviter que certains maîtres d'ouvrage pratiquent des oppositions systématiques en invoquant de prétextes malfaçons non réparées à la fin du délai de garantie contractuelle.

5.3 Variation du prix

On distingue ici traditionnellement la révision du prix de son actualisation.

5.3.1 Révision des prix

La révision des prix est une opération d'**indexation** par laquelle les parties au marché, en application d'une formule paramétrique insérée dans le contrat, procèdent à une nouvelle détermination du prix convenu, pour tenir compte des variations de coûts pouvant survenir en cours d'exécution.

L'article L. 112-2 du Code monétaire et financier interdit « *toute clause prévoyant des indexations fondées sur le salaire minimum de croissance, sur le niveau général des prix ou des salaires ou sur les prix des biens, produits ou services n'ayant pas de relation directe avec l'objet du statut ou de la convention ou avec l'activité de l'une des parties* ». Ainsi, un marché de travaux privés pourra être indexé par référence à l'indice du coût de la construction, car celui-ci est en relation directe avec l'objet même du contrat. La jurisprudence a même admis que la formule de variation de prix incluse dans un contrat d'exploitation de chaufferie d'un ensemble de logements pouvait comprendre, comme paramètre matière, les indices des produits entrant dans la composition des appareils dont la société exploitante devait la fourniture, car ces produits métallurgiques entrant dans la composition des matériels nécessaires à l'entretien et aux réparations des installations concourraient à l'accomplissement des prestations objet du contrat et avaient, de ce fait, un rapport direct avec cet objet. Il importe, en tout état de cause, que les parties s'efforcent de maintenir l'équilibre contractuel en choisissant une formule de révision de prix représentative des travaux. C'est d'ailleurs dans cet esprit qu'ont été créés, par avis publié au JO du 26 mai 1974, des index nationaux Bâtiment en remplacement des index Construction départementaux qui avaient été institués en 1957.

Les principes posés par la loi en matière de clause d'indexation trouvent une application particulière en matière de marchés de travaux privés, puisqu'il est très fréquent, dans ce domaine, que les prix de revient déterminés par les parties lors de la signature du contrat soient modifiés dans le temps par suite de circonstances imprévisibles, généralement d'ordre économique ou social, entraînant des perturbations dans les prix des matériaux, des fournitures ou des augmentations de salaire. Ces fluctuations de prix bouleversent parfois les conditions économiques des contrats, ce qui oblige les parties à réviser les prix préalablement établis. Depuis 1980, les parties peuvent **librement** convenir de la **structure** de la formule de révision de prix, partie fixe et marge de neutralisation des variations de salaires n'étant plus imposées.

Enfin, les normes NF P 03-001 (art. 9.4.3) et NF P 03-002 (article 6.4.3) ont précisé certaines modalités d'application de la révision de prix lorsqu'elle est prévue par le marché et notamment en cas de retard dans l'exécution ne donnant pas lieu à prolongation de délais : en ce cas, la révision est bloquée au niveau atteint à la fin du délai initial prolongé, s'il y a lieu, au profit de l'entrepreneur.

Pour les **contrats de construction d'une maison individuelle** (§ 2.1.3), le législateur, dans un souci de protection des acquéreurs, a institué un régime spécifique de révision du prix (articles L. 231-11 et L. 231-12, et R. 231-6 du *Code de la construction et de l'habitation*) : la révision du prix ne peut être calculée qu'en fonction de la variation de l'index national du bâtiment tous corps d'état dénommé BT01 (publié mensuellement au *Journal officiel*). Les constructeurs ont le choix entre deux modalités qui doivent être portées, préalablement à la signature du contrat, à la connaissance du maître de l'ouvrage :

- soit indexation à 100 %, mais limitée dans le temps jusqu'à la date d'ouverture du chantier ;
- soit indexation à 70 % jusqu'à la date de livraison prévue au contrat, mais dans la limite de neuf mois après ouverture du chantier.

En réalité, la première formule s'analyse plus en une **actualisation** du prix (§ 5.3.2) – puisqu'elle permet de mettre à jour les prix d'origine au moment où les conditions d'octroi des autorisations administratives et de prêts sont remplies et où le chantier peut démarrer, alors que la seconde est à proprement parler une révision du prix pendant la période d'exécution avec une partie fixe de 30 %.

À défaut de reproduction dans le contrat des deux modalités légales, de la clause, paraphée par le maître de l'ouvrage, par laquelle il reconnaît en avoir été informé, et de la formule choisie, « *le prix figurant au contrat n'est pas révisable* » (art. L. 231-11, 6^e alinéa, du *Code de la construction et de l'habitation*).

5.3.2 Actualisation des prix

L'actualisation des prix n'est actuellement impérativement prévue par aucun texte. Selon la définition qu'en donnent les normes NF P 03-001 (art. 9.4.1.2) et NF P 03-002 (article 6.4.1.2), « *l'actualisation est la mise à jour du ou des prix d'origine (à la date d'intervention sur le chantier fixée par le calendrier d'exécution), en fonction des variations économiques intervenues depuis la date de référence des prix.* »

Contrairement à la révision des prix qui est le rajustement de ceux-ci après un certain temps d'exécution du marché, l'actualisation est, en effet, une nouvelle évaluation du prix à la date du commencement des travaux. L'actualisation ne se présument pas, il est nécessaire qu'elle soit expressément prévue dans les documents contractuels au moyen d'une clause appliquant la formule de révision, mais sans incidence de la partie fixe, de la marge de neutralisation, et de toute autre disposition limitative (recommendations communes des normes NF P 03-001 et NF P 03-002 et de la circulaire du ministère de la Construction n° 58-32 du 2 mai 1958, rect. circ. n° 58-39 du 27 mai 1958).

Le délai minimal à partir duquel il est légitime de prévoir l'actualisation du prix initial a été estimé par l'Administration à trois mois, délai qui se calcule à partir de la date de remise des offres jusqu'à l'ordre de service prescrivant de commencer les travaux. Toutefois, si les marchés ont été attribués par corps d'état séparés, l'obligation de cette règle doit être faite séparément à chaque entrepreneur (circulaire n° 59-24 du 1^{er} avril 1959 relative à l'actualisation des prix des marchés des travaux de bâtiment).

5.4 Supplément du prix

Il s'agit là, principalement, de la rémunération des **travaux supplémentaires** qui peuvent être commandés par le maître de l'ouvrage en cours de chantier. On a vu (§ 4.1.3) que les normes NF P 03-001 (art. 11.1.4) et NF P 03-002 (article 8.1.4) précisent les limites et les conditions dans lesquelles le maître de l'ouvrage peut augmenter la masse des travaux et qu'elles imposent à ce dernier de contresigner les ordres de service délivrés par le maître d'œuvre en ce sens, lesquels doivent en particulier préciser les modalités de calcul des prix des travaux en question. Ces dispositions constituent le minimum de garanties dont doit s'entourer le locateur d'ouvrage en matière de travaux supplémentaires. En effet, si la pratique de travaux sup-

plémentaires est d'un usage constant en matière de travaux de bâtiment et de génie civil, le paiement de ces travaux est fréquemment une source de difficultés pour le locateur d'ouvrage.

Bien souvent les travaux supplémentaires, c'est-à-dire tous ceux qui ne sont pas prévus dans le marché initial, sont demandés sur le chantier par l'architecte sous forme d'**ordres de service**. Or, suivant la définition donnée par les normes NF P 03-001 (article 3.2.19) et NF P 03-002 (art. 1.4.22), l'ordre de service est un « *document écrit (signé et daté) par lequel le maître d'œuvre ordonne à l'entrepreneur de prendre telle disposition entrant dans le cadre des obligations de son marché* ». Le maître d'œuvre n'est donc absolument pas habilité à commander des travaux supplémentaires à l'entrepreneur, surtout sous forme d'ordres de service, ce qui explique que de tels documents sont sans valeur à l'égard du maître de l'ouvrage qui est alors parfaitement en droit de refuser le paiement des travaux ordonnés. Tout entrepreneur qui se voit réclamer l'exécution de travaux supplémentaires par le maître d'œuvre et qui entreprend l'exécution de ces travaux sans aucun écrit émanant du maître de l'ouvrage lui-même court le risque de n'en être jamais payé.

Cette exigence d'un **ordre écrit du maître de l'ouvrage pour l'exécution de travaux supplémentaires et leur paiement** découle de l'article 1793 du *Code civil* lorsqu'il s'agit de marchés à forfait (§ 4.1.3 et 5.1.1). La jurisprudence fait une application stricte des dispositions de cet article en rejetant les demandes des locateurs d'ouvrage tendant au paiement de travaux supplémentaires qui ont fait l'objet d'ordres ou d'accords verbaux du maître de l'ouvrage ou qui ont été exécutés en l'absence de protestation de la part de ce dernier. Pour les **marchés** dits à **forfait imparfait** dans lesquels il est prévu que le maître de l'ouvrage se réserve le droit d'apporter des modifications aux ouvrages confiés à l'entrepreneur, l'article 1793 du *Code civil* cesse théoriquement d'être applicable dans sa rigueur et la preuve de l'autorisation d'exécuter des travaux supplémentaires et de leur commande peut être apportée par tous moyens mais, en pratique, la plupart des documents contractuels des marchés prévoient, conformément aux recommandations des normes NF P 03-001 et NF P 03-002, qu'aucun travail supplémentaire ne sera retenu s'il n'a fait l'objet d'un ordre écrit du maître de l'ouvrage. Dans ce cas, le régime contractuel institué par les parties ne se différencie pas de celui prévu par l'article 1793 du *Code civil*, de sorte que l'on peut poser comme principe général que le droit à paiement des travaux supplémentaires demeure toujours subordonné à l'existence d'un ordre écrit qui, dans l'intérêt des parties, doit ensuite être régularisé par un **avantage** au marché, c'est-à-dire un document écrit modifiant les dispositions initiales du marché, selon la définition qu'en donnent les normes NF P 03-001 (article 3.2.2) et NF P 03-002 (article 1.4.24).

6. Responsabilités et contentieux

Dès le début des pourparlers contractuels, le locateur d'ouvrage (et plus particulièrement l'entrepreneur, l'architecte, l'ingénieur-conseil) encourt diverses responsabilités.

Celles-ci sont très variées et doivent être examinées tant au stade de l'exécution du marché (période antérieure à la réception des travaux) qu'après la réception des ouvrages.

6.1 Contentieux de l'exécution du marché

À l'occasion de l'exécution de son marché, le locateur d'ouvrage est susceptible d'encourir différentes responsabilités, d'ordre contractuel, quasi délictuel, ou même délictuel.

6.1.1 Contentieux contractuel

Comme toute partie à un contrat, le locateur d'ouvrage verra sa responsabilité contractuelle engagée toutes les fois qu'il commet un manquement fautif à l'une des obligations mises à sa charge par le contrat et causant un préjudice à son cocontractant, c'est-à-dire le maître de l'ouvrage. La responsabilité contractuelle de droit commun est régie par les articles 1147 et suivants du Code civil et se fonde sur l'inexécution des obligations du locateur, à savoir, exécuter le travail promis et procéder après l'achèvement à sa livraison. De même, le maître de l'ouvrage qui ne respecterait pas ses obligations pourrait voir sa responsabilité contractuelle engagée en faveur de son locateur.

Les obligations respectives du maître et du locateur ont été rappelées au paragraphe 4. Seront seulement étudiés ici quelques aspects particuliers de la responsabilité contractuelle des architectes, entrepreneurs et autres locateurs d'ouvrage.

■ **La responsabilité contractuelle de droit commun** existe dès l'engagement des négociations préalables à la passation du marché. En particulier, le respect des règles de l'art par l'entrepreneur (§ 4.2.2) a pour corollaire la théorie du devoir de conseil des différents locateurs d'ouvrage (§ 4.1). Cette **obligation de renseignement et ce devoir de conseil** que la jurisprudence fait peser sur les professionnels de la construction trouvent leur fondement dans l'article 1135 du Code civil ainsi libellé : « *Les conventions obligent non seulement à ce qui est exprimé, mais encore, à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature* ». À cet égard, les tribunaux estiment que les usages et l'équité font aux locateurs d'ouvrage, architectes et entrepreneurs notamment, obligation de faire bénéficier leur client de leur technicité, en l'éclairant sur les risques ou aléas de l'opération à laquelle ils participent. Ce devoir de conseil est, d'ailleurs, expressément imposé à l'architecte en matière d'augmentation de dépenses par le Code des devoirs professionnels des architectes (art. 36, alinéa 4, du décret du 20 mars 1980). Mais la jurisprudence va plus loin en exigeant de l'architecte qu'il avise son client de tous les incidents notables surgissant dans l'exercice de sa mission, car selon la formule qu'en donne la Cour de cassation, « *l'architecte n'est pas seulement un homme de l'art qui conçoit et dirige les travaux : il est aussi un conseiller à la technicité duquel le client fait confiance, et qui doit l'éclairer sur tous les aspects de l'entreprise qu'il lui demande d'étudier et de réaliser* ».

De même, les tribunaux considèrent que l'entrepreneur, étant un **professionnel** et un spécialiste, ne peut exécuter aveuglément ce qui lui est demandé et a le devoir de signaler les erreurs de plan ou de conception de l'architecte. Le cas échéant, l'entrepreneur doit **refuser d'exécuter** des travaux dont il ne peut ignorer les conséquences dommageables.

Par exemple, la Cour de cassation a retenu la responsabilité d'un entrepreneur qui avait accepté de resserrer les prix pour s'assurer d'un marché, alors qu'il aurait dû se rendre compte de l'insuffisance de la solution proposée, et « *se refuser à exécuter des travaux qui, pour tout technicien, apparaissaient, à l'évidence, impropres et inadéquats* ». Dans le même sens, une faute contractuelle a été retenue à l'encontre d'un entrepreneur qui avait manqué à son devoir de conseil auprès d'un maître de l'ouvrage dont il n'avait pas été constaté « *qu'il eût été notoirement expert en matière de construction* », en ne faisant pas toutes les réserves sur les conséquences que devait entraîner une opération de fouille.

Il est toutefois admis par la jurisprudence désormais que les constructeurs peuvent être partiellement ou totalement déchargés de la responsabilité qui pèse sur eux dans l'hypothèse où le maître de l'ouvrage a été **clairement informé** par eux des risques graves de désordres, dans toute leur ampleur et leurs conséquences, et que c'est par un choix délibéré, après mise en garde par ses locateurs d'ouvrage en termes précis, qu'il **décide de retenir un procédé constructif, en toute connaissance de cause**, prenant ainsi le risque de désordres prévisibles : on voit que les conditions posées par cette jurisprudence dite de la « *prises de risques* » par le maître de l'ouvrage pour parvenir à une telle exonération de la responsabilité des constructeurs sont strictes et, forcément, difficiles à réunir dans la pratique.

■ **Le locateur d'ouvrage reste toujours seul responsable de l'exécution des ouvrages qui lui sont confiés par le maître de l'ouvrage.** En particulier, si le locateur sous-traite tout ou partie de ses travaux, leur exécution se fait sous sa seule responsabilité vis-à-vis du maître. En effet, en cas de défaillance du sous-traitant (redressement ou liquidation judiciaire, par exemple), l'entrepreneur principal doitachever les travaux qui ne sont pas terminés. C'est précisément cet inachèvement des travaux qui permet au maître de l'ouvrage de refuser d'accorder la réception des travaux, de sorte que la période de garantie décennale ne peut s'ouvrir. Le locateur d'ouvrage se trouve, dans cette hypothèse, maintenu sous le régime de la responsabilité contractuelle des articles 1147 et suivants du Code civil qui ne prendra fin qu'avec la levée des réserves par le maître de l'ouvrage. Cette situation est celle dite du **chantier juridiquement en cours** dans laquelle le locateur d'ouvrage demeure le gardien et le responsable des travaux qu'il a exécutés sur un chantier où il n'est généralement plus présent. L'absence de réception est par conséquent une situation que ne saurait tolérer l'entrepreneur qui, en cas d'inertie ou de mauvaise volonté du maître de l'ouvrage, devra le mettre en demeure de réceptionner ses travaux et, au besoin, l'assigner en justice pour faire prononcer cette réception (§ 4.1.4.2).

■ Même si les travaux sont réceptionnés, la pratique a toujours soumis l'**entrepreneur au régime de la garantie contractuelle d'un an après la réception**, qui coexiste avec le début de la période de garantie décennale. Les normes NF P 03-001 (article 18.2) et NF P 03-002 (article 16.2) rappellent que « *pendant cette période de garantie, l'entrepreneur, (...) est tenu de remédier à tous les désordres* » nouveaux et de faire en sorte que l'ouvrage demeure conforme à l'état où il était lors de la réception.

Cette clause n'est que la traduction des dispositions légales figurant à l'article 1792-6 du Code civil (repris à l'article L. 111-19, alinéa 2, du Code de la construction et de l'habitation) instituant la garantie de parfait achèvement, « *à laquelle l'entrepreneur est tenu pendant un délai d'un an à compter de la réception, [et qui] s'étend à la réparation de tous les désordres signalés par le maître de l'ouvrage soit au moyen de réserves mentionnées au procès-verbal de réception, soit par voie de notification écrite pour ceux révélés postérieurement à la réception* ».

Mais « *la garantie ne s'étend pas aux travaux nécessaires pour remédier aux effets de l'usure normale ou de l'usage* » (même article, dernier alinéa).

■ Cependant, la **responsabilité contractuelle des locateurs d'ouvrage** ne s'arrête pas à la fin de la garantie de parfait achèvement. La jurisprudence de la Cour de cassation retient en effet, **pendant dix ans après la réception**, la responsabilité contractuelle des locateurs d'ouvrage sur le fondement de la **théorie dite des dommages intermédiaires** qui s'énonce ainsi : des désordres « *non apparents à la réception, n'affectant pas des éléments d'équipements soumis à la garantie de bon fonctionnement et ne compromettant ni la solidité ni la destination de l'ouvrage, ne sont pas soumis à la garantie décennale, mais relèvent de la responsabilité contractuelle de droit commun pour faute prouvée, dont la garantie de parfait achèvement due par l'entrepreneur n'exclut pas l'application* ».

De plus, les **défauts de conformité** par rapport à ce qui était prévu au marché peuvent faire l'objet de réclamations du maître de l'ouvrage ou de ses ayants droit **au-delà du délai décennal** suivant la réception des travaux, car l'entrepreneur est et reste tenu à une **obligation de résultat** dont les manquements peuvent lui être reprochés même si, aucun dommage matériel à la construction n'existe (par exemple : défaut d'implantation d'une construction, ou non-conformité d'un matériau au règlement intérieur d'un lotissement). Mais le délai pendant lequel il est possible d'engager une action en justice sur le fondement de cette responsabilité est variable selon la nature (civile ou commerciale) du marché passé. En effet, par application du droit commun (article 2262 du Code civil), l'action se prescrit par **trente ans**. Mais ce délai trentenaire dans lequel est enfermée la responsabilité contractuelle de droit commun n'est applicable que si le litige oppose des parties non commerçantes, ce

qui restreint en pratique son application au cas d'un marché passé entre particuliers ou une société civile immobilière d'une part, et un maître d'œuvre-architecte ou un entrepreneur-artisan d'autre part. Pour les marchés de travaux s'analysant en **actes mixtes** (§ 1.4), la prescription sera réduite à **dix ans**, en application de l'article L. 110-4 du Code de commerce qui prévoit : « *Les obligations nées à l'occasion de leur commerce, entre commerçants, ou entre commerçants et non commerçants, se prescrivent par dix ans si elles ne sont pas soumises à des prescriptions spéciales plus courtes* ».

■ Enfin, la responsabilité des constructeurs peut subsister au-delà du délai décennal en cas de **faute dolosive**, c'est-à-dire la faute lourde de nature à tromper le maître de l'ouvrage par l'emploi de matériaux et moyens de qualité insuffisante par rapport à ceux prévus par le cahier des charges du marché, un tel manquement contribuant directement à la réalisation du dommage. En droit, cette faute est extérieure au contrat et engage la **responsabilité trentenaire** de l'entreprise.

6.1.2 Contentieux quasi délictuel et délictuel

Les responsabilités quasi délictuelle et délictuelle des constructeurs s'opposent à la responsabilité contractuelle par le fait que ce sont essentiellement les personnes étrangères au contrat, c'est-à-dire les tiers, qui peuvent s'en prévaloir.

Le locateur d'ouvrage est évidemment le principal responsable en matière délictuelle, et ce, tant au titre d'une éventuelle responsabilité personnelle que de celle de ses préposés ou des choses qu'il a sous sa garde. Or, l'industrie du bâtiment et des travaux publics employant, pour accomplir l'ouvrage, des moyens qui nécessitent l'usage de matériaux et de matériels importants et puissants, le locateur d'ouvrage, et notamment l'entrepreneur, sera responsable de tous les dommages causés par les engins qu'il utilise ou les matériaux qu'il met en œuvre.

Le fait générateur de responsabilité est appelé tantôt délit, tantôt quasi-délit, en raison des termes de l'article 1383 du Code civil qui stipule : « *Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait (notion de délit civil), mais encore par sa négligence ou par son imprudence (notion de quasi-délit)* ». La seule différence notable existant entre la responsabilité quasi délictuelle et la responsabilité délictuelle est que la faute intentionnelle personnelle n'est pas assurable (article L. 113-1 du Code des assurances).

L'entrepreneur étant **gardien de son chantier** jusqu'à la réception des ouvrages encourra principalement la responsabilité prévue par l'article 1384, alinéa 1, du Code civil, ainsi libellé : « *on est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde* ». Ces principes sont d'ailleurs rappelés et explicités par les normes NF P 03-001 (article 5.2.2.) et NF P 03-002 (article 10.2.2) qui prévoient que « *chaque entrepreneur est responsable de tous les accidents ou dommages qu'une faute dans l'exécution de ses travaux ou le fait de ses agents ou ouvriers* » peuvent causer à toutes personnes.

Toutes les personnes présentes sur le chantier, à l'exception du maître de l'ouvrage, doivent être considérées comme des tiers pouvant agir en responsabilité délictuelle directement contre les constructeurs à raison des dommages qu'ils subissent, que ceux-ci soient liés aux troubles de voisinage (bruit, émission de fumée, et plus généralement toutes formes de pollution), qu'ils consistent en des désordres à leur immeuble (ébranlement, décompression, et plus généralement les désordres consécutifs à des fouilles), ou en un empiètement sur leur sol (dû, par exemple, à un défaut d'implantation). L'article 1384 du Code civil créant une présomption de responsabilité, la victime de l'accident n'aura pas à prouver la faute de l'entrepreneur : dès lors que celui-ci a la garde de la chose qui a causé le dommage, il sera responsable. Il ne pourra s'exonérer de cette responsabilité qu'en apportant la preuve que le dommage a été causé soit par la faute de la victime (par exemple, cas d'une personne blessée par un engin alors qu'elle a pénétré sur un chantier

clos et interdit au public) soit par celle d'un tiers (par exemple, un autre entrepreneur travaillant sur le chantier et qui a mis en œuvre le matériau dont la chute a provoqué l'accident).

L'entrepreneur pourra, de toutes façons, toujours être recherché en responsabilité sur la base de l'article 1382 du Code civil qui fonde la responsabilité du fait personnel (« *tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* »), à condition que soient établis la faute du locateur et le dommage qui en découle. Dans ce cas, peu importe que la réception ait ou non été prononcée.

6.2 Responsabilités biennale et décennale

Le régime de la responsabilité biennale et de la responsabilité décennale des constructeurs découle de la loi du 4 janvier 1978 qui a refondé le droit positif, réformée partiellement par l'ordonnance du 8 juin 2005 sur l'obligation d'assurance dans le domaine de la construction.

Pour un examen plus approfondi, se reporter à l'article *Assurance construction* dans ce traité [2].

6.2.1 Régime édicté par la loi du 4 janvier 1978

Cette loi est applicable aux contrats dont la déclaration réglementaire d'ouverture de chantier – DROC – est postérieure au 31 décembre 1978.

Les raisons de la réforme de la responsabilité et de l'assurance dans le domaine de la construction instaurée par la loi du 4 janvier 1978, et applicable depuis le 1^{er} janvier 1979, tiennent à une meilleure protection de l'usager et à une prévention améliorée des sinistres. La loi nouvelle a, en effet, adapté le régime de responsabilité des constructeurs aux données nouvelles de construction. Le législateur a maintenu les responsabilités biennale et décennale dans les articles 1792 et 2270 nouveaux du Code civil, mais il a modifié leur champ d'application pour mieux l'adapter aux évolutions technologiques récentes ou prévisibles du secteur de la construction. La distinction entre gros ouvrages (responsabilité décennale) et menus ouvrages (responsabilité biennale datant de 1967) a été remplacée par une distinction fondée sur les fonctions : fonction construction d'une part, fonction équipement d'autre part. Le critère de taille de l'ouvrage (gros ou menu), essentiellement fondé sur l'apparence extérieure, fait désormais place à un **critère fonctionnel**, de sorte que la responsabilité décennale des constructeurs, qui est d'ordre public, est mise en jeu :

- soit en cas d'atteinte à la solidité de l'ouvrage lui-même (article 1792 du Code civil reproduit à l'article L. 111-13 du Code de la construction et de l'habitation), ou à la solidité d'un de ses éléments d'équipement si celui-ci fait indissociablement corps avec les ouvrages de viabilité, de fondation, d'ossature, de clos ou de couvert (article 1792-2 reproduit à l'article L. 111-15 du Code de la construction et de l'habitation) ;

- soit en cas d'impropriété de l'ouvrage à sa destination (article 1792 du Code civil, reproduit à l'article L. 111-13 du Code de la construction et de l'habitation), que cette atteinte trouve son origine dans les éléments constitutifs de l'ouvrage (défaut lié à la fonction construction) ou dans un élément d'équipement (défaut lié à la fonction équipement), et que ce dernier soit ou non dissociable de la structure des ouvrages.

Ce régime est fondé sur la présomption de responsabilité des constructeurs : ces derniers sont « responsables de plein droit » et ne peuvent s'exonérer qu'en apportant la preuve que les dommages proviennent d'une cause étrangère. La loi explicite également ce qu'il faut entendre par « constructeurs » : il s'agit de tous les participants à l'acte de construire intervenant tant au moment de la conception (architectes, techniciens, ingénieurs-conseils, bureaux d'études), de la décision de construction ou de vente (promoteurs, constructeurs, etc.) que de l'exécution (entrepreneurs du bâtiment, fabricants et importateurs de composants – articles 1792-1 et 1792-4 du Code civil reproduits respectivement aux articles L. 111-14

et L. 111-17 du Code de la construction et de l'habitation –) sans omettre le contrôle technique (article L. 111-24 du Code de la construction et de l'habitation).

La **responsabilité solidaire du fabricant** constitue une innovation toute particulière mais elle ne joue que lorsque le poseur a mis en œuvre sans modification, et conformément aux règles édictées par le fabricant, les ouvrages, parties d'ouvrages ou éléments d'équipements considérés. On peut s'étonner, à l'inverse, que soit absent de cette liste le sous-traitant qui, conformément à la thèse classique selon laquelle le maître ou l'acquéreur de l'ouvrage, bénéficiaire de la présomption de responsabilité, n'a pas de lien direct avec lui, échappe ainsi à la responsabilité décennale ; mais la jurisprudence fait peser sur le sous-traitant une **obligation de résultat** à l'égard de l'entrepreneur principal qui a pour effet d'empêcher le sous-traitant de s'exonérer par la preuve d'une absence de faute de sa part.

La garantie biennale subsiste sous la forme d'une « *garantie de bon fonctionnement, d'une durée minimale de deux ans à compter de la réception de l'ouvrage* », applicable en cas d'atteinte à la solidité des seuls éléments d'équipement du bâtiment dissociables du corps de l'ouvrage, c'est-à-dire pouvant être déposés, démontés ou remplacés sans détérioration ou enlèvement de matière du corps d'ouvrage (articles 1792-3 et 1792-2, 2^e alinéa du Code civil, reproduits aux articles L. 111-16 et L. 111-15 du Code de la construction et de l'habitation).

Enfin, et bien que le Code civil ne le précise pas expressément, il a toujours été considéré que les vices apparents lors de la réception des ouvrages échappaient au domaine des articles 1792 et 2270 du Code civil. La jurisprudence décide, en effet, que « *l'acceptation des travaux... dégage la responsabilité du locateur d'ouvrage... en ce qui concerne les vices apparents* ».

La question du **caractère caché du vice** est néanmoins laissée, dans tous les cas, à l'appréciation souveraine des juges du fond qui se déterminent en fonction des considérations de fait.

6.2.2 Innovations apportées par l'ordonnance du 8 juin 2005

Le **contrôleur technique** est soumis, dans les limites de la mission que lui a confiée le maître de l'ouvrage, à la présomption de responsabilité décennale (article L. 111-24 du Code de la construction et de l'habitation). Les pouvoirs publics ayant toutefois estimé qu'une « interprétation extensive de leur rôle par le juge » s'était traduite par une surévaluation de leur responsabilité, l'ordonnance du 8 juin 2005 a ajouté un nouvel alinéa à l'article L. 111-24 aux termes duquel « *le contrôleur technique n'est tenu vis-à-vis des constructeurs à supporter la réparation de dommages qu'à concurrence de la part de responsabilité susceptible d'être mise à sa charge dans les limites des missions définies par le contrat le liant au maître d'ouvrage.* »

Le régime de la **prescription de la responsabilité des sous-traitants** a également été modifié, puisque l'ordonnance du 8 juin 2005 a ajouté un article 2270-2 au Code civil ainsi rédigé : « *Les actions en responsabilité dirigées contre un sous-traitant en raison de dommages affectant un ouvrage ou des éléments d'équipement d'un ouvrage mentionnés aux articles 1792 et 1792-2 se prescrivent par dix ans à compter de la réception des travaux et, pour les dommages affectant ceux des éléments d'équipement de l'ouvrage mentionnés à l'article 1792-3, par deux ans à compter de cette même réception.* ». Cela veut dire que le régime de responsabilité du sous-traitant se trouve maintenant pratiquement aligné sur celui de l'entrepreneur principal.

6.3 Assurances des constructeurs

Pour un examen plus approfondi, se reporter à l'article *Assurance construction* dans ce traité [2].

Les insuffisances de l'assurance en matière de construction face à la progression constante du montant des sinistres ont été un des principaux motifs d'adoption de la loi du 4 janvier 1978 dont le titre III, modifié par l'ordonnance du 8 juin 2005, impose l'**assurance obligatoire des travaux de construction**.

La réforme des mécanismes d'assurance s'inspire de deux principes essentiels : d'une part, l'institution d'une obligation d'assurance qui s'applique à tous les participants à l'acte de construire, d'autre part, la distinction de la réparation matérielle, qui doit être aussi rapide que possible, et de la détermination précise des responsabilités des divers intervenants qui exige généralement des délais plus importants. Cette ambition s'est concrétisée, en pratique, par l'institution d'un système original de double obligation d'assurance :

— la première s'applique au maître de l'ouvrage qui doit souscrire une police d'assurance « *dommages-ouvrages* » (DO) destinée à permettre, avant toute recherche des responsabilités, un préfinancement rapide des travaux de réparation en cas de sinistre (délai maximal pour intervenir : 105 jours) ;

- la seconde obligation s'applique à tous les participants à la construction qui doivent couvrir leur responsabilité propre.

L'assureur en **dommages-ouvrages**, après avoir indemnisé le maître de l'ouvrage, disposera à l'égard des assureurs en responsabilité des différents constructeurs d'un droit de recours qui lui permettra de récupérer la plus grande partie de ses débours initiaux. L'étendue de l'obligation d'assurance et son contrôle sont fixés par le titre IV du Livre II du Code des assurances intitulé *l'Assurance des travaux de construction*. L'assurance de **responsabilité obligatoire** des constructeurs est visée par les articles L. 241-1 et L. 241-2 du Code des assurances, reproduits aux articles L. 111-28 et L. 111-29 du Code de la construction et de l'habitation, tandis que l'assurance de **dommage obligatoire** — qui s'applique à toute personne physique ou morale qui, agissant en qualité de propriétaire de l'ouvrage, de vendeur ou de mandataire de l'ouvrage, fait réaliser des travaux de construction — fait l'objet des articles L. 242-1 et L. 242-2 du même Code, reproduits aux articles L. 111-30 et L. 111-31 du Code de la construction et de l'habitation. Le principe retenu est celui de l'**obligation d'assurance pour l'ensemble des ouvrages, sauf** pour ceux figurant sur une liste exhaustive et qui, de ce fait, se trouvent expressément exclus de cette obligation. Il s'agit principalement des ouvrages de génie civil (ponts, routes, quais, voiries et réseaux divers...), sauf lorsque ceux-ci sont l'accessoire d'un ouvrage lui-même soumis à l'obligation d'assurance.

Les travaux de **génie civil** sont certes soumis à responsabilité décennale, mais ne sont donc pas assujettis à l'obligation d'assurance. Leur liste est donnée par l'article L. 243-1-1 du Code des assurances (article L. 111-32-1 du Code de la construction et de l'habitation), reproduit en encadré, à l'article *Assurance construction* dans ce traité [2].

Pour que l'obligation d'assurance puisse être effective, le législateur a prévu (article L. 243-8 du Code des assurances, reproduit à l'article L. 111-39 du Code de la construction et de l'habitation) que tout contrat d'assurance obligatoire est réputé comporter des garanties au moins équivalentes à celles figurant dans des clauses types annexées à l'article A. 243-1 du Code des assurances.

Il convient enfin de souligner que, toujours dans un souci d'une meilleure protection de l'usager, l'article L. 243-7 du Code des assurances reproduit à l'article L. 111-38 du Code de la construction et de l'habitation est allé au-delà d'une jurisprudence jusqu'alors incertaine, puisqu'il ouvre la possibilité aux victimes des dommages dans le domaine de la construction « *d'agir directement contre l'assureur du responsable desdits dommages si ce dernier est en règlement judiciaire [redressement judiciaire] ou en liquidation des biens [liquidation judiciaire]* ».