

Marchés publics de travaux

Exécution. Contentieux et responsabilités

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. Exécution sur le plan technique	C 72 – 2
1.1 Opérations préliminaires au démarrage du chantier.....	— 3
1.2 Exécution des travaux dans les conditions initiales.....	— 3
1.3 Modification des conditions initiales d'exécution des travaux	— 4
1.4 Sanctions.....	— 5
1.5 Fin du marché et de la concession de travaux publics.....	— 6
2. Exécution sur le plan financier	— 8
2.1 Rémunération de l'entrepreneur sur la base des stipulations contractuelles	— 8
2.2 Rémunération de l'entrepreneur en cas de modification des stipulations contractuelles	— 10
2.3 Règlement des comptes	— 12
2.4 Aide au financement	— 15
2.5 Rémunération du concessionnaire de travaux publics	— 15
3. Contentieux et responsabilités	— 16
3.1 Litiges entre l'entrepreneur et le maître de l'ouvrage.....	— 16
3.2 Litiges entre l'entrepreneur et les personnes autres que le maître de l'ouvrage et les constructeurs	— 19
3.3 Litiges dans le cadre de la concession de travaux publics	— 20
Pour en savoir plus	Doc. C 73

En droit français, la distinction entre contrats administratifs et contrats privés est une conséquence du partage fondamental que le système juridique français opère entre le droit public et le droit privé. La justification officielle de cette distinction de principe est tirée de ce que les administrations sont considérées comme agissant dans l'intérêt supérieur, celui du service public, et comme ne pouvant en conséquence être soumises à la loi commune. D'où la mise au point de règles juridiques spéciales, qui sont qualifiées d'**exorbitantes du droit commun** parce qu'elles reconnaissent aux personnes publiques des pouvoirs plus importants que ceux des personnes privées (prérogatives de puissance publique) ou, au contraire, les assujettissent à des contraintes plus rigoureuses (contraintes de service public).

Dans cet esprit, le **code des marchés publics (CMP)** a pour objectif tout à la fois d'organiser une saine gestion des deniers publics et d'assurer l'égalité d'accès et de traitement des candidats à la commande publique. Cette double préoccupation se traduit par une réglementation détaillée de la dévolution de certains types de marchés (appels d'offres, dialogue compétitif, marchés négociés) et par l'énoncé des grands principes gouvernant les procédures de passation, le règlement des marchés, la sous-traitance autorisée et les garanties exigées des titulaires.

Quant au **cahier des clauses administratives générales** applicables aux marchés publics de travaux (CCAG), c'est le document de référence déterminant les modalités d'exécution de la plupart des marchés de travaux (de bâtiment ou de

génie civil) lancés par les collectivités publiques. C'est donc le complément logique du code qui, lui, traite essentiellement des procédures et des conditions de passation des marchés.

L'étude du régime juridique des contrats de travaux publics exige que soit défini, au préalable, ce qu'est un tel contrat (détermination des parties) ainsi que les principaux problèmes que soulève leur conclusion (procédures de passation), ce qui a fait l'objet du dossier [C 71]. Sont traités ici les modalités de leur exécution administrative et financière, les problèmes de responsabilités et d'assurances, ainsi que le contentieux.

1. Exécution sur le plan technique

Cet article est essentiellement organisé à partir du **code des marchés publics** (CMP) et du cahier des clauses administratives générales (CCAG), textes de référence qui font l'objet d'éditions annotées [1] [2].

■ **Exécution administrative ou technique et exécution financière du contrat** : la réalisation d'un travail ou d'un ouvrage public est soumise à de multiples dispositions. Outre celles visant directement l'exécution de la prestation en elle-même, de nombreuses autres règles peuvent trouver à s'appliquer : dispositions relatives à la protection de l'environnement (réglementation concernant le bruit des chantiers), règles découlant du contrôle de la main-d'œuvre, régime de la propriété industrielle et commerciale, dispositions issues de la réglementation des transports (coordination) ou du régime de la voirie publique, etc. *Seules seront exposées ici les règles visant spécialement l'exécution de la prestation en elle-même.* Il arrive d'ailleurs que ces textes renvoient eux-mêmes à des dispositions ayant un objet différent ; ainsi, le CCAG se réfère aux règles de la propriété industrielle et commerciale, de la protection de la main-d'œuvre et des conditions du travail, du régime des voies publiques, etc. Les règles applicables à l'exécution de la prestation en elle-même sont définies par le CMP et surtout par les cahiers des charges (§ 5.2.1 de [C 71]) pour ce qui est des marchés publics de travaux. La source fondamentale de ce point de vue est le CCAG applicable aux marchés publics de travaux passés pour le compte de l'État.

En droit, les dispositions du CCAG ne sont pas applicables aux marchés n'entrant pas dans son champ d'application, ni aux concessions de travaux publics (dans ce dernier cas, uniquement pour ce qui concerne la réalisation même de l'ouvrage). Toutefois, dans ces hypothèses, les dispositions spéciales prévues pour l'exécution de la prestation sont, sinon les mêmes, au moins très proches du droit commun résultant du CCAG (voir par exemple les règles issues du cahier des clauses et conditions générales – CCCG – de la SNCF ou de celui d'EDF).

Les droits et obligations des intéressés (maître d'ouvrage, maître d'œuvre et entrepreneur) pendant la réalisation des travaux ont un objet à la fois administratif (exécution technique d'une prestation) et financier (versement d'une rémunération). Ce n'est donc que pour la commodité de l'exposé qu'on dissocie ces deux plans (§ 2 pour l'aspect financier), chaque règle ayant la plupart du temps des incidences administratives et financières.

■ **Situation générale de l'entrepreneur ou du concessionnaire par rapport à l'Administration** : les règles applicables à l'exécution des prestations constituent elles aussi une illustration du particularisme qui affecte les contrats administratifs par opposition à leurs homologues du droit privé. Qu'il soit entrepreneur dans le cadre d'un marché public de travaux ou concessionnaire à l'occasion de la réalisation de l'ouvrage, le titulaire est en effet dans une **situation de subordination par rapport au maître de l'ouvrage**, et ceci de plusieurs manières différentes.

D'abord, le maître de l'ouvrage dispose de **pouvoirs exorbitants** à l'égard du titulaire pendant l'exécution du marché. Certes, les rapports entre l'un et l'autre sont définis par la voie contractuelle (sous réserve de ce qui a été exposé aux paragraphes 4 et 5 de [C 71] à propos des modes de passation des marchés et de leur contenu), de telle sorte qu'il y a bien égalité à la base, au moins au départ. Mais le droit administratif considère d'une manière générale que l'existence d'un accord n'interdit pas à l'administration contractante d'exercer des droits qui lui appartiennent en sa qualité de puissance publique, et qui sont qualifiés pour cette raison de **prérogatives exorbitantes du droit commun**.

Bien mieux, l'administration contractante peut mettre en œuvre des droits non prévus par les stipulations contractuelles lorsque l'intérêt du service public l'exige, comme par exemple exiger l'exécution des prestations dans des conditions différentes de celles initialement fixées. Ce pouvoir de **modification unilatérale du contrat administratif** a été très tôt reconnu par le Conseil d'État dans le cadre de la concession de travaux publics, d'abord à propos de la résiliation du contrat dans l'intérêt général, puis à l'occasion de l'exercice des mesures coercitives, et enfin au sujet du changement des conditions d'exécution des prestations. Dans ces trois hypothèses, la régularité des prérogatives utilisées par l'Administration fut chaque fois admise. Ultérieurement, cette jurisprudence fut étendue au cas du marché public de travaux dans les mêmes conditions.

En sens inverse, l'entrepreneur ou le concessionnaire (pour ce qui est de la réalisation même de l'ouvrage) est soumis à des **sujétions très contraignantes**, dont la moindre n'est pas l'obligation impérative d'exécuter les prestations du marché, aussi bien celles qui découlent des stipulations contractuelles que celles qui sont unilatéralement imposées par le maître de l'ouvrage. La jurisprudence administrative estime en effet, d'une manière générale, que l'intérêt général s'attache à la réalisation du contrat administratif et interdit par conséquent au particulier de faire usage envers l'administration contractante des moyens de défense reconnus par le droit privé, et notamment de l'**exception d'inexécution** (c'est-à-dire la possibilité pour chaque partie de refuser de s'exécuter quand l'autre partie ne remplit pas ses obligations). Traditionnellement, ce n'est que dans le cas de force majeure que le contractant de l'administration est dispensé d'exécuter, toute autre hypothèse de non-exécution étant constitutive de faute, quand bien même l'administration ne respecterait pas ses obligations.

Certes, le CCAG revient sur cette pratique bien établie en admettant dans certains cas, limitativement énumérés, l'interruption des travaux ou même la résiliation du marché à l'initiative du titulaire (§ 1.4.1), mais ceci dans des conditions si restrictives que le caractère impératif de l'obligation d'exécution des prestations qui pèse sur l'entrepreneur n'est pas véritablement remis en cause.

Ainsi, en ce qui concerne l'exécution du contrat sur le plan technique, marché et concession de travaux publics réservent au maître de l'ouvrage une situation véritablement exceptionnelle, comme le montre l'examen des différentes prérogatives que ce dernier exerce aux divers stades de la réalisation technique des prestations (pour ce qui est de l'exécution financière, cf. § 2).

1.1 Opérations préliminaires au démarrage du chantier

Pour des raisons pratiques évidentes, la désignation du titulaire du marché ne déclenche pas l'exécution matérielle immédiate des prestations. Même pour des travaux de faible importance, il est nécessaire de prévoir une **phase de préparation du chantier**.

La directive-guide CCM (*Guide à l'intention des maîtres d'ouvrage et des maîtres d'œuvre*) recommande que pour les opérations importantes, le cahier des clauses administratives particulières (CCAP) précise d'une manière explicite le délai de préparation ; faute de quoi, le CCAG dispose que cette période est d'une durée de deux mois et qu'elle est comprise dans le délai d'exécution des travaux (art. 28.1). Le début de la phase de préparation des travaux est fixé à la date de la notification du marché qui est l'acte par lequel le maître de l'ouvrage signifie officiellement au titulaire l'engagement de l'administration. En principe, cette notification vaut en même temps **ordre de commencement des travaux**. Toutefois, les stipulations du marché peuvent prévoir une solution différente (par exemple pour la réalisation d'un lot de second œuvre dans le cadre de marchés groupés), auquel cas le commencement d'exécution est notifié par un ordre de service ultérieur (§ 1.2).

La phase de préparation comprend toutes les opérations nécessaires à la réalisation matérielle des prestations et la plupart d'entre elles sont énumérées d'une manière explicite dans le CCAG ou dans le CCAP. Ainsi notamment, il incombe au maître de l'ouvrage de prendre toutes mesures pour mettre à la disposition de l'entrepreneur les terrains nécessaires et il doit, à cette occasion, lui délivrer un **plan général d'implantation de l'ouvrage**. Sauf stipulation contraire du marché, le maître de l'ouvrage doit procéder au **piquetage général** et éventuellement spécial. De même, il doit en principe faire son affaire de la délivrance de toute **autorisation administrative** nécessaire à la réalisation des travaux.

De son côté, le maître d'œuvre a, dès ce moment, un certain nombre de tâches précises. En particulier, il va procéder à l'ordonnancement de l'ensemble des opérations administratives et financières du marché, préparer la coordination s'il est maître du chantier, etc. Mais surtout et de manière plus générale, il doit vérifier que l'entrepreneur a bien exécuté les obligations lui incombant durant cette période. Sa responsabilité est d'ailleurs susceptible d'être engagée à cet égard, puisqu'il doit s'assurer par exemple que les plans établis par le titulaire ne contiennent pas d'erreur, d'omission ou de contradiction normalement décelables pour l'homme de l'art.

Quant à l'entrepreneur, il doit, dès ce moment, prendre toutes dispositions ou établir tous documents nécessaires à la réalisation de l'ouvrage, ce qui comporte d'abord l'exécution d'opérations matérielles : aménagement des voies et moyens de transport, logement du personnel, installation du chantier proprement dit, approvisionnements, etc. Cela implique surtout la mise au point de toutes les mesures qui détermineront le déroulement du chantier : **programme d'exécution des travaux** qui indique notamment les moyens du chantier et le calendrier d'exécution, et qui est soumis pour visa au maître d'œuvre ; **plan d'exécution** des ouvrages (définissant le dimensionnement des ouvrages et les caractéristiques

des matériaux, produits et composants de construction, ce document étant en principe soumis à l'approbation du maître d'œuvre) ; enfin, mise au point du **plan de sécurité et de protection de la santé**. Ces documents sont tous établis sur la base des pièces contractuelles. Comme le maître d'œuvre, l'entrepreneur doit s'assurer à cette occasion que ces documents ne contiennent pas d'erreur, d'omission ou de contradiction normalement décelables pour un homme de l'art et, si tel n'est pas le cas, le signaler immédiatement au maître d'œuvre, faute de quoi sa responsabilité pourrait être engagée (art. 29.2 du CCAG).

1.2 Exécution des travaux dans les conditions initiales

1.2.1 Obligations de l'entrepreneur

D'une manière générale, le marché ou la concession de travaux publics étant fondamentalement une convention, le titulaire est tenu d'exécuter les prestations dans les conditions définies par les stipulations contractuelles. À ce titre, un certain nombre d'**obligations** particulières pèsent sur lui, qui se retrouvent d'ailleurs aussi bien dans les marchés privés.

Ainsi l'entrepreneur doit-il assurer une **exécution conforme des prestations**. L'article 30 du CCAG précise de manière explicite qu'« il ne peut de lui-même apporter aucun changement aux dispositions techniques prévues par le marché ». En conséquence, il est tenu de reconstruire les ouvrages non conformes, sur ordre de service du maître d'œuvre.

De même, l'entrepreneur est soumis à une obligation d'**exécution personnelle des travaux**, sans pouvoir en sous-traiter une partie autrement qu'en respectant le régime de la sous-traitance (§ 3.4 de [C 71]). Pas davantage ne peut-il céder le marché sans une autorisation expresse du maître de l'ouvrage. Toute violation de ces règles peut être sanctionnée par les mesures coercitives analysées au paragraphe 1.4.2.

De même encore l'entrepreneur doit-il exécuter les travaux dans le délai prévu au marché (art. 19 du CCAG). Le **délai d'exécution des travaux** est un élément fondamental de l'économie du contrat puisqu'il détermine, au moins partiellement, le coût global de l'opération. Il constitue donc l'un des critères de l'attribution du marché (§ 4.2.2.3 de [C 71]) et pour cette raison doit normalement être proposé par l'entrepreneur ; ce n'est qu'exceptionnellement (travaux de peu d'importance ou devant être réalisés pour une date impérative) que ce délai est fixé par le maître de l'ouvrage. Le délai d'exécution des travaux part en principe de la date de notification du marché (§ 1.1) et expire à la date d'achèvement des travaux fixée par le maître de l'ouvrage à l'occasion des opérations de réception. Le point de départ du délai peut cependant être retardé, par exemple dans l'hypothèse où le début de la réalisation des prestations ne coïncide pas avec la notification du marché ; il est alors fixé par l'ordre de service de commencement des travaux. Toute prolongation du délai ne peut en principe résulter que d'un avenant (sauf cas particuliers : intempéries, modification des conditions initiales du marché ou réalisation de tranches conditionnelles). Le délai ainsi stipulé court en une seule fois, mais il peut être prévu des **délais partiels d'exécution**, non seulement dans le cadre de marchés à tranches conditionnelles mais, d'une manière plus générale, toutes les fois que le maître de l'ouvrage a intérêt à une prise de possession anticipée ou à une mise à la disposition anticipée des ouvrages. Le respect de la date contractuelle d'achèvement des travaux est assuré, moins par les mesures coercitives que par le jeu des pénalités de retard et des primes d'avance (§ 2.1.3.2).

1.2.2 Prérogatives du maître de l'ouvrage

Les obligations qui pèsent sur l'entrepreneur ou le concessionnaire ne se limitent pas à celles que l'on vient de voir. En effet, même dans l'hypothèse d'une exécution sans histoire des prestations, le maître de l'ouvrage se voit reconnaître des **prérogatives** particulières.

Ainsi, par l'intermédiaire du maître d'œuvre, le maître de l'ouvrage dispose d'un **droit de contrôle général et permanent** tout au long de la réalisation des travaux ou des ouvrages. On a déjà exposé (§ 1.1) les pouvoirs exercés à ce titre par le maître d'œuvre dès la phase de préparation du chantier. Cette surveillance se maintient pendant la phase d'exécution proprement dite, et ce jusqu'à la fin du délai de garantie (§ 1.5.2).

Ainsi, s'agissant du contrôle technique des prestations, l'entrepreneur est, d'une manière générale, **responsable de la qualité des matériaux, produits ou composants de construction**. En outre, le CCAG prévoit d'une manière détaillée les vérifications par le maître d'œuvre portant sur la qualité et la quantité des matériaux, etc., de même que tous les contrôles à exercer lors de leur mise en œuvre ; pour ce qui est de la méthode d'essai des ouvrages, le CCAG renvoie aux stipulations prévues dans le CCAP. L'article 39 du CCAG confère encore au maître d'œuvre, et ce jusqu'à l'expiration du délai de garantie, le **pouvoir de prescrire**, par ordre de service, **toutes mesures de nature à permettre de déceler un vice de construction** présumé, y compris la démolition partielle ou totale de l'ouvrage.

Plus encore, le maître d'œuvre, toujours agissant pour le compte du maître de l'ouvrage, assure une **fonction de direction pendant la phase d'exécution**. Le CCAG l'autorise en effet à adresser à l'entrepreneur, par la voie d'**ordres de service**, toutes directives destinées, soit à préciser les stipulations contractuelles, soit même à les modifier (c'est surtout évidemment dans cette dernière hypothèse que l'ordre de service prend tout son intérêt, § 1.3.1). Cette manifestation de volonté que constitue l'ordre de service a un caractère absolument impératif : émis selon une procédure particulièrement solennelle (écrit, daté, numéroté, signé par le maître d'œuvre), l'ordre de service est adressé au titulaire qui doit le renvoyer signé au maître d'œuvre. Si le titulaire en **conteste** les prescriptions, il doit formuler des **réserves** par écrit auprès du maître d'œuvre dans un délai de **quinze jours**, sous peine de **forclusion** définitive. En tout état de cause, l'ordre de service est immédiatement exécutoire et le titulaire doit se conformer à ses prescriptions, qu'elles fassent ou non l'objet de réserves de sa part (à l'exception des cas limitativement énumérés au paragraphe 1.3). Le respect de l'ensemble de ces obligations est assuré par les mesures coercitives analysées au paragraphe 1.4.

Si l'on se rappelle que l'entrepreneur ne peut, en principe, s'abstenir d'exécuter ses obligations, même quand le maître de l'ouvrage ne respecte pas les siennes, on mesure que la réalisation des prestations se fait dans des conditions très différentes de celles applicables aux marchés de travaux privés [C 74].

1.3 Modification des conditions initiales d'exécution des travaux

Le caractère inégal des relations entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur apparaît plus clairement encore lorsque, à la suite des aléas divers inhérents à l'exécution de toute opération, les prévisions initiales des parties sont mises en défaut. Certes, en ce cas, la modification des conditions initiales peut toujours être décidée par voie d'**avenant** (§ 5.2.3 de [C 71]). Mais en outre, les règles d'exécution des marchés et concessions de travaux publics ouvrent la possibilité au maître de l'ouvrage de changer unilatéralement les conditions initialement prévues, lorsque l'intérêt du service public l'exige. Tel est le cas dans l'hypothèse d'une modification du programme des travaux (changement dans les besoins ou conditions d'utilisation des ouvrages, réalisation d'ouvrages complémentaires,

etc.), situation que la jurisprudence désigne sous le terme de **fait du prince**. Tel est également le cas lorsque la modification est imposée par des circonstances extérieures aux parties, d'origine économique (**imprévision**) ou d'origine technique (**sujétions imprévues**). Il faut souligner que dans toutes ces hypothèses, l'intervention du maître de l'ouvrage est possible en dehors de toute faute du titulaire.

S'agissant des marchés publics de travaux, le CCAG a réglementé les différents cas d'intervention unilatérale du maître de l'ouvrage.

1.3.1 Modification proprement dite des stipulations initiales

Plusieurs éventualités sont prévues. D'abord l'**augmentation dans la masse des travaux**, définie par l'article 15 du CCAG et les articles 19 et 118 du CMP. Aux termes de ces dispositions, l'entrepreneur a l'obligation de mener à son terme l'exécution des ouvrages faisant l'objet du marché quelle que soit l'augmentation de la masse de travaux, lorsque cette augmentation est imputable à des sujétions techniques, à des insuffisances dans les quantités prévues ou à toute cause autre qu'un changement du programme initial.

En revanche, le titulaire peut refuser d'exécuter les travaux résultant d'une modification du programme initial (changement des caractéristiques fonctionnelles des ouvrages, par exemple des besoins ou des conditions d'utilisation), à la condition toutefois que cette augmentation excède le dixième de la masse initiale.

En d'autres termes, l'entrepreneur est tenu d'exécuter les prestations demandées par le maître de l'ouvrage toutes les fois que les aléas ne sont pas dus au fait de ce dernier ; il peut seulement se dégager lorsque la modification est due à la volonté du maître de l'ouvrage et qu'elle excède le seuil de 10 % de la masse initiale.

En toute hypothèse, l'entrepreneur doit aviser le maître d'œuvre de la date à laquelle la masse des travaux atteint le montant initialement prévu et arrêter l'exécution des prestations s'il n'a pas reçu l'ordre de poursuivre. Cet ordre, s'il est pris par le maître de l'ouvrage, procède soit d'un **avenant**, soit d'une **décision de poursuivre** les travaux prise par la personne responsable du marché (§ 5.2.3 de [C 71]) et dispositions de l'article 15.4 du CCAG. Enfin lorsque l'augmentation de la masse des travaux excède une certaine importance, l'entrepreneur a droit à une **indemnité**, calculée différemment selon le mode de rémunération du marché (§ 2.2).

Toutes ces dispositions définissent ce qu'il est convenu d'appeler le **régime des travaux supplémentaires**. Il faut cependant bien noter que toute augmentation des prestations ne constitue pas nécessairement un travail supplémentaire car il se peut que cette prestation ait été (implicitement au moins) comprise dans les stipulations contractuelles telles que les interprétera le maître de l'ouvrage ou le juge administratif en cas de litige. C'est pourquoi la jurisprudence a précisé que constituent des travaux supplémentaires, les prestations qui, d'une part, n'ont pas été comprises dans les prévisions initiales des parties, et d'autre part, résultent d'un ordre de service ou sont indispensables à la bonne exécution des ouvrages. Le Conseil d'État admet toutefois que, dans cette hypothèse, l'ordre de service puisse être verbal (en dépit de ce qui est prévu dans le CCAG).

Des principes analogues s'appliquent dans l'hypothèse du **changement dans l'importance des différentes natures d'ouvrages** visée par l'article 17 du CCAG. Ce texte a pour objet essentiel de déterminer le droit à l'indemnité de l'entrepreneur en pareille hypothèse (§ 2.2). Il repose donc implicitement sur l'obligation pour l'entrepreneur de se conformer à tout changement dans la consistance des prestations, « à la suite d'ordre de service ou de circonstances qui ne sont ni de la faute ni du fait de l'entrepreneur ». La solution du

CCAG est identique dans le cas de la **diminution de la masse des travaux**, l'article 16 du CCAG déterminant le **droit à indemnité** de l'entrepreneur en pareil cas, et admettant donc implicitement l'obligation pour ce dernier de se conformer à toutes mesures ordonnant la diminution des prestations.

1.3.2 Ajournement des travaux

L'article 48.1 du CCAG consacre cette prérogative d'une manière particulièrement nette : « *l'ajournement des travaux peut être décidé* ». Il va de soi cependant qu'un tel pouvoir ne peut être exercé de manière arbitraire, par exemple pour des raisons étrangères à l'intérêt du service. La méconnaissance de ce principe pourrait être sanctionnée par la mise en cause de la responsabilité du maître de l'ouvrage.

La décision d'ajournement, prise par le maître de l'ouvrage ou la personne responsable du marché, peut être accompagnée d'un procès-verbal de constatation des ouvrages ou parties d'ouvrages exécutés, et de l'inventaire des matériaux approvisionnés.

L'entrepreneur a droit à une **indemnité** (§ 2.2). Si l'ajournement ou le total des ajournements successifs dépasse un an, il a droit à la **résiliation du marché** (sauf s'il a été informé du dépassement du délai et n'a pas demandé la résiliation dans un délai d'un an). Cette résiliation ne peut être prononcée que par le maître de l'ouvrage, sous le contrôle du juge administratif.

1.3.3 Résiliation du marché

D'une manière générale, la résiliation est définie comme la décision de mettre fin à l'exécution des travaux faisant l'objet du marché, avant leur achèvement et avec effet à une date déterminée (art. 46.1 du CCAG).

Une telle mesure peut intervenir dans deux séries d'hypothèses. D'abord, à titre de sanction, pour censurer une faute de l'entrepreneur ou même du maître de l'ouvrage ; le régime de cette **résiliation-sanction** est étudié au paragraphe 1.4.2. D'autre part, dans le cadre du pouvoir d'action unilatérale du maître de l'ouvrage, chaque fois que l'intérêt général l'exige (par exemple lorsque l'exécution des travaux ne présente plus d'utilité) ; c'est la **résiliation d'intérêt général**. L'article 46.1 du CCAG confirme explicitement l'existence de cette prérogative, particulièrement importante, du maître de l'ouvrage. Il va de soi, ici encore, que cette mesure ne peut être exercée que si l'intérêt général invoqué est dûment démontré.

La décision de résiliation, toujours prise par le maître de l'ouvrage, doit être accompagnée d'un procès-verbal de constatation des ouvrages ou parties d'ouvrages exécutés, et de l'inventaire des matériaux approvisionnés. L'établissement de ce procès-verbal vaut réception des travaux réalisés avec toutes ses conséquences (§ 1.5.1). En outre, la personne responsable du marché doit fixer les mesures à prendre avant la fermeture du chantier, pour assurer la sécurité des ouvrages ; en ce cas, ces mesures ne sont pas à la charge financière de l'entrepreneur.

Dans cette hypothèse, l'entrepreneur a droit à une indemnité et le maître de l'ouvrage peut racheter les ouvrages provisoires, les matériaux et le matériel.

Comme il a déjà été dit, les dispositions précédentes ne sont applicables à strictement parler qu'aux marchés relevant du CCAG des marchés publics de travaux passés pour le compte de l'État ; elles ne le sont donc pas aux autres catégories de marchés publics de travaux ni aux concessions de travaux publics (pour ce qui est de la réalisation de l'ouvrage). Mais on a vu (§ 5.2.1 de [C 71]) que le champ d'application du CCAG était susceptible d'extension (par exemple au profit des collectivités territoriales). En dehors de cette hypothèse, sous un régime de détail plus ou moins différent, on

retrouve toujours les trois manifestations, exposées dans ce paragraphe, du pouvoir d'intervention unilatérale du maître de l'ouvrage dans l'exécution du contrat.

1.4 Sanctions

La même situation déséquilibrée au profit du maître de l'ouvrage s'observe dans le régime des sanctions prévues pour assurer l'exécution des prestations. Plusieurs hypothèses sont prévues par le CCAG.

1.4.1 Sanctions à l'initiative de l'entrepreneur

L'entrepreneur ne peut par lui-même exercer aucune sanction à l'encontre du maître de l'ouvrage, puisque, comme il a déjà été dit à plusieurs reprises, il doit assurer impérativement l'exécution des travaux. La seule manière pour lui de faire censurer les fautes du maître de l'ouvrage est donc de **déclencher la procédure de règlement des différends par le dépôt d'un mémoire de réclamation** (§ 3.1.2). Encore doit-il avoir scrupuleusement émis les **réserves** sur les ordres de service qui ont pu lui être adressés (§ 1.2.2).

Cette position défavorable connaît cependant deux séries d'atténuations. La première résulte du régime des **intérêts moratoires**, surtout en ce qu'il admet la possibilité de condamnation de plein droit du maître de l'ouvrage dans certaines hypothèses (§ 2.3.5). En outre, dans un nombre limité de cas, le CCAG confère au titulaire le pouvoir de demander la **résiliation du marché** :

- droit d'obtenir la résiliation si l'ordre de service de commencer les travaux, postérieur à la notification du marché, n'a pas été adressé dans le délai prévu ; dans l'hypothèse où ce délai n'est pas prévu par le marché, l'entrepreneur est encore en droit de demander la résiliation, si l'ordre de commencement des travaux ne lui a pas été adressé dans un délai de six mois à dater de la notification ; toutefois, l'entrepreneur perd ce droit si, ayant reçu postérieurement l'ordre de commencement des travaux, il n'a pas refusé d'exécuter cet ordre ni demandé par écrit la résiliation dans un délai de quinze jours (§ 1.1 et art. 46.6 du CCAG) ;

- également droit d'obtenir la résiliation du marché après un ajournement des travaux de plus d'un an ; toutefois, ici encore, l'entrepreneur perd ce droit s'il est informé d'un dépassement de ce délai d'un an et s'il ne demande pas la résiliation dans un délai de quinze jours (§ 1.3 et art. 48.2 du CCAG).

D'une manière plus exceptionnelle, le CCAG reconnaît à l'entrepreneur le droit d'interrompre de lui-même les travaux en cas de retard anormal dans le mandatement des acomptes (§ 2.3.3). Mais les conditions très strictes dans lesquelles l'arrêt des travaux peut être ainsi décidé à l'initiative de l'entrepreneur font douter de l'utilité et de l'application pratique du mécanisme. L'article 48.3 du CCAG prévoit en effet que, dans le cas où trois acomptes mensuels successifs n'ont pas été mandatés, l'entrepreneur doit prévenir le maître de l'ouvrage de son intention d'interrompre les travaux dans un prochain délai de deux mois ; si le mandatement des deux premiers acomptes au moins n'est pas intervenu dans un délai d'un an, l'entrepreneur a droit à la résiliation ; toutefois, le maître de l'ouvrage peut, au cours de la première phase, notifier à l'entrepreneur une décision ordonnant malgré tout la poursuite des travaux.

On rappellera enfin que l'entrepreneur doit interrompre l'exécution lorsque la masse des travaux atteint le montant initial (art. 15 du CCAG). Mais il ne s'agit pas de toute évidence d'une mesure de sanction octroyée au titulaire (§ 1.3.1).

1.4.2 Sanctions par le maître d'œuvre ou le maître de l'ouvrage

Le pouvoir de sanction attribué au maître de l'ouvrage est important et ceci à divers titres. D'abord parce que ce pouvoir est directement exercé par l'Administration (maître de l'ouvrage ou personne responsable du marché) et sans autorisation préalable du juge (sauf stipulation contraire du marché). Le tribunal administratif n'interviendra que s'il est saisi par l'entrepreneur, après échec de la phase de règlement amiable, et seulement pour contrôler après coup la régularité de la mesure ; encore s'interdit-il d'annuler les sanctions irrégulières puisqu'en ce cas, il se borne à condamner le maître de l'ouvrage à des dommages et intérêts (§ 3.1).

Par ailleurs, la gamme des sanctions que le maître de l'ouvrage peut prononcer est très étendue. À côté des **pénalités de retard** (§ 2.1.3.2), l'article 49 du CCAG prévoit en effet des **mesures coercitives**.

Le recours à de telles mesures doit toujours être précédé d'une **mise en demeure**. Lorsque l'entrepreneur ne respecte pas les stipulations contractuelles ou les ordres de service, la personne responsable du marché doit, avant toute chose, par une décision écrite habituellement notifiée par ordre de service, lui enjoindre de s'y conformer dans un délai déterminé (non inférieur à quinze jours en général).

Si la mise en demeure reste sans effet, le maître de l'ouvrage peut procéder à la **mise en régie du marché** aux frais et risques de l'entrepreneur. Par là, l'Administration va se substituer à lui pour l'exécution partielle ou totale des prestations, en mettant à sa charge les excédents de dépenses éventuelles, mais sans le faire bénéficier en sens inverse des diminutions de dépenses. La mise en régie est accompagnée de l'établissement d'un procès-verbal de constatation des ouvrages ou parties d'ouvrages exécutés et de l'inventaire des matériaux approvisionnés. La mesure peut être maintenue jusqu'à l'achèvement des travaux, ou transformée en résiliation, ou au contraire être supprimée si l'entrepreneur justifie des mesures nécessaires pour arriver à bonne fin.

Le maître de l'ouvrage peut également décider la résiliation du marché, sans qu'il soit nécessaire de passer au préalable par la mise en régie. La mesure prise à ce titre est différente des cas précédemment analysés (résiliation d'intérêt général, § 1.3.3 ; résiliation à l'initiative de l'entrepreneur, § 1.4.1), car elle est prononcée en raison de la faute du titulaire. Elle a pour objet soit de mettre fin à l'exécution des travaux (**résiliation simple**), soit de permettre la passation d'un nouveau marché avec un autre entrepreneur pour l'achèvement des travaux (**résiliation aux frais et risques** qui comporte les mêmes conséquences financières que la mise en régie). La décision de résiliation est accompagnée de l'établissement du même procès-verbal de constatation que dans le cas de la résiliation d'intérêt général ; en outre, la personne responsable du marché doit fixer les mesures à prendre avant la fermeture du chantier, dans le but d'assurer la sécurité et la conservation des ouvrages exécutés ; toutes ces opérations sont à la charge de l'entrepreneur défaillant.

On peut rapprocher de cette hypothèse la résiliation qui peut être prononcée par le maître de l'ouvrage à la suite de la mise en redressement ou liquidation judiciaire du titulaire, sauf si l'administrateur judiciaire décide de poursuivre l'exécution des prestations. Il en va de même en cas d'impossibilité physique manifeste et durable du titulaire, de décès ou d'incapacité civile, etc. Dans toutes ces hypothèses, la **résiliation est prononcée sans indemnité**.

L'ensemble de ces sanctions se retrouve dans la concession de travaux publics, mais sous un régime juridique de détail plus ou moins différent, et variable selon les hypothèses. La terminologie utilisée n'est d'ailleurs pas la même : la substitution de l'autorité concédante au concessionnaire est qualifiée de **séquestre**, et la résiliation de **déchéance** (qui en principe, et par dérogation aux règles ci-avant exposées, ne peut être prononcée que par le juge administratif).

1.5 Fin du marché et de la concession de travaux publics

L'achèvement des travaux par le titulaire a des conséquences différentes selon qu'il s'agit d'un marché ou d'une concession de travaux publics. Dans le premier cas en effet, le maître de l'ouvrage va devoir prendre possession des ouvrages et il lui incombe donc de vérifier que les prestations ont bien été exécutées conformément aux pièces contractuelles. C'est ce à quoi répondent les opérations de réception des travaux et le mécanisme de garantie mis en place à cette date.

En revanche, dans le cadre de la concession, les ouvrages achevés sont conservés par le titulaire pour être exploités par lui pendant la durée de la convention. L'achèvement de l'exécution des prestations s'accompagne d'un simple contrôle de la part du maître de l'ouvrage et la prise de possession ne s'effectuera donc qu'à l'occasion de la remise des ouvrages à la fin du contrat.

1.5.1 Opérations de réception dans le marché de travaux publics

Les conséquences juridiques importantes qui s'attachent à la réception des travaux (non seulement prise de possession, mais également point de départ des obligations de garantie à la charge du titulaire) expliquent la réglementation détaillée mise en œuvre par le texte des articles 41 à 43 du CCAG des marchés publics de travaux.

L'article 41.8 du CCAG stipulant que la « *prise de possession des ouvrages par le maître de l'ouvrage doit être précédée de leur réception* », cette réception, maintenant unique, est tout à la fois indispensable et préalable à tout **envoi en possession**. Ce n'est qu'en cas d'urgence que la réception peut intervenir postérieurement ; encore doit-il être antérieurement dressé un état des lieux contradictoire.

La **procédure de réception** est la suivante. L'**initiative** appartient en principe à l'entrepreneur, qui doit aviser par écrit le maître de l'ouvrage et le maître d'œuvre de la date à laquelle les travaux sont achevés ou devront l'être. Toutefois, la personne responsable du marché peut déclencher elle-même la procédure lorsqu'elle décide une **prise de possession anticipée**, par exemple à la suite de la résiliation du marché (soit dans l'intérêt général, soit à titre de sanction). Il est alors procédé comme suit.

Le maître d'œuvre doit convoquer l'entrepreneur aux **opérations préalables à la réception**, qui doivent être effectuées dans un délai de vingt jours à compter de l'avis adressé par l'entrepreneur ou de la date d'achèvement (ou d'arrêt) des travaux. À ce stade, les parties effectuent contradictoirement toutes les constatations utiles (reconnaissance des ouvrages, état d'exécution ou d'inexécution des prestations, reconnaissance des malfaçons ou imperfections, repliement des installations et remise en état, etc.). Elles procèdent à tous essais ou épreuves prévus. Ces différentes opérations font l'objet d'un procès-verbal signé *sur-le-champ* par le maître d'œuvre et par l'entrepreneur ; si ce dernier est absent ou refuse de signer, le fait est mentionné dans le procès-verbal qui lui est notifié. Le maître d'œuvre doit ensuite adresser le procès-verbal à la personne responsable du marché ; dans un délai maximal de cinq jours, il doit par ailleurs faire connaître à l'entrepreneur s'il a proposé la réception, et dans l'affirmative, la date d'achèvement des travaux et les réserves éventuelles.

Il appartient enfin à la personne responsable du marché d'accepter ou de refuser la réception. Dans le premier cas, elle détermine les modalités de la réception (pure et simple, avec réserves, avec réfaction) et fixe la date d'achèvement des travaux qui constitue la date d'effet de la réception. La décision ainsi prise doit être notifiée à l'entrepreneur dans un délai de quarante-cinq jours à compter du procès-verbal des opérations de réception, faute de quoi les propositions du maître d'œuvre sont considérées comme acceptées.

La réception est susceptible de revêtir diverses **modalités**. Elle est **pure et simple** dans l'hypothèse de l'exécution conforme des prestations. Elle peut être prononcée **avec réserves**, par exemple lorsque certaines épreuves doivent être effectuées ultérieurement, ou encore lorsque certaines prestations n'ont pas été exécutées ou sont affectées de malfaçons ou imperfections ; en ce cas, la réception n'est prononcée que sous la condition que l'entrepreneur s'engage à réaliser les travaux dans un délai de trois mois au maximum. Enfin – et il s'agit d'une particularité importante du CCAG – la personne responsable du marché peut prononcer une **réception avec réfaction** : lorsqu'elle constate que certains ouvrages ou parties d'ouvrages sont, tout à la fois, non conformes aux stipulations du marché mais aptes à être utilisés, elle peut renoncer à ordonner la réfaction par l'entrepreneur et lui proposer une réfaction sur le prix. Si le titulaire accepte, la **réception** est alors réputée **sans réserve** ; s'il refuse, la réception est considérée comme prononcée **avec réserves**, avec les conséquences ci-après analysées (§ 1.5.2).

La réception doit, par son **objet**, englober tous les ouvrages entrant dans le marché ; normalement, il n'existe qu'une seule procédure de réception par marché. Toutefois, l'article 42 du CCAG admet la possibilité de **réceptions partielles** chaque fois que le marché fixe, « *pour une tranche de travaux, un ouvrage ou une partie d'ouvrage* », un délai d'exécution distinct du délai global d'exécution des travaux. Il peut ainsi y avoir prise de possession anticipée chaque fois que, sur la base des stipulations contractuelles, les ouvrages exécutés constituent un ensemble indépendant qui peut être mis en service avant l'achèvement total du marché (donc en dehors de la stricte hypothèse des marchés à tranche conditionnelle). En ce cas, il y aura autant de dates d'achèvement des travaux (et donc de points de départ du délai de garantie), mais il ne doit être établi qu'un seul décompte général définitif et la libération des garanties bancaires fournies par l'entrepreneur ne peut être décidée qu'à l'expiration du délai de garantie de l'ensemble des travaux.

Enfin, le CCAG prévoit, à côté de la réception, une procédure particulière de **mise à disposition des ouvrages** (art. 43). Il peut arriver en effet que le maître de l'ouvrage désire retirer à l'entrepreneur la disposition des ouvrages, par exemple pour procéder à une régie, ou encore pour faire exécuter des travaux étrangers à l'objet du marché (équipements spécialisés sur un ouvrage de base). Pour autant, il n'est pas possible pour lui de prendre possession des ouvrages, qui ne pourront être éprouvés et appréciés qu'après achèvement complet. La mise à la disposition des ouvrages répond à cette préoccupation contradictoire.

Mais cette procédure n'équivaut en aucun cas à une réception partielle. Elle est prononcée, soit sur la base des stipulations du contrat, soit en vertu d'une décision de la personne responsable du marché notifiée par ordre de service, la durée de la procédure devant être explicitement précisée dans les deux cas ; elle est accompagnée d'un état des lieux contradictoire. L'entrepreneur n'est plus responsable pendant cette période de la garde des ouvrages réalisés par lui ; il peut suivre les travaux étrangers à son marché et éventuellement formuler des réserves. Enfin, à l'expiration de la mise à disposition, un nouvel état des lieux contradictoire doit être dressé.

1.5.2 Périodes de garanties dans le marché public de travaux

Le prononcé de la réception et la fixation de la date d'achèvement des travaux ne libèrent pas définitivement l'entrepreneur. Conformément d'ailleurs au droit commun, ce dernier reste tenu envers le maître de l'ouvrage de garantir un ouvrage de la qualité promise et apte à l'usage initialement prévu. Les marchés de travaux publics (comme les autres catégories de marchés publics) définissent dans

ce but des **garanties**, dites **contractuelles** par opposition à la garantie dite **légale** (biennale et décennale) découlant de la responsabilité spéciale des constructeurs.

La garantie contractuelle normalement exigée de l'entrepreneur consiste en une **obligation de parfait achèvement** dont le régime est défini par l'article 44 du CCAG. Cette obligation implique seulement la mise (ou remise) en conformité des ouvrages par rapport aux stipulations contractuelles, et notamment la réalisation des épreuves ou essais qui n'avaient pu être effectués avant la réception (ainsi que tous travaux confortatifs ou modificatifs nécessaires), l'exécution de toutes les prestations de finition ou de reprise motivées par d'éventuelles réserves (art. 41 du CCAG), la mise en œuvre également de toutes les mesures nécessaires pour déceler les vices de construction ainsi que, le cas échéant, l'exécution de tous travaux nécessaires à la remise en conformité (§ 1.2 et art. 39 du CCAG). Enfin, au cours de cette même période, l'entrepreneur doit remettre au maître d'œuvre les plans des ouvrages conformes à leur exécution ainsi que les notices de fonctionnement et d'entretien.

Le délai pendant lequel s'exerce cette garantie court à compter de la date d'effet de la réception. Sa durée est, sauf stipulation contraire du CCAG, égale à un an (ou six mois pour les travaux d'entretien et de terrassement). Cette durée peut être prolongée si l'entrepreneur n'exécute pas les travaux lui incombant, et ce jusqu'à la date de réalisation complète des prestations. À l'expiration de ce délai, l'entrepreneur est délié de ses obligations contractuelles et les garanties bancaires qu'il a fournies doivent être libérées.

À côté de cette garantie de droit commun, les stipulations particulières du marché peuvent prévoir des obligations particulières pour certains ouvrages ou parties d'ouvrages. Le délai afférent à ces garanties court également à compter de la date d'effet de la réception, mais peut s'étendre au-delà du délai de garantie normal de parfait achèvement. Toutefois, l'existence de ces garanties exceptionnelles ne peut retarder la libération des sûretés au-delà de l'expiration du délai de garantie normale.

Notons enfin que la date d'effet de la réception constitue également le point de départ de la garantie découlant de la responsabilité spéciale des constructeurs (§ 3.1.3.1).

1.5.3 Cas particulier de la concession de travaux publics

L'ensemble de ces dispositions ne peut s'appliquer à l'achèvement des travaux dans le cadre d'une concession de travaux publics puisque, comme il a été dit ci-avant (§ 1.5), les ouvrages restent en possession du concessionnaire pour être exploités par lui, dans le cadre généralement d'une concession de service public. L'autorité concédante n'en exerce pas moins un droit de regard, pour la simple raison que, dans la plupart des cas, les ouvrages lui seront remis à l'expiration de la concession.

Les règles prévues à cet effet sont très variables selon les cas. On constate cependant que, dans l'ensemble, l'autorité concédante exerce un contrôle de conformité au moment de l'achèvement des ouvrages, à l'occasion de leur mise en service. À l'expiration de la concession, les ouvrages, qui constituent l'objet même de la concession, reviennent à l'autorité concédante selon le mécanisme très original des **biens de retour** ; en effet, le concédant doit les remettre obligatoirement et gratuitement à la collectivité, de telle sorte qu'ils sont censés être la propriété de cette dernière depuis le début de la concession. Les autres biens peuvent être également attribués au concédant moyennant indemnité (**biens de reprise** : il s'agit essentiellement du matériel, des approvisionnements, etc.) ou demeurer entre les mains de l'ancien concessionnaire comme **biens propres** (il s'agit en général de tous les biens immobiliers ou mobiliers, étrangers à l'objet du contrat).

2. Exécution sur le plan financier

Conformément au mécanisme contractuel de droit commun, l'entrepreneur et le concessionnaire ont droit à une **rémunération** pour l'exécution des prestations qui leur incombent.

La subordination technique dans laquelle se trouve le titulaire du contrat tout au long de l'exécution du marché explique qu'en bonne logique, la jurisprudence ait admis très tôt qu'une égalité devait être assurée entre les charges qui lui sont imposées et les avantages qui doivent lui être accordés.

La jurisprudence reconnaît ainsi le droit du contractant au rétablissement de l'équilibre financier de la convention en dehors de tout fait du maître de l'ouvrage, par exemple dans l'hypothèse d'une modification imprévisible des circonstances économiques du contrat (**imprévision**) ou encore en cas de survenance de difficultés techniques (**sujétions techniques imprévues**). Les raisons de cette solution sont les mêmes que celles qui fondent les prérogatives de la puissance publique pendant l'exécution administrative du contrat : l'intérêt général qui s'attache à la gestion du service public, de même qu'il justifie les droits exorbitants de l'administration, exige aussi la continuation de l'exécution du contrat et, pour ce faire, justifie une participation de l'administration aux charges nouvelles supportées par le contractant, de manière à rétablir l'économie financière et commerciale de la convention.

Ainsi, l'entrepreneur de travaux comme le concessionnaire se trouvent peut-être dans une situation moins « enviable » que celle de leurs homologues des marchés privés tout au long de l'exécution administrative du contrat. En revanche, sur le plan financier, ils peuvent se prévaloir d'avantages indéniables que le droit privé offre plus difficilement, car il demeure dominé par le principe de l'immuabilité des conventions [C 74].

Du point de vue de ses modalités de détail, le régime de l'exécution financière oppose le marché à la concession de travaux publics. La rémunération est en effet versée par le maître de l'ouvrage dans le premier cas, alors qu'elle l'est au moins partiellement par l'usager de l'ouvrage dans le deuxième (§ 1.2 de [C 71]). Il convient donc de traiter séparément ces deux séries de dispositions.

2.1 Rémunération de l'entrepreneur sur la base des stipulations contractuelles

Selon une formule ancienne, « le prix fixé au marché rémunère l'entreprise à laquelle est confiée la responsabilité d'exécuter une prestation répondant aux besoins exprimés par le service public ».

Les intérêts multiples qui s'attachent à une détermination satisfaisante de la rémunération (c'est là d'ailleurs un élément déterminant du jugement des offres, § 4.2.2.3 de [C 71]) expliquent la définition par les textes d'un véritable régime juridique du prix.

2.1.1 Forme du prix

Elle est précisée par l'article 16 du CMP : « les prix des prestations faisant l'objet d'un marché sont soit des prix unitaires appliqués aux quantités réellement livrées ou exécutées, soit des prix forfaitaires appliqués à tout ou partie du marché, quelles que soient les quantités. »

Le **prix forfaitaire** est celui qui « rémunère l'entrepreneur pour un ouvrage, une partie d'ouvrage ou un ensemble déterminé de prestations définies par le marché et qui, ou bien est mentionné explicite-

ment dans le marché comme étant forfaitaire, ou bien ne s'applique dans le marché qu'à un ensemble de prestations qui n'est pas de nature à être répété » (art. 10.2 du CCAG).

Le montant du prix doit être évidemment mentionné dans l'acte d'engagement. En outre, s'il est prévu des prix distincts pour les diverses parties de l'ouvrage ou pour les différents ouvrages, ils doivent être indiqués dans l'état des prix forfaitaires, complété, si le CCAP le prévoit, par une décomposition des prix forfaitaires. Ces deux documents ont valeur de pièces contractuelles (§ 5.2.2 de [C 71]).

À l'opposé se situe le **prix unitaire**, qui est « tout prix qui n'est pas forfaitaire au sens défini ci-dessus, notamment tout prix qui s'applique à une nature d'ouvrage ou à un élément d'ouvrage dont les quantités ne sont indiquées dans le marché qu'à titre prévisionnel » (art. 10.2 du CCAG).

Le montant des prix, dans un même marché, est indiqué dans le bordereau des prix unitaires qui détermine les différentes catégories de prix pour chaque nature d'ouvrage ou élément d'ouvrage, complété, si le CCAP le prévoit, par un sous-détail des prix unitaires qui met en évidence les composantes du prix (déboursés ou frais directs, frais généraux, marge bénéficiaire). Ces deux documents ont également valeur de pièces contractuelles.

Ces deux modes de rémunération sont utilisables dans tous les marchés publics. Mais le code des marchés publics (art. 18) admet, dans certains cas exceptionnels, la fixation de prix provisoires (§ 4.2 de [C 71]).

Ces diverses formules de prix ont des caractères spécifiques et ne peuvent donc être employées indifféremment. L'adoption d'un **prix forfaitaire** est considérée comme un facteur de réduction des coûts, mais laisse à la charge du titulaire le maximum d'aléas techniques et ne peut donc être généralement prévue que lorsque les prestations sont définies avec précision et ne sont pas susceptibles d'être modifiées (travaux de bâtiment par exemple, à l'exception des fondations). Le **prix unitaire** offre des caractéristiques symétriques et il est donc conseillé pour les natures d'ouvrage dont les quantités ont un caractère incertain ; pour des raisons évidentes, il est généralement assorti d'un pourcentage de réduction ou d'un coefficient d'incitation applicable aux quantités exécutées au-delà de ce qui est prévu dans le détail estimatif.

La doctrine administrative admet que ces modes de rémunération puissent jouer simultanément dans un même marché. Il est assez courant, surtout dans les opérations importantes, d'appliquer cumulativement des prix forfaitaires et unitaires à des ouvrages ou parties d'ouvrages différents ; la **forfaitisation** de tout ou partie des prix unitaires peut même être décidée lors de la **mise au point** de l'offre retenue, au moment de la dévolution du marché (§ 4.2.2.3 de [C 71]).

2.1.2 Contenu du prix

Le texte de l'article 10 du CCAG formule un certain nombre de règles de bon sens qui doivent guider les intéressés à cet égard : le niveau du prix est fonction de la nature des prestations, de l'étendue de la responsabilité de l'entrepreneur et des aléas techniques et financiers inhérents à la réalisation du marché ; une fois fixé, le prix, qui doit normalement être indiqué hors TVA, est réputé comprendre l'ensemble des dépenses afférentes à l'exécution des prestations, de même que l'ensemble des « sujétions qui sont normalement prévisibles dans les conditions de temps et de lieu où s'exécutent les travaux » ; enfin, le prix « est établi en considérant qu'aucune prestation n'est à fournir par le maître de l'ouvrage, sauf stipulation différente du CCAP » (art. 10 du CCAG).

On observera enfin que le CCAG définit des dispositions spéciales à appliquer pour la détermination du prix dans l'hypothèse de marchés passés avec des entrepreneurs groupés ou dans celle de la sous-traitance (§ 3.3 et 3.4 de [C 71]). En outre, il est prévu que le prix versé au mandataire d'un groupement conjoint ou à l'entrepre-

neur général soit réputé comprendre les frais de coordination et de contrôle ainsi que les conséquences des défaillances des autres entreprises.

2.1.3 Montant du prix

Le montant du prix à verser au titulaire est déterminé en application des différentes règles exposées précédemment.

Toutefois, l'application de ce principe général soulève un certain nombre de difficultés pratiques, en raison des modifications qui, sur la base même des stipulations contractuelles initiales, peuvent affecter le montant du prix, soit que les conditions économiques aient évolué pendant l'exécution du marché, soit que les quantités livrées aient été différentes de celles prévues, soit enfin que les paiements eux-mêmes aient été modifiés par le jeu des primes, réfections, pénalités de retard, intérêts moratoires.

Pour rendre compte de cette divergence, on distingue le **montant initial** du marché du **montant de règlement**.

2.1.3.1 Montant initial

C'est celui indiqué dans les pièces constitutives du marché. Il n'a que le caractère d'une évaluation prévisionnelle de la dépense.

Compte tenu de tous les facteurs de variation des prix, le montant initial du marché est établi à une date déterminée, appelée le **mois d'établissement du prix**. En vertu de l'article 10.45 du CCAG, « *le mois d'établissement est celui qui est précisé dans le marché ou, à défaut d'une telle précision, le mois de calendrier qui précède celui de la signature de l'acte d'engagement par l'entrepreneur* ». C'est à partir de cette date que sont calculés les montants des différentes variations ci-après étudiées.

2.1.3.2 Montant de règlement

C'est celui effectivement versé au titulaire, à la suite des corrections appliquées au montant initial pour tenir compte des facteurs mentionnés ci-avant (§ 2.1.3). Étant bien précisé qu'il ne s'agit pour le moment que d'examiner l'exécution du marché dans les conditions initiales (pour ce qui est de la modification de ces conditions, § 2.2), ces facteurs de correction sont les suivants.

■ **Réfections** : on rappellera d'abord que le montant initial du marché peut être diminué des réfections décidées par le maître de l'ouvrage dans l'hypothèse d'une réception avec réfaction (§ 1.5.1).

■ **Indemnités, intérêts moratoires, dommages-intérêts** : de même, le montant initial du marché peut être diminué des indemnités éventuellement mises à la charge de l'entrepreneur lors de la mise en œuvre, par le maître de l'ouvrage, des sanctions coercitives (§ 1.4.2).

En sens inverse, on verra (§ 2.3.5) que tout retard imputable au maître de l'ouvrage ou au maître d'œuvre dans les opérations de constatation des travaux ainsi que dans les opérations de mandatement et de paiement fait courir de plein droit les intérêts moratoires au profit de l'entrepreneur. Dans l'hypothèse d'une mauvaise volonté manifeste des donneurs d'ordre, le juge administratif peut même prononcer une condamnation au paiement de dommages et intérêts compensatoires au profit de l'entrepreneur (§ 2.3).

■ **Indemnités** : le montant initial du marché peut encore être augmenté d'**indemnités** éventuellement **mises à la charge du maître de l'ouvrage** par le juge administratif en cas de méconnaissance par ce dernier de ses obligations contractuelles (§ 1.4.1 et § 3.1).

■ **Pénalités de retard, primes d'avance** : l'article 20 du CCAG précise que « *en cas de retard dans l'exécution des travaux, (...) il est appliqué, sauf stipulation différente du CCAP, une pénalité de 1/3 000 du montant de l'ensemble du marché* ».

Dans la pratique, le recours aux pénalités est la règle : le montant et le taux des pénalités sont fixés par le maître de l'ouvrage dans le CCAP et doivent être indiqués dans le dossier de consultation des entreprises. Dans l'hypothèse où rien n'est prévu par le CCAP, il est fait application de l'article 20.1 du CCAG qui définit une pénalité journalière de 1/3 000 du montant des travaux ; ce taux moyen peut être augmenté lorsque la date de mise en service de l'ouvrage est impérative.

La pénalité est encourue du simple fait de la constatation du retard par le maître d'œuvre, **sans mise en demeure préalable**. L'article 19 du CCAG prévoyant dans des conditions assez larges la possibilité de prolongation du délai d'exécution, l'article 20.5 du CCAG dispose que « *le montant des pénalités n'est pas plafonné* ».

L'article 20.2 du CCAG prévoit également l'existence de primes d'avance, mais le recours aux primes n'est usité que dans des cas tout à fait exceptionnels (mise en service de l'ouvrage procurant des gains à l'Administration). Leur régime juridique est, toutes choses égales par ailleurs, semblable à celui des pénalités.

■ **Modifications dues aux variations des conditions économiques initiales** : le facteur de modification du prix initial le plus important est celui imputable aux variations des conditions économiques initiales du marché.

Pour de multiples raisons, l'exécution d'un marché, surtout si elle s'étend sur une longue période de temps, doit tenir compte de l'évolution des circonstances économiques. Toutefois, dans un souci de rationalisation et surtout de bonne gestion financière, le CMP et de multiples textes d'application se sont efforcés de réglementer les modalités de variation du prix dans cette hypothèse. Le décret du 23 août 2001 pris en application de l'article 17 du code des marchés publics et relatif aux règles selon lesquelles les marchés publics peuvent tenir compte des variations des conditions économiques, définit trois catégories de prix de règlement : les prix ferme, ajustable et révisable.

● **Prix ferme** : l'article 1^{er} du décret du 23 août 2001 prévoit que lorsqu'un marché de travaux est conclu à prix ferme, une **actualisation** de ce prix – dont les modalités doivent être inscrites dans le marché – doit se faire « *si un délai supérieur à trois mois s'écoule entre la date d'établissement du prix figurant dans le marché et la date d'effet de l'acte portant commencement d'exécution des travaux* » et ce, aux conditions économiques correspondant à une date antérieure de trois mois à cette date d'effet ; le prix ainsi actualisé reste ferme pendant toute la période d'exécution des travaux et constitue le prix de règlement.

● **Prix ajustable** : il est défini par le décret du 23 août 2001 comme le prix de règlement calculé à partir d'une référence figurant dans le marché et qui doit être représentative de l'évolution du prix de la prestation elle-même. Cette formule est d'application exceptionnelle dans le cadre des marchés de travaux.

● **Prix révisable** : c'est le prix de règlement calculé à partir d'une formule paramétrique, traduisant d'une façon conventionnelle et forfaitaire l'évolution du coût des éléments de production de la prestation (salaires, approvisionnements, matières premières, frais généraux, etc.). Les pouvoirs publics ont toujours manifesté quelque méfiance à l'encontre de tels mécanismes de variation auxquels ils reprochent non seulement leur caractère inflationniste, mais plus encore leur inaptitude à traduire les gains de productivité de l'entreprise.

Aussi, depuis que les formules de révision sont autorisées, l'Administration s'est ingéniée à en limiter les effets, soit par exemple en prévoyant qu'une partie du montant du marché ne serait pas révisable (*partie fixe* ou *terme fixe*), soit encore en réduisant forfaitairement l'incidence du jeu de la révision (*abattement*). La réglementation en vigueur résulte de l'article 3 du décret du 23 août 2001, ainsi rédigé : « *Un marché est conclu à prix révisable lorsqu'il prévoit que le prix de règlement est calculé par application au prix initial figurant dans le marché d'une formule représentative de l'évolution du coût de la prestation* ».

La formule de révision doit représenter conventionnellement les éléments du coût de la prestation concernée et doit inclure un terme fixe dont la valeur minimale est de 12,5 % du prix initial.

Le marché doit spécifier :

- la date d'établissement du prix initial ;
- les modalités de la révision. »

De toute façon, la jurisprudence n'admet le jeu des formules d'actualisation ou de révision des prix que si ces formules sont expressément prévues dans les pièces contractuelles. Dans la pratique, ces formules doivent donc être explicitement précisées dans l'acte d'engagement ; la jurisprudence admet également qu'elles puissent être établies postérieurement à la conclusion du marché, par exemple à l'initiative du maître de l'ouvrage et avec l'approbation de l'entreprise. Mais, faute de telles précisions, le prix est réputé non actualisable ou non révisable (art. 10.4 du CCAG).

2.2 Rémunération de l'entrepreneur en cas de modification des stipulations contractuelles

Le titulaire du marché a droit à une compensation financière pour l'exécution des prestations non prévues initialement. Cette compensation ne constitue pas seulement la contrepartie du pouvoir exorbitant de droit commun du maître de l'ouvrage, mais procède d'une manière plus générale du droit à l'équilibre financier de la convention reconnu à l'entreprise.

Les hypothèses de ce droit au rétablissement de l'équilibre financier du marché ont été progressivement définies par la jurisprudence et les textes :

- modification unilatérale par le maître de l'ouvrage des stipulations contractuelles (**fait du prince**), le CCAG ayant d'ailleurs défini les principaux cas de figure (augmentation dans la masse des travaux, modification des quantités, interruption ou ajournement des travaux, etc.) et ainsi limité les pouvoirs de l'administration ;
- survenance en cours d'exécution de difficultés techniques non envisagées au moment de la conclusion du marché (**sujétions techniques imprévues**) ;
- bouleversement des conditions économiques en vigueur au moment de la conclusion du marché (**imprévision**).

Il existe cependant des zones de recoupement entre ces diverses hypothèses. Ainsi, ce que la jurisprudence désigne du nom de **travaux supplémentaires** vise à la fois les travaux exécutés sur ordre de service écrit et les travaux indispensables à la réalisation de l'ouvrage selon les règles de l'art (§ 1.3.1) ; les travaux supplémentaires ont donc pu résulter soit d'une modification unilatérale des stipulations contractuelles par le maître de l'ouvrage, soit de sujétions techniques imprévues.

On tentera de mettre un peu de clarté dans cet ensemble en distinguant, entre ces diverses formes de compensation, ce qui est versé sous forme de **prix** de ce qui constitue une **indemnité**.

2.2.1 Prix supplémentaire et nouveau

La modification des stipulations contractuelles initiales peut se traduire par l'exécution de prestations dont la réalisation n'était pas envisagée au départ (augmentation des quantités, travaux modificatifs ou nouveaux, etc.). Rien n'empêche alors de rémunérer ces prestations par un prix, de la même manière que le prix contractuel rémunère l'exécution des prestations initialement prévues.

2.2.1.1 Prix supplémentaire

Dans une première hypothèse, ce prix peut être tout simplement un **supplément du prix prévu au marché**, par exemple dans le cas d'augmentation dans la masse des travaux lorsque l'entrepreneur est amené à exécuter des prestations analogues à celles déjà prévues mais au-delà des quantités initialement fixées. La rémunération versée est alors calculée sur la base du prix contractuel initial. Cette solution ne fait pas de difficultés dans l'hypothèse de prestations payées sur la base de prix unitaires, puisque précisément la rémunération est fonction des quantités exécutées.

La solution est plus difficile s'agissant de travaux payés sur la base de prix forfaitaires, l'existence du forfait s'opposant normalement à tout paiement supplémentaire. Pour cette raison, la jurisprudence n'admet, en ce cas, le droit à rémunération de l'entrepreneur que si, d'une part, les prestations ne pouvaient être raisonnablement prévues au moment de la conclusion du marché et si, d'autre part, les travaux ont été ordonnés par ordre de service ou se sont révélés **indispensables** à l'exécution de l'ouvrage selon les règles de l'art.

Dans la pratique, et pour l'application de cette règle, il convient d'abord de vérifier si les travaux exécutés excèdent les obligations imposées à l'entrepreneur sur la base d'une interprétation raisonnable des clauses du marché. Si tel est bien le cas, il faut ensuite que l'entrepreneur fasse la preuve soit d'un **ordre conforme aux stipulations contractuelles** (ordre de service ou même verbal si son existence est dûment démontrée), soit de la nécessité impérative d'exécuter les travaux (sur la base des pièces du dossier ou d'un rapport d'expertise devant le juge administratif ; des prestations simplement *utiles* ne peuvent donc normalement être payées).

Ces diverses règles définissent ce qu'il est convenu d'appeler la **rémunération des travaux supplémentaires**.

2.2.1.2 Prix nouveau

Il peut arriver que les prestations exécutées en sus par l'entrepreneur aient un caractère nouveau et, en ce cas, elles doivent être rémunérées sur la base d'un prix nouveau, dont le régime est défini par l'article 14 du CCAG relatif au « **règlement du prix des ouvrages ou travaux non prévus** ».

Dans son alinéa 1, cet article dispose que « *le présent article concerne les ouvrages ou travaux dont la réalisation ou la modification est décidée par ordre de service et pour lesquelles le marché ne prévoit pas de prix* ».

L'article 14 du CCAG définit en outre le régime juridique du prix nouveau. Ce peut être un prix **forfaitaire** ou **unitaire** ; il doit être établi sur les mêmes bases que celles du marché initial (notamment aux conditions économiques du mois d'établissement ; il est en outre recommandé de tenir compte, dans la mesure du possible, des éléments d'appréciation ayant permis le calcul du prix initial).

Enfin, une procédure précise est organisée pour la détermination du prix nouveau et elle ne laisse guère d'initiative à l'entrepreneur. Si un accord se fait entre le maître de l'ouvrage et le titulaire avant l'exécution des travaux non prévus, le prix nouveau est entériné contractuellement dans un avenant, un bordereau supplémentaire de prix unitaires ou dans un état supplémentaire de prix forfaitaires.

En revanche, si aucun accord n'a pu se faire, il est fixé un **prix provisoire**, solution d'attente destinée à éviter un découvert de trésorerie à l'entreprise. L'article 14 du CCAG prévoit alors qu'un ordre de service soit notifié à l'entrepreneur pour ordonner les travaux et pour déterminer le prix provisoire. L'entrepreneur est réputé d'avoir accepté ce prix s'il n'a pas formulé d'observations dans un délai d'un mois. Si un accord se fait entre les intéressés, le prix nouveau est alors entériné comme **prix définitif** ; en revanche, si le désaccord est persistant, l'affaire est tranchée conformément à la procédure de règlement des différends (§ 3).

L'ensemble de ces dispositions devrait faire perdre une partie de son intérêt au mécanisme de rémunération découlant de la théorie dite des **sujétions techniques imprévues**. Cette théorie a été mise au

point par la jurisprudence administrative pour permettre l'indemnisation de l'entrepreneur rencontrant des difficultés particulières d'exécution, d'origine technique ou physique. La jurisprudence exige pour cela que ces difficultés aient été imprévisibles au moment de la conclusion du marché, aient une origine étrangère aux parties et enfin, aient entraîné une exécution plus onéreuse des prestations ; dans le cadre du marché à prix forfaitaires, où les aléas sont présumés pris en charge par l'entrepreneur, la jurisprudence exige que l'économie du marché ait été bouleversée. Lorsque ces conditions sont remplies, l'entrepreneur a droit à une réparation complète du préjudice, sous la forme du versement d'un prix supplémentaire ou d'un prix nouveau, de l'allocation d'une indemnité ou éventuellement même de l'allongement des délais d'exécution. Toutes ces dispositions n'ont jamais cessé d'être applicables aux marchés publics de travaux mais il est évident que la mise en œuvre cohérente et précise des stipulations prévues au CCAG-Travaux, relatives aux prix supplémentaires et nouveaux, ne peut que réduire le champ d'application du mécanisme jurisprudentiel des sujétions techniques imprévues.

2.2.2 Indemnités

Le rétablissement de l'équilibre financier du marché peut également résulter du versement d'une **indemnité par le maître de l'ouvrage à l'entrepreneur**. En effet, la modification des stipulations contractuelles initiales n'entraîne pas nécessairement l'exécution de prestations nouvelles, évaluables sous la forme d'un prix. Cette modification peut également se traduire par des pertes financières ou par un manque à gagner, qui ne pourront être réparés que par voie d'indemnisation. Au demeurant, même lorsque l'entrepreneur obtient le paiement d'un prix, il arrive qu'il subisse par ailleurs un préjudice supplémentaire qui doit faire l'objet d'une indemnisation spéciale.

Les textes en vigueur entérinent à cet égard des solutions éprouvées antérieurement.

2.2.2.1 Indemnités en cas de résiliation du marché

Le CCAG reprend une pratique bien établie en prévoyant le versement d'une indemnité par le maître de l'ouvrage en cas de **résiliation du marché en dehors de toute faute ou fait de l'entrepreneur**. Il s'agit des hypothèses de résiliation du fait du prince (§ 1.3.3) et de résiliation à l'initiative de l'entrepreneur (§ 1.4.1).

En ce cas, l'entrepreneur a droit d'être indemnisé de l'ensemble du préjudice subi à cette occasion (pertes et manque à gagner). À cet effet, il doit présenter une demande écrite au maître de l'ouvrage, dans un délai de quarante-cinq jours à compter de la notification du décompte de résiliation.

2.2.2.2 Indemnité d'attente de reprise des travaux

De même, l'entrepreneur a droit à une **indemnité d'attente de reprise des travaux** dans l'hypothèse d'**ajournement des travaux** (§ 1.3.2). L'indemnité est fixée selon la même procédure que les prix nouveaux et représente le coût de la garde du chantier ainsi que, le cas échéant, le montant du préjudice subi à cette occasion.

2.2.2.3 Indemnité en cas d'accroissement imprévisible des charges économiques

Il s'agit ici de la théorie de l'**imprévision**, actuellement traitée par une circulaire du 20 novembre 1974. La jurisprudence du Conseil d'État l'avait formulée pour la première fois au profit du concessionnaire de service public. La solution a par la suite été appliquée par le juge administratif aux marchés publics de travaux de longue durée. Depuis lors, et afin d'assurer une certaine harmonisation de l'attitude des divers clients publics, la doctrine administrative s'est fixée pour préciser les modalités pratiques d'octroi de l'indemnité. Dans son dernier état, et mises à part des mesures exceptionnelles de

caractère plus ou moins conjoncturel (par exemple à l'occasion des fortes augmentations de certains produits pétroliers), le régime de l'imprévision résulte de la circulaire du 20 novembre 1974.

L'imprévision constitue une manifestation caractéristique du droit à l'équilibre financier, puisqu'elle prescrit le versement d'une indemnité par le maître de l'ouvrage à l'entrepreneur en cas de bouleversement imprévisible de l'économie du marché. Il y a bien là une compensation à l'obligation impérative d'exécution du marché, compensation prévue évidemment dans l'intérêt du titulaire du contrat, mais profitant aussi à l'administration puisque la prestation est, en définitive, réalisée.

L'imprévision a pour objet de pallier les conséquences d'un aléa imprévisible de nature économique, rendant plus onéreuse la réalisation des prestations. Par là, le mécanisme se distingue aussi bien de la force majeure (qui interrompt l'exécution) que des autres cas de compensation (prévus pour des aléas d'une nature différente, administrative ou technique).

Sur cette base, les conditions d'application du mécanisme sont au nombre de trois : il faut que l'aléa économique n'ait pu être raisonnablement prévu au moment de la conclusion du marché, ait été indépendant de la volonté des parties et ait occasionné des **charges extracontractuelles** entraînant le bouleversement de l'économie du contrat.

La circulaire du 20 novembre 1974 définit les divers **éléments de surcharge** (approvisionnements, salaires, charges fiscales, etc.) ainsi qu'un **seuil de bouleversement** (déficit, mesuré par exemple dans le compte d'exploitation du chantier, et représentant au moins le **quinzième** du montant initial du marché).

Si ces conditions sont remplies, le titulaire peut obtenir une indemnité. Mais cette indemnité ne constitue qu'une **simple participation** de l'Administration **aux charges extracontractuelles** ; elle ne compense pas le manque à gagner, ni même la totalité des pertes (la circulaire déjà citée préconise de laisser une part d'environ 10 % à la charge de l'entrepreneur). L'indemnité est en principe versée après l'exécution du marché, puisque c'est à ce moment-là seulement qu'on peut connaître les résultats financiers définitifs ; l'octroi de l'indemnité doit donner lieu normalement à la conclusion d'un avenant, à la fois pour permettre l'exercice du contrôle financier de la collectivité publique et pour obtenir du titulaire une renonciation à un recours ultérieur.

La mise au point des formules de variation des prix (§ 2.1.3.2) avait fait douter un moment de l'utilité du maintien du mécanisme de l'imprévision. Cependant, le Conseil d'État a admis que l'insertion d'une clause de variation ne fait pas obstacle, par principe, à l'allocation d'une indemnité d'imprévision, sous la condition toutefois que le titulaire démontre que la clause n'a pas fonctionné dans des conditions normales ou n'a pas rempli son rôle. La circulaire du 20 novembre 1974 reprend cette solution.

2.2.2.4 Indemnisation en cas de modification des conditions initiales d'exécution des travaux

Le CCAG confirme le droit à indemnité en cas de modification des conditions initiales d'exécution des travaux (sur le régime administratif de ces modifications, cf. § 1.3.1), mais en définit d'une manière plus précise les **conditions d'octroi**, d'une part en prévoyant un **seuil** en deçà duquel aucune compensation n'est accordée, et d'autre part en tenant compte de la **forme du prix du marché** ainsi que de l'**objet de la modification**.

Ainsi, s'agissant de l'**augmentation de la masse des travaux** (article 15 du CCAG), l'entrepreneur n'a droit à une indemnité que si cette augmentation est supérieure à :

- un vingtième de la masse initiale pour un marché à prix forfaitaires ;
- un quart pour un marché sur prix unitaires ;
- la moitié pour un marché sur dépenses contrôlées.

Des seuils jouant un même rôle ont été définis pour l'hypothèse de la **diminution de la masse des travaux** (art. 16 du CCAG), ainsi que pour le cas de **changement** en cours d'exécution **des diverses natures d'ouvrages** (art. 17).

De la même manière que cela a été spécifié à propos des prix supplémentaires et nouveaux (§ 2.2.1), l'application de ces dispositions devrait réduire le champ d'application de la théorie des sujétions techniques imprévues.

2.2.2.5 Indemnisation en cas de force majeure

À côté de ces règles classiques, le CCAG formule des dispositions nouvelles en ouvrant la possibilité d'indemnisation de l'entrepreneur en cas de force majeure.

Traditionnellement en effet, la force majeure – qui se définit comme l'élément imprévisible, irrésistible et rendant impossible l'exécution du contrat – ne donne lieu à l'octroi d'aucune compensation au profit du titulaire. L'article 18.3 du CCAG apporte à cet égard une innovation importante, puisqu'il met en œuvre un véritable droit à indemnité de l'entrepreneur en cas de pertes, avaries ou dommages dus non seulement à la force majeure, mais également à tout « phénomène naturel qui n'était pas normalement prévisible », ceci sous la seule réserve que l'entrepreneur ait pris toutes mesures pour pallier les conséquences des phénomènes naturels et qu'il ait immédiatement signalé les faits par écrit au maître de l'ouvrage.

2.2.3 Mécanisme de contrôle financier

On rappellera enfin que, en tout état de cause, le CCAG met en place un mécanisme de contrôle financier, destiné à éviter les dépassements de crédits irréguliers. À cet effet, l'article 15.5 du CCAG prescrit au maître d'œuvre d'adresser à l'entrepreneur dans un délai de quinze jours à compter de tout ordre de service entraînant une modification de la masse des travaux, une estimation prévisionnelle du coût de cette modification. Cette estimation doit ventiler les dépenses découlant des changements décidés par le maître de l'ouvrage, de celles non imputables à son fait (insuffisance des quantités prévues, sujétions techniques, etc.).

Par ailleurs, l'entrepreneur est tenu d'aviser le maître d'œuvre au moins un mois à l'avance de la date probable à laquelle la masse des travaux atteindra le montant initial du marché (art. 15.4 du CCAG). Ce dernier doit, de son côté, aviser en temps utile la personne responsable du marché.

Enfin, lorsque la masse des travaux atteint le montant initial, l'entrepreneur est tenu d'arrêter l'exécution du marché, faute de quoi les travaux exécutés au-delà ne seront pas payés. Toutefois, la personne responsable du marché peut lui intimer l'ordre de poursuivre, en précisant en même temps le montant limite du dépassement ainsi autorisé (art. 15.4 du CCAG).

Ce mécanisme original répond probablement aux critiques qui avaient été émises par les services de la comptabilité publique et par la Cour des comptes, à la suite de dépassements excessifs de crédits observés lors de certaines opérations d'investissement. Le contrôle ainsi mis en place par le CCAG constitue certes un progrès, mais ne garantit pas à lui seul une gestion budgétaire correcte, qui dépend au moins autant de facteurs non financiers, et tout spécialement en l'espèce d'une définition satisfaisante du programme des travaux.

2.3 Règlement des comptes

Le versement à l'entrepreneur de la rémunération telle qu'elle a été déterminée précédemment obéit à des règles très strictes ; la réglementation des marchés publics est ici profondément influen-

cée par les règles de la comptabilité publique dont l'objet est de garantir une bonne gestion financière des ressources publiques et dont le caractère particulièrement rigoureux est légendaire.

Le versement de sa rémunération au titulaire du marché s'analyse, en termes financiers, en une **dépense publique**. Or, l'exécution d'une dépense publique constitue une opération complexe, qui se décompose en quatre phases : constatation du fait générateur de la dépense, liquidation de la créance, ordonnancement (ou mandatement – l'expression est utilisée chaque fois qu'un ministre n'est pas en cause) et paiement. Ces quatre opérations sont confiées pour leur réalisation à des agents publics différents : les trois premières sont exécutées par les autorités administratives habituelles, appelées dans la terminologie de la comptabilité publique les **ordonnateurs** ; la dernière est exécutée par les agents spécialisés des administrations financières, qualifiés de **comptables**.

Cette distinction résulte du **principe de la séparation des ordonnateurs et des comptables**. Ainsi, toutes les conditions sont réunies pour qu'un contrôle puisse être exercé, avant tout règlement, par le comptable sur l'ordonnateur, ce qui est le but final du mécanisme.

Ces règles sont appliquées par le code des marchés publics et les textes de la comptabilité publique aux règlements des sommes dues par l'Administration à ses contractants, et spécialement au versement de la rémunération due par le maître de l'ouvrage à l'entrepreneur.

Ainsi s'explique le caractère minutieux de la procédure des règlements des comptes dans le marché public de travaux, dont on ne peut exposer ici que les dispositions essentielles.

2.3.1 Détermination des quantités

Les règles relatives à la détermination des quantités ont pour but de permettre le **paiement des acomptes** en cours de réalisation et l'établissement du **décompte** au terme de l'exécution du marché.

Un autre principe fondamental de la comptabilité publique est en effet la règle dite du **service fait**, aux termes de laquelle quand une dette de l'État, des collectivités publiques et des établissements publics trouve son origine dans une prestation quelconque, la règle du service fait impose l'exécution complète de la prestation avant le paiement de la dépense correspondante. L'antériorité du service fait permet à l'administration de s'assurer de la réalité de la dette. En matière de dépense de matériels, le service fait ne peut être considéré comme accompli qu'après réception définitive des travaux ou de la livraison, aucun paiement ne pouvant intervenir avant cette formalité.

À cet effet, l'article 12 du CCAG prévoit une **procédure de constatation contradictoire**, par le maître d'œuvre et l'entrepreneur, des quantités d'approvisionnements réalisés ou des travaux effectués en cours d'exécution.

L'utilisation de cette procédure est obligatoire pour permettre l'établissement en fin de travaux du décompte général définitif (§ 2.3.4) et elle doit porter sur tous les éléments nécessaires au calcul des quantités. L'entrepreneur doit la demander lui-même, s'agissant de prestations qui ne pourraient faire l'objet de constatations postérieures (ouvrages cachés ou inaccessibles), ou encore qui pourraient être ultérieurement contestées.

En revanche, le recours à cette procédure n'est pas nécessaire pour permettre le paiement des acomptes (§ 2.3.3) en cours de travaux. Dans un but de simplification, le CCAG (art. 13.13) admet en effet, en ce cas, que le **décompte mensuel** (§ 2.3.2) puisse être établi sur de **simples appréciations** (puisque la détermination précise des quantités sera de toute façon effectuée en fin de travaux). C'est pourquoi le CCAG précise clairement que les éléments figurant dans le décompte mensuel n'ont pas un caractère définitif et ne lient pas les parties (art. 13.18).

2.3.2 Décomptes

Le décompte est le document comptable établissant, à partir d'éléments de détails, la somme à laquelle l'entrepreneur peut prétendre à raison de l'exécution des prestations. La mise au point du décompte permet donc la liquidation de la créance du titulaire.

■ **Décompte mensuel** : l'article 13 du CCAG prévoit d'abord l'établissement d'un décompte mensuel. Avant la fin de chaque mois, l'entrepreneur dresse un projet de décompte mensuel déterminant le montant des prestations exécutées depuis le début.

Le CCAG (art. 13.12 à 13.17) détermine, d'une manière très détaillée, le contenu du décompte. En outre, des dispositions particulières sont prévues, soit en cas de marché passé avec des entrepreneurs groupés, soit en cas de sous-traitants bénéficiant d'un paiement direct (§ 3.3 et 3.4 de [C 71]).

Le projet de décompte mensuel, qui comprend le relevé des travaux exécutés sur la base des constatations ou des appréciations faites, est transmis au maître d'œuvre. Adopté ou rectifié par lui, il devient le décompte mensuel.

■ **Décompte final** : l'article 13.3 du CCAG prévoit d'autre part l'établissement d'un décompte final. Après l'achèvement des travaux, l'entrepreneur dresse un projet de décompte final établissant le montant total des prestations réellement exécutées.

Le projet de décompte final, mis au point dans des conditions assez semblables à celles définies pour le projet de décompte mensuel, est adressé au maître d'œuvre dans un délai de quarante-cinq jours à compter de la date de notification de la décision de réception des travaux (§ 1.5.1). Ce délai est réduit à quinze jours pour les marchés dont le délai d'exécution n'excède pas trois mois. Les indications qu'il contient procèdent d'une détermination contradictoire des quantités et lient par conséquent l'entrepreneur.

Le projet de décompte final, accepté ou modifié par le maître d'œuvre ou par la personne responsable du marché, devient le décompte final.

2.3.3 Versement

Le versement proprement dit des sommes dues à l'entrepreneur correspond à la phase d'ordonnancement (ou de mandatement) et de paiement de la créance.

Le versement est susceptible de revêtir plusieurs modalités, aux termes de l'article 86 du CMP qui précise en effet que « *les marchés donnent lieu à des versements soit à titre d'avances ou d'acomptes, soit à titre de règlement partiel définitif ou de solde, dans les conditions fixées par la présente section* ».

Ces dispositions appellent quelques explications. En effet, à appliquer strictement la règle du service fait, il ne saurait y avoir qu'un seul paiement global au terme de la réalisation des prestations. Mais les difficultés pratiques évidentes auxquelles conduirait cette interprétation ont amené les pouvoirs publics à autoriser le versement d'acomptes ou d'avances, notamment au profit des entrepreneurs de travaux, et ce depuis un décret du 29 décembre 1962 modifié portant règlement général de la comptabilité publique.

Le versement de la rémunération au contractant de l'administration peut donc être échelonné tout au long de l'exécution du marché, selon les modalités suivantes.

■ **Acomptes** : ils représentent le montant des sommes à payer au contractant pour les prestations réalisées au fur et à mesure de l'exécution du marché.

Le CMP (art. 89 et suivants) définit le régime général des acomptes, qui constituent donc des paiements en cours d'exécution correspondant à des prestations effectivement réalisées. Le CCAG a défini, en outre, un certain nombre de règles particulières, donc applicables uniquement aux marchés publics de travaux.

L'article 13.2 du CCAG prévoit d'abord le versement d'**acomptes mensuels**. Le projet est établi par le maître d'œuvre sur la base des indications figurant au décompte mensuel correspondant. Le montant de l'acompte est égal à la différence entre la somme figurant dans ce décompte et celle du mois précédent, augmentée du montant de la variation des prix et du montant de la TVA. Parallèlement à ce qui est prévu pour les décomptes, les indications figurant dans les acomptes ne lient pas les parties, sauf en ce qui concerne la variation des prix. Ici encore, des dispositions spéciales sont prévues en faveur des entrepreneurs groupés ou des sous-traitants bénéficiant d'un paiement direct.

Le projet d'acompte est notifié à l'entrepreneur et adressé au maître de l'ouvrage. Ce dernier doit alors procéder à l'ordonnancement ou au mandatement de la somme dans un délai maximal de quarante-cinq jours à compter de la date d'envoi du projet de décompte mensuel correspondant. Le CCAP peut toutefois prévoir un délai de mandatement plus court. La date du mandatement doit être portée à la connaissance de l'entrepreneur pour lui permettre de vérifier s'il a bien perçu le montant des intérêts moratoires éventuels (§ 2.3.5).

Le paiement est effectué par le comptable, qui exerce à cette occasion tous les contrôles nécessaires. Le CCAG prévoit que le mandatement suivi d'une suspension de paiement est équivalent au défaut de mandatement, pour ce qui est du calcul des intérêts moratoires. C'est pourquoi il est fait obligation au maître d'œuvre d'informer l'entrepreneur si le comptable suspend le paiement en application des règles de la comptabilité publique (§ 2.3.5).

■ **Solde** : il représente le montant des sommes restant à payer à l'entrepreneur au terme de la réalisation des prestations, compte tenu des acomptes antérieurement versés.

Le solde est établi dans des conditions semblables à celles qui ont été exposées précédemment. Le mandatement doit intervenir dans un délai déterminé à compter de la notification du décompte général, qui est de quarante-cinq jours au maximum pour les marchés d'une durée d'exécution inférieure ou égale à six mois, et de deux mois au maximum pour les autres marchés (art. 13.43 du CCAG). Comme en ce qui concerne les acomptes, le CCAP peut prévoir un délai de mandatement plus court.

■ **Avances** : elles constituent une dérogation encore plus caractérisée à la règle du service fait, puisqu'elles représentent des paiements en cours d'exécution avant toute réalisation des prestations (à la différence des acomptes qui correspondent à des travaux réellement exécutés).

Comme en ce qui concerne les acomptes, le régime des avances est défini par le CMP (art. 87 et suivants), et complété par des dispositions particulières issues du CCAG et donc applicables aux seuls marchés publics de travaux (art. 11.5).

Ces règles prévoient d'abord une **avance forfaitaire**, dont le versement est de droit pour les marchés d'un montant supérieur à 50 000 € HT ; le titulaire peut toutefois la refuser. L'avance est ordonnancée ou mandatée sans formalité, dans un délai d'un mois à compter de la notification du marché, sous réserve que le titulaire ait constitué les garanties financières prévues au marché. Cette facilité de trésorerie est néanmoins considérée par la Commission centrale des marchés comme ayant pour effet d'influencer en baisse sur le niveau des prix proposés. En contrepartie, « *Les collectivités territoriales peuvent demander la constitution d'une garantie à première demande ou, si les deux parties en sont d'accord, d'une caution personnelle et solidaire pour tout ou partie du remboursement d'une avance forfaitaire. Dans ce cas, l'avance ne peut être mandatée qu'après constitution de la garantie ou de la caution.* » (art. 105 du CMP).

Le montant de l'avance est égal à 5 % du montant initial du marché ou à 5 % « *d'une somme égale à douze fois le montant initial du marché ou de la tranche divisé par la durée du marché ou de la tranche exprimée en mois* » si le marché comporte une durée d'exécution supérieure à un an. Enfin, « *le montant de l'avance forfaitaire ne peut être affecté par la mise en œuvre d'une clause de variation de prix* » (art. 87 du CMP).

Par ailleurs, une **avance facultative**, ne pouvant excéder 30 % du montant du marché, peut être accordée au titulaire : elle se substitue alors à l'avance forfaitaire (art. 88 du CMP). Moyennant constitution d'une garantie de remboursement à première demande, **elle peut être portée à un maximum de 60 % du marché** (art. 88 et 104 du CMP).

L'octroi des avances est l'une des raisons qui expliquent que des garanties financières puissent être exigées du titulaire du marché (§ 2.3.6). C'est là, en effet, le seul moyen pour le maître de l'ouvrage de sauvegarder ses intérêts puisque, par hypothèse, aucune prestation n'a encore été réalisée au moment du versement des avances.

2.3.4 Décompte général et définitif

Le décompte général et définitif est le document établissant de manière définitive l'ensemble des comptes entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur.

Le projet de décompte est dressé par le maître d'œuvre à partir du décompte final, du solde et de la récapitulation des acomptes mensuels. Ici encore, des dispositions spéciales sont prévues en faveur des entrepreneurs groupés ou des sous-traitants bénéficiant d'un paiement direct.

Ce projet, signé par la personne responsable du marché, devient le décompte général et doit être notifié par ordre de service à l'entrepreneur dans un délai maximal de quarante-cinq jours à compter de la date d'envoi du projet de décompte final. Ce délai est ramené à un mois pour les marchés dont la durée d'exécution est inférieure à trois mois (art. 13.42 du CCAG). C'est enfin dans le même délai que le solde doit normalement être mandaté (§ 2.3.3).

L'entrepreneur dispose à son tour d'un délai de quarante-cinq jours à compter de cette notification, pour faire connaître sa position. S'il signe sans réserve, ou si ayant fait des réserves, il ne produit pas un mémoire de réclamation dans le délai de quarante-cinq jours, le décompte est accepté et devient le décompte général et définitif (art. 13.44 du CCAG).

Les parties sont alors considérées comme définitivement liées : c'est le principe de l'**intangibilité** du décompte général et définitif.

En revanche, si l'entrepreneur refuse de signer le décompte général ou s'il formule des réserves, il doit adresser un mémoire de réclamation au maître d'œuvre, avec toutes les justifications nécessaires, dans le délai de quarante-cinq jours. Le litige est alors réglé en application de la procédure de règlement des différends (§ 3).

2.3.5 Délais de règlement et intérêts moratoires

■ **Délais de règlements** : il résulte de tout ceci que les délais de règlement de la rémunération sont relativement importants, plus en tout cas que dans le cadre des marchés privés.

De surcroît, la situation *a priori* plus défavorable réservée au titulaire d'un marché public de travaux, est aggravée par deux facteurs relevés depuis longtemps. Le premier facteur est le **laxisme** de certaines autorités administratives, qui, faute d'avoir prévu les crédits suffisants ou même par simple négligence, se trouvent dans l'incapacité de respecter les délais contractuels de règlement. Le deuxième facteur d'aggravation tient aux conséquences des **retards**

de paiement. Il est vrai que, en contrepartie, le titulaire a la certitude d'être finalement toujours payé, ce qui n'est pas le cas dans les marchés privés.

Quoi qu'il en soit, les pouvoirs publics se sont préoccupés de mettre un terme à ces pratiques défectueuses et d'ailleurs génératrices de charges financières supplémentaires, aussi bien pour les entrepreneurs que pour les maîtres d'ouvrage. Le texte du CCAG n'est à cet égard plus en harmonie avec les nouvelles dispositions législatives et réglementaires relatives au délai maximum de paiement dans les marchés publics. Le code des marchés publics prévoit en effet (art. 96) : « *le délai global de paiement d'un marché public ne peut excéder 45 jours. Toutefois, pour les établissements publics de santé et les établissements du service de santé des armées, cette limite est de 50 jours. Le dépassement du délai de paiement ouvre de plein droit et sans autre formalité, pour le titulaire du marché ou le sous-traitant, le bénéfice d'intérêts moratoires, à compter du jour suivant l'expiration du délai.* »

Un décret du 21 février 2002 relatif à la mise en œuvre du délai maximum de paiement dans les marchés publics a précisé les modalités de calcul de ce délai de **paiement** (qui n'est plus un délai de **mandatement**). Cette détermination rigoureuse des différentes formalités à accomplir devrait permettre de limiter la liberté d'action des autorités administratives.

Il faut enfin rappeler que, en application des dispositions du CCAG, le désaccord sur le montant d'un acompte ou du solde ne constitue pas une cause régulière de refus de paiement. La personne responsable du marché doit en effet, de toute façon, mandater les sommes qu'elle estime être dues à l'entrepreneur, quitte à mandater ultérieurement la différence (dans ce cas augmentée alors des intérêts moratoires).

■ **Intérêts moratoires** : en cas de non-respect de ces règles et du délai contractuel, l'entrepreneur a droit à des intérêts moratoires. Le taux de ces intérêts, longtemps calculé à partir du taux d'intérêt des obligations cautionnées, est aujourd'hui celui du **taux d'intérêt légal** (fixé chaque année en février par décret) **majoré de deux points**. Ces intérêts courent de plein droit, sur le montant des sommes payées avec retard, et doivent donc être réglés en même temps que le principal de la créance. Obligation est d'ailleurs faite au comptable de rappeler cette exigence à la personne responsable du marché, et il est même prévu que l'ordonnateur qui ne respecte pas cette règle ne puisse prendre aucun nouvel engagement. Le taux des intérêts moratoires peut être majoré (2 % en cas de retard de mandatement des intérêts eux-mêmes, 50 % en cas de non-versement de trois acomptes successifs, en vertu des dispositions de l'article 48.3 du CCAG, etc.).

Nota : on trouvera les textes officiels qui ont successivement régi la matière depuis 1991 dans [Doc. C 73].

2.3.6 Garanties financières exigées des titulaires des marchés

Au total, le règlement de la rémunération s'effectue donc dans des conditions pratiques sensiblement différentes de celles envisagées sur la base du principe du service fait. Le paiement global après travaux est en effet remplacé par un **échelonnement des versements** tout au long de l'exécution du marché.

Cela justifie les garanties financières exigées des titulaires des marchés publics, et notamment des entrepreneurs (art. 99 et suivants du CMP). Le maître d'ouvrage doit en effet, si nécessaire, pouvoir être remboursé des sommes qu'il a payées, soit pendant la réalisation des travaux, soit antérieurement (avances). Il doit également pouvoir s'assurer de la finition complète et correcte des travaux.

Les marchés de travaux comportant toujours un délai de garantie (dit de parfait achèvement, § 1.5.2), une retenue de garantie de 5 % du montant du marché (possibilité prévue par l'article 99 du CMP) est généralement pratiquée ; elle peut toutefois être remplacée par

une **garantie à première demande** ou, « *si les deux parties en sont d'accord* », par une **caution personnelle et solidaire** (art. 100 du CMP). L'introduction de la garantie à première demande dans le code des marchés publics constitue une innovation importante depuis 1992 (entrée en vigueur : 18 décembre 1993). La garantie à première demande se caractérise en effet par son automaticité. Le garant doit payer même lorsque la créance n'est pas liquide et exigible, sauf à contester ultérieurement le bien-fondé de sa mobilisation.

Nota : on trouvera les modèles en vigueur, institués par l'arrêté du 3 janvier 2005 fixant les modèles de garanties à première demande et les cautions dans [Doc. C 73].

À côté de ces dispositions générales, le CMP définit des **garanties spéciales** (par exemple pour le remboursement des avances facultatives, ou de l'avance forfaitaire dans les marchés des collectivités territoriales, § 2.3.3).

2.4 Aide au financement

Même adouci par les aménagements apportés à la règle du service fait, le régime de la rémunération, tel qu'il a été rappelé ci-avant, n'en entraîne pas moins des contraintes particulières pour les contractants de l'Administration. Il leur est notamment plus difficile de bénéficier des facilités de financement apportées par le secteur bancaire à leurs homologues des marchés privés.

C'est pourquoi les pouvoirs publics ont mis en place des mécanismes spéciaux destinés à ouvrir des facilités de crédit aux entrepreneurs et aux fournisseurs des collectivités publiques. La responsabilité essentielle en la matière incombe au Crédit d'équipement des petites et moyennes entreprises (CEPME), dont les interventions, qui sont réglementées par le CMP, ne sont pas propres aux marchés publics de travaux. On se bornera à en exposer les aspects principaux.

2.4.1 Cession ou nantissement des créances résultant des marchés

La cession de créances et le nantissement des marchés constituent la première forme d'aide accordée aux contractants de l'Administration. D'une manière générale, le nantissement d'un marché permet à son titulaire d'obtenir des **prêts** ou **avances** d'un banquier au fur et à mesure de l'exécution du marché, le banquier étant remboursé grâce au paiement du prix entre ses mains, et à titre privilégié, par le maître de l'ouvrage.

Le CMP (art. 106 à 108) définit de manière minutieuse les dispositions destinées à permettre aux entreprises qui ont un besoin de trésorerie passager ou plus important, d'obtenir facilement un crédit, l'établissement financier ou la banque cessionnaire de la créance ou du marché disposant d'une garantie par l'encaissement de la créance qui lui a été cédée par le titulaire.

La cession et le nantissement des **contrats de sous-traitance** bénéficiant du paiement direct sont soumis au même régime. En outre, et reprenant en cela les règles formulées par la loi du 31 décembre 1975, le CMP prévoit diverses mesures destinées à garantir au sous-traitant que sa part de marché est libre de tout autre nantissement (effectué notamment par l'entrepreneur principal). Ainsi l'entrepreneur principal doit déclarer lors de la soumission la nature et les prestations qu'il envisage de sous-traiter, et en conséquence limiter la cession ou le nantissement de son marché à la part qu'il exécute personnellement (art. 114 du CMP, reprenant les termes des articles 5 et 9 de la loi).

De même, le maître d'ouvrage qui agréé un sous-traitant en cours d'exécution du marché doit s'assurer au préalable que l'entrepreneur principal n'a pas nanti le marché dans sa totalité ou a effectué une réduction du nantissement.

2.4.2 Intervention du CEPME

Une deuxième série de dispositions autorise le Crédit d'équipement des petites et moyennes entreprises (CEPME) à intervenir en vue de faciliter l'obtention de crédits bancaires par les contractants de l'Administration (art. 111 du CMP). Il en va notamment ainsi pour l'octroi des crédits de préfinancement des marchés (destinés à financer les dépenses initiales avant l'approvisionnement ou le démarrage des travaux) ou pour l'octroi des crédits de mobilisation des marchés (permettant d'obtenir sans délai les sommes dues par le maître de l'ouvrage au fur et à mesure de l'exécution des travaux).

Ces diverses facilités de financement sont accordées aussi bien pour la réalisation des marchés passés par l'État que pour ceux passés par les collectivités territoriales et leurs établissements publics ; les sous-traitants bénéficiant d'un paiement direct y ont également accès.

2.5 Rémunération du concessionnaire de travaux publics

La rémunération versée au titulaire d'une concession de travaux publics obéit à un régime profondément différent de celui qui vient d'être décrit. C'est en effet un élément caractéristique de ce type de convention que le versement d'une rémunération au contractant de l'Administration par l'usager de l'ouvrage public (§ 1.2 de [C 71] et § 2).

Il est certes exact que cette source de financement n'est pas exclusive, car le concédant octroie fréquemment au concessionnaire une aide financière. Il n'en reste pas moins que la différence est certaine avec le prix versé à l'entrepreneur dans le marché public de travaux.

La rémunération versée au concessionnaire obéit à des dispositions très diverses. Compte tenu de la grande variété de ce type de convention, l'effort d'uniformisation de la part des pouvoirs publics a été moins poussé que pour les marchés. On se bornera donc à exposer ici les règles générales applicables en la matière.

2.5.1 Rémunération sur la base des stipulations contractuelles

Conformément au mécanisme contractuel de droit commun, la rémunération du concessionnaire est fixée par les stipulations du contrat de concession.

■ La convention fixe d'abord le régime des **redevances versées par l'usager**.

En général, ces redevances sont établies sur la base d'un **tarif** dont les modalités sont définies par le cahier des charges. Il arrive que le tarif puisse être fixé à l'initiative du concessionnaire, mais le concédant a généralement la possibilité d'exercer un contrôle.

Le tarif doit être fixé à un niveau suffisamment élevé pour assurer une exploitation équilibrée. Dans la plupart des cas, le tarif se présente sous la forme d'un tarif maximal, de manière à laisser une certaine marge de liberté au concessionnaire. Enfin, le tarif doit être établi dans le respect du principe d'égalité des administrés se trouvant dans la même situation.

Comme elle est généralement conclue pour une longue période de temps, la convention de concession précise également les **modalités de la modification des tarifs**. Le plus souvent, la révision ne peut être décidée que par un commun accord entre les parties, sauf lorsque le concessionnaire dispose de l'initiative de la fixation. Les difficultés soulevées par l'application de ces stipulations ont conduit les conventions les plus récentes à définir des clauses de révision,

appelées clauses d'indexation, et qui entraînent une modification automatique du montant du tarif en fonction de l'évolution des paramètres de référence.

En dépit de leur origine contractuelle, les clauses relatives au tarif sont considérées comme ayant un caractère réglementaire au regard de l'usager, car elles concernent l'organisation du service public (§ 5.3 de [C 71]).

Sur la base du tarif, le concessionnaire détermine le montant de la redevance à payer par l'usager. S'agissant des concessions de travaux publics, cette redevance est habituellement qualifiée de péage. Après avoir hésité, la jurisprudence estime que ce péage a les caractères d'une rémunération pour service rendu (assimilable au prix de vente d'une prestation) et revêt donc une nature contractuelle.

■ Le contrat de concession détermine également le régime des **aides financières (concours publics) accordées par le concédant** ; ces concours publics peuvent être financés par l'État et les collectivités territoriales concernées. L'assistance ainsi apportée au concessionnaire, qui se justifie en général par l'insuffisance de rentabilité de la concession à son début, revêt les formes les plus diverses : subventions en nature (apport de terrains ou d'ouvrages) ou en espèces (suivant échéancier), prêts, bonifications d'intérêt, garantie du service des emprunts émis par le concessionnaire (amortissement et intérêt), quelquefois même garantie de dividende pour les actions de la société concessionnaire, etc.

Il est certain que l'octroi de ces multiples aides financières a transformé le régime de la concession. La traditionnelle **exploitation aux risques et périls** du concessionnaire a ainsi laissé la place à un mécanisme établissant une certaine solidarité financière entre les parties. Dans ses derniers rapports annuels, et notamment à l'occasion de l'examen de la gestion financière des sociétés d'autoroute, la Cour des comptes n'a pas manqué de relever à plusieurs reprises les inconvénients que cette évolution comportait pour les finances publiques.

Compte tenu de ces différentes règles, les investissements réalisés par le concessionnaire doivent en principe être totalement amortis à l'**expiration normale de la concession**. C'est pourquoi les ouvrages de la concession font alors retour gratuitement au concédant à cette date (**biens de retour**). Les biens non indispensables au fonctionnement de l'ouvrage (**biens de reprise**) ainsi que les biens propres du concessionnaire demeurent la propriété de ce dernier ; ils ne peuvent donc être acquis par le concédant que moyennant paiement (§ 1.5.3). À la fin de la concession, les parties doivent procéder à la liquidation des comptes, sur la base des investissements réalisés par le concessionnaire et de l'ensemble des recettes qu'il a perçues, ainsi que des différentes aides financières versées par le concédant.

2.5.2 Rémunération en cas de modification des stipulations contractuelles

La rémunération versée au concessionnaire est également destinée à l'indemniser pour toutes les prestations exécutées en dehors des stipulations contractuelles. Comme l'entrepreneur dans le marché public de travaux, le concessionnaire a droit en effet au rétablissement de l'équilibre financier du contrat, soit en cas de modification unilatérale des stipulations contractuelles par le concédant, soit dans l'hypothèse de la survenance de circonstances imprévisibles (économiques ou techniques) rendant plus onéreuse l'exécution de la convention, soit enfin en cas de résiliation anticipée par le concédant en dehors de toute faute du titulaire. C'est d'ailleurs à propos de la concession de travaux publics que la jurisprudence a été amenée à définir pour la première fois les modalités d'indemnisation du contractant de l'administration en pareille circonstance (§ 2).

Cette jurisprudence est encore applicable dans l'hypothèse de la concession de travaux publics car, pour les raisons déjà indiquées précédemment, aucune réglementation écrite de caractère général

n'est intervenue depuis lors. On se bornera donc à renvoyer aux explications déjà fournies plus haut (§ 2), ainsi qu'à celles concernant le fait du prince et l'imprévision (§ 2.2). On ajoutera seulement que, dans l'hypothèse d'une résiliation anticipée de la concession, le concédant est tenu de procéder au rachat de la concession et de verser au concessionnaire une **indemnité de reprise** (calculée essentiellement sur le montant des amortissements non encore effectués).

3. Contentieux et responsabilités

Les litiges relatifs à la réalisation de travaux publics relèvent de la compétence des juridictions de l'ordre administratif : tribunaux administratifs, cours administratives d'appel et Conseil d'État. Certes, il peut arriver que les litiges relatifs aux marchés et concessions de travaux publics soulèvent des questions de droit privé (infractions pénales commises par l'entrepreneur ou le concessionnaire, conflits du travail, contentieux des garanties financières exigées des titulaires, etc.). En ce cas, la juridiction compétente sera très normalement le juge judiciaire habilité à connaître ces affaires (sur ces contentieux, se reporter au dossier *Marchés de travaux privés* [C 74]). Mais ces éventualités restent exceptionnelles et la compétence du juge administratif demeure le principe pour le contentieux du marché et de la concession de travaux publics.

Toutefois, ces litiges occupent une place à part dans le contentieux administratif, car des modes particuliers de solution des conflits sont prévus (mise en place d'une procédure de règlement amiable préalable des conflits entre les participants à la réalisation de l'ouvrage public). Mais cette originalité est moins nette pour la concession de travaux publics que pour le marché public de travaux, qu'il faut donc traiter successivement.

3.1 Litiges entre l'entrepreneur et le maître de l'ouvrage

Ces litiges obéissent à des règles différentes, selon qu'ils interviennent avant la conclusion du marché, pendant son exécution ou après la réception des travaux.

3.1.1 Litiges antérieurs à la conclusion du marché

L'examen du statut des parties au marché public de travaux, ainsi que celui des procédures de passation, a montré que le maître de l'ouvrage exerce des pouvoirs importants dès avant la conclusion du marché : choix entre un marché unique ou des marchés séparés, détermination de la liste des candidats et des concurrents, mode de dévolution du marché, etc. L'application de ces dispositions peut évidemment donner lieu à des différends, spécialement à l'initiative des entrepreneurs évincés.

Ce type de litiges n'a pas véritablement un caractère contractuel puisque, par hypothèse, aucune convention n'a encore été conclue. Il est donc réglé en application des règles habituelles du contentieux administratif.

Avant toute saisine du juge, l'intéressé doit en principe s'adresser au maître de l'ouvrage pour essayer d'obtenir satisfaction par la voie amiable (règle dite de la **décision préalable**). Ce n'est que si l'administration refuse de donner suite à sa demande qu'il peut saisir le juge. La saisine doit être effectuée dans un délai de deux mois à compter de la décision de refus de l'Administration ; en cas de

non-réponse de la part de cette dernière, le silence pendant une durée de quatre mois équivaut à une décision de refus, qui devra elle-même être portée devant le juge dans le délai de deux mois.

Le juge compétent est en première instance le tribunal administratif interdépartemental du lieu d'exécution du (futur) marché : appel de sa décision peut être porté devant la cour administrative d'appel, le Conseil d'État étant juge de cassation. Le requérant peut demander soit l'annulation de l'acte irrégulier (**recours pour excès de pouvoir**), soit la mise en cause de la responsabilité du maître de l'ouvrage en raison de la faute résultant de l'illégalité commise (**recours en responsabilité**).

En réalité, la voie du recours pour excès de pouvoir n'a qu'un intérêt limité car, à supposer que le juge donne raison à l'entrepreneur évincé, sa décision ne signifie pas nécessairement que le marché litigieux doive lui être réattribué, d'autant que, dans la plupart des cas, l'exécution des travaux sera très largement entamée, si ce n'est plus. Il est donc préférable de demander la condamnation du maître de l'ouvrage par un recours en responsabilité, sur la base de la faute résultant de l'éviction irrégulière de l'entrepreneur ; la jurisprudence du Conseil d'État admet la responsabilité de la collectivité publique en pareille hypothèse, dès lors que l'entrepreneur fait la preuve qu'il avait des chances sérieuses d'emporter le marché et que l'administration a commis une erreur ou une irrégularité.

3.1.2 Litiges en cours d'exécution du marché

Le règlement des litiges intervenant dans le cours de l'entreprise obéit en revanche à un régime particulier, qui se caractérise notamment par la recherche d'une solution à l'amiable *avant* la saisine du juge administratif. L'idée est de ne pas surcharger la juridiction administrative alors qu'un accord est possible.

3.1.2.1 Règlement amiable

Le CCAG prévoit un double mécanisme de règlement amiable des litiges dans le cadre des marchés publics de travaux. Ce n'est qu'une fois épuisées ces possibilités de solution que le juge administratif peut être saisi.

■ Le premier mécanisme de règlement amiable est celui qui résulte des dispositions des **articles 50.1 et 50.2 du CCAG**, qui font obligation à l'entrepreneur, en cas de différend avec le maître d'œuvre (soit sous forme de réserves formulées à l'encontre d'un ordre de service, soit sous toute autre forme, par exemple à l'occasion de la notification d'un décompte), de porter l'affaire devant la personne responsable du marché. Ce recours administratif préalable est obligatoire.

La *première étape* de la phase amiable comporte l'intervention de la personne responsable du marché, à laquelle l'entrepreneur doit faire parvenir un mémoire de réclamation précisant les motifs et le montant de sa demande. Le mémoire est transmis par l'intermédiaire du maître d'œuvre qui, à cette occasion, formule son avis. La personne responsable du marché dispose d'un délai de deux mois, à compter de la réception de la réclamation par le maître d'œuvre, pour faire connaître sa réponse. L'absence de réponse dans ce délai équivaut à une décision de rejet.

Si l'entrepreneur n'accepte pas la solution proposée par la personne responsable du marché, la *deuxième étape* de la procédure amiable est engagée, qui prévoit l'intervention au maître de l'ouvrage. Dans un délai de trois mois à compter de la décision de rejet explicite ou implicite de la personne responsable du marché, l'entrepreneur doit, **sous peine de forclusion**, faire parvenir au maître de l'ouvrage, par l'intermédiaire de la personne responsable du marché, un nouveau mémoire de réclamation exposant les raisons de son refus d'accepter la solution proposée. Le maître de l'ouvrage dispose d'un délai de trois mois, à compter de la réception de la

réclamation par la personne responsable du marché, pour faire connaître sa réponse. Ici encore, l'absence de réponse dans ce délai équivaut à une décision de rejet.

L'entrepreneur peut ne pas davantage accepter cette solution. Il devra alors avoir recours aux autres modes de règlement des conflits prévus par les textes. Cependant, et en tout état de cause, la décision prise par le maître de l'ouvrage vaudra comme solution provisoire du différend et oblige ce dernier à mandater les sommes qu'il estime être dues (§ 2.3).

Ce double recours administratif auprès de la personne responsable du marché puis du maître de l'ouvrage constitue une obligation pour l'entrepreneur, et ceci pendant tout le temps de l'exécution du marché jusqu'à la réception des travaux. Une jurisprudence constante déclare **irrecevable la saisine directe du tribunal administratif**. Mais la nécessité de respecter cette procédure de règlement amiable n'interdit pas à l'intéressé de s'adresser directement au juge pour prendre toutes mesures conservatoires utiles à la sauvegarde de ses droits (constat d'urgence, référé aux fins d'expertise, etc.).

Il faut enfin observer que la procédure de règlement amiable joue aussi bien pour les marchés de l'État que pour ceux des collectivités territoriales. Dans ce dernier cas, l'intervention de la personne responsable du marché est remplacée par celle du représentant légal du maître de l'ouvrage. Lorsque le CCAG envisage l'intervention du maître de l'ouvrage lui-même, le représentant légal de la collectivité ne peut prendre de décision que sur habilitation de son assemblée délibérante.

■ Une deuxième possibilité de solution contentieuse résulte de la possibilité offerte par l'article 131 du CMP concernant le règlement amiable des litiges nés à l'occasion des marchés publics, et qui prévoit une procédure de **médiation facultative** applicable à l'ensemble des marchés publics de l'État ainsi que des marchés des collectivités territoriales et de leurs établissements publics. Un décret du 3 septembre 2001 fixe la composition, l'organisation et les modalités de fonctionnement des comités consultatifs de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics : un Comité consultatif national de règlement amiable est institué pour les marchés passés « *par les services centraux de l'État* », tandis que des comités consultatifs régionaux ou interrégionaux sont constitués pour les marchés passés « *par les services déconcentrés de l'État* » et les marchés des collectivités territoriales et de leurs établissements publics.

Le comité consultatif national est compétent pour connaître des litiges concernant l'exécution des marchés publics de l'État et des établissements publics nationaux à caractère administratif mais pas pour les marchés des établissements publics industriels et commerciaux et des entreprises publiques.

La personne responsable du marché peut à tout moment saisir le comité. Le titulaire du marché dispose lui aussi d'un droit de saisine directe. Toutefois, et pour éviter de nuire au bon fonctionnement des autres procédures de règlement des litiges, le titulaire ne peut exercer ce droit qu'en fin d'exécution du marché et entre les deux étapes de la procédure de conciliation ci-avant étudiée (c'est-à-dire entre le moment où la personne responsable du marché a rejeté la réclamation du titulaire et le moment où le maître de l'ouvrage doit être saisi). La saisine du comité suspend les délais du recours contentieux (art. 50.32 du CCAG).

Après une instruction de type quasi juridictionnel (possibilité pour le rapporteur d'avoir accès à tous les documents administratifs, audition des intéressés, recours à l'expertise, etc.), le comité rend un avis dans un délai de six mois renouvelable. L'avis doit exposer les « *éléments de droit ou de fait en vue d'une solution amiable et équitable* » (art. 131), ce qui l'autorise à s'écarter de la stricte application de la règle de droit et à se prononcer en équité. L'avis est notifié à la fois à la personne responsable du marché et au titulaire ; l'avis ne lie pas le maître de l'ouvrage, qui doit seulement faire connaître sa position dans un délai de trois mois, faute de quoi la

demande du titulaire est considérée comme rejetée ; si tel est le cas, le titulaire devra alors saisir le tribunal administratif, auquel il pourra communiquer le texte de l'avis formulé par le comité.

Toutes ces dispositions constituent des garanties appréciables au profit des titulaires de marchés. Il ne faut cependant pas en exagérer l'importance car la décision finale reste entre les mains du maître de l'ouvrage, l'avis rendu par le comité consultatif de règlement amiable des marchés ayant alors l'avantage d'alimenter le dossier devant le juge administratif.

3.1.2.2 Procédure contentieuse

Dans le cas enfin où l'entrepreneur n'accepte pas la solution arrêlée par le maître de l'ouvrage au terme de la procédure de règlement amiable ou éventuellement à la suite de la médiation du Comité consultatif de règlement amiable, il ne lui reste plus que la possibilité de s'adresser au juge dans le cadre de la procédure contentieuse habituelle (art. 50.3 du CCAG).

■ **Action intentée par le titulaire du marché** : si elle est intentée par le titulaire du marché public de travaux (par opposition au sous-traitant), l'action doit être portée devant la juridiction administrative en raison de la nature de contrat administratif du marché public de travaux (§ 1.1.2 de [C 71]).

En première instance, le juge compétent est le tribunal administratif interdépartemental dans le ressort duquel le marché est exécuté. Le tribunal peut être saisi dès que le maître de l'ouvrage a fait connaître sa réponse, ou à l'expiration du délai de trois mois qui lui est imparti pour le faire dans le cadre de la procédure de règlement amiable. Le CCAG ne prévoit à cet égard aucun délai. Toutefois, et sans même observer que l'entrepreneur a en général tout intérêt à s'adresser au juge le plus rapidement possible, il faut tenir compte des règles générales de la comptabilité publique et tout spécialement de la *déchéance quadriennale* [aux termes de laquelle les dettes de l'État sont prescrites à l'expiration de la quatrième année suivant celle au cours de laquelle ces dettes ont pris leur origine (art. 1 de la loi du 31 décembre 1968)].

Par exception, le CCAG édicte un **délai impératif** dans l'hypothèse où les litiges portent sur le **décompte général définitif**. En ce cas, l'entrepreneur doit impérativement saisir le tribunal administratif dans un délai maximal de **six mois** à compter de la décision de rejet du maître de l'ouvrage intervenue dans le cadre de la procédure de règlement amiable.

L'action dont le tribunal administratif est saisi est un recours contractuel, fondé sur l'inexécution ou la mauvaise exécution des stipulations contractuelles, ou encore sur leur exécution dans des conditions différentes de celles qui sont initialement prévues. Cette action revêt certains caractères spécifiques. Pour ce qui est de l'instruction de l'affaire, tout d'abord, le caractère technique des litiges portant sur les marchés de travaux oblige la plupart du temps le juge à se faire aider d'un technicien. Ce dernier peut être désigné dans le cadre d'une procédure de référé pour effectuer toutes constatations utiles et procéder à des vérifications plus approfondies portant notamment sur les causes de la réclamation de l'entrepreneur et les préjudices allégués. L'article R. 532-1 du code de justice administrative permet en effet au juge des référés administratifs, « *sur simple requête et même en l'absence de décision administrative préalable, de prescrire toute mesure utile d'expertise ou d'instruction* ».

Pour trancher le litige au fond, le juge dispose, en théorie, de prérogatives importantes. Sur la base des stipulations contractuelles ainsi que des dispositions d'origine légale et réglementaire éventuellement applicables au marché, il intervient avec des pouvoirs de pleine juridiction (à la différence de ce qui se passe dans le recours pour excès de pouvoir où il ne peut qu'annuler un acte administratif). En réalité, les prérogatives du juge sont plus limitées, puisqu'il ne peut connaître que des griefs déjà formulés au cours de la phase de règlement amiable. Par ailleurs, son intervention est assujettie à un certain nombre de restrictions et, par exemple, à l'interdiction de procéder à l'annulation des mesures prises par l'Administration à

l'encontre des contractants, à l'exception des sanctions pécuniaires (jurisprudence constante ; la justification de cette position est tirée de ce que le juge ne peut pas se substituer au maître de l'ouvrage). La plupart du temps par conséquent, et à supposer que bien entendu il soit favorable à l'entrepreneur, le jugement du tribunal administratif conduit à l'allocation d'une indemnité.

La décision du tribunal administratif interdépartemental peut être frappée d'appel devant la cour administrative d'appel dans un délai de deux mois à compter de la notification du jugement. Le litige est alors tranché selon les mêmes règles que celles qui viennent d'être exposées.

■ **Action mettant en cause le sous-traitant** : que ce soit en demande (réclamation du sous-traitant) ou en défense (appel en garantie), elle obéit à un régime juridique entièrement différent. En effet, et compte tenu des règles précédemment exposées (§ 1.2.1 de [C 71]), le contrat de sous-traitance reste un marché privé, quand bien même il contribue à la réalisation d'un travail public. Cela explique que, pour ce qui est des rapports entre l'entrepreneur et le sous-traitant, le contentieux de l'exécution d'un contrat de sous-traitance, quand bien même le sous-traitant bénéficierait d'un paiement direct, relève de la compétence du juge judiciaire et doit être réglé selon les dispositions en vigueur devant cet ordre de juridiction.

En revanche, « *les litiges relatifs au paiement direct du sous-traitant par le maître de l'ouvrage du prix des travaux, concernant l'exécution d'un marché de travaux publics* » de sorte qu'ils relèvent de la compétence de la juridiction administrative. C'est ce qu'a décidé le Tribunal des conflits, dans un arrêt de principe du 14 mai 1984. Le Conseil d'État s'est depuis reconnu compétent pour statuer sur différentes demandes susceptibles d'entrer dans le champ d'application du paiement direct.

■ **Arbitrage** : il faut ajouter que, par dérogation à un principe fondamental du contentieux administratif, l'État, les collectivités territoriales et leurs établissements publics (art. 132 du CMP) peuvent recourir à l'arbitrage dans les conditions prévues par le code de procédure civile, pour la liquidation de leurs dépenses de travaux et de fournitures.

En raison du caractère exceptionnel de cette possibilité, le recours à l'arbitrage doit être autorisé par décret pour les marchés de l'État.

3.1.3 Litiges après la réception des travaux

L'entrepreneur, ainsi d'ailleurs que les autres constructeurs, n'est pas délié de toute obligation envers le maître de l'ouvrage après l'achèvement des travaux. Outre les sujétions lui incombant au titre de son obligation de parfait achèvement pendant la période de garantie (§ 1.5.2), il est en effet assujéti aux règles spéciales découlant de la **responsabilité spéciale** des constructeurs, comme le rappelle explicitement l'article 45 du CCAG. Le régime de cette responsabilité résulte de la loi du 4 janvier 1978, relative à l'assurance-construction.

3.1.3.1 Régime de responsabilité spéciale des constructeurs

L'article 45 du CCAG évoque les « *responsabilités résultant des principes dont s'inspirent les articles 1792 et 2270 du code civil* » : le droit des contrats administratifs n'est en effet pas régi par le code civil, mais par des règles spécifiques que le juge administratif dégage en se référant éventuellement audit code mais sans être lié par ses dispositions littérales. Il s'agit ici de la garantie décennale qui joue aussi bien pour les ouvrages de « bâtiment » (y compris voirie privative) que pour les ouvrages d'art, de génie civil et les travaux routiers.

C'est une responsabilité **présumée** (l'entrepreneur est soumis à une « présomption » de responsabilité) qui aboutit à inverser la charge de la preuve ; en effet, c'est à l'entrepreneur de prouver que le désordre provient d'une cause étrangère à ses travaux (fait d'un tiers ou d'un autre locateur d'ouvrage, ou bien immixtion du maître

de l'ouvrage, par exemple à la suite d'un défaut d'entretien). L'argument selon lequel l'entrepreneur n'a pas commis de faute dans l'exécution de ses obligations est inopérant.

Quant au maître de l'ouvrage, il lui suffit d'établir que le désordre est survenu dans la « sphère d'intervention » de l'entreprise pour que l'action en responsabilité décennale qu'il intente contre l'entreprise soit fondée.

Les critères caractérisant la responsabilité sont alternatifs ; il y a responsabilité décennale dès qu'il y a atteinte à la solidité de l'ouvrage et de ses éléments d'équipement indissociables ou bien impropriété à la destination de l'ouvrage (qu'il soit atteint dans ses éléments constitutifs ou ses éléments d'équipement).

Le régime de **responsabilité décennale** applicable aux marchés publics de travaux n'est pas identique à celui prévu pour les marchés de travaux privés [C 74]. Tout en respectant les mêmes principes, il présente un certain nombre de règles particulières.

L'action en responsabilité décennale doit tout d'abord être portée devant le juge administratif (tribunal administratif interdépartemental en premier ressort et cour administrative d'appel en appel). Elle doit être intentée dans un délai de dix ans à compter de la réception des travaux. Dans la très grande majorité des cas, et en raison du caractère technique des appréciations formulées, la décision du juge doit intervenir à la suite d'un rapport d'expertise.

Dans la plupart des cas, cette condamnation se traduit par l'allocation, au maître de l'ouvrage, d'une indemnité correspondant au coût des travaux de réparation, éventuellement **diminué du montant des travaux d'amélioration** et d'un **abattement pour vétusté**. Lorsque plusieurs constructeurs voient leur responsabilité retenue (et éventuellement même le maître de l'ouvrage), le juge opère par un **partage de responsabilité**. En ce cas, si les fautes sont distinctes, il y a **condamnation séparée** ; si, au contraire, elles sont liées, il y a lieu, selon les cas, à **condamnation subsidiaire, conjointe** ou même **solidaire** (uniquement lorsqu'il y a faute commune des responsables ; la charge est alors répartie à proportion de la gravité des fautes respectives).

3.1.3.2 Assurance dans le domaine de la construction

La matière est étudiée dans *Assurance construction* [C 66]. On se bornera donc à souligner les points essentiels.

D'une part, en vertu d'une ordonnance gouvernementale du 8 juin 2005 prise en application d'une loi d'habitation du 9 décembre 2004, les obligations d'assurance édictées sont applicables à l'ensemble des ouvrages, sauf pour ceux figurant sur une liste exhaustive et qui, de ce fait, se trouvent expressément exclus de cette obligation (art. L. 243-1-1 du code des assurances). 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 (ouvrages maritimes, lacustres, fluviaux, ouvrages d'infrastructures routières, portuaires, aéroportuaires, héliportuaires, ferroviaires, ouvrages de traitement de résidus urbains, de déchets industriels et d'effluents), qui constituent une part importante des travaux publics réalisés par l'État et les collectivités territoriales, ne sont donc pas soumis à l'obligation d'assurance, bien qu'ils engagent toujours la responsabilité décennale des constructeurs.

D'autre part, les obligations d'assurance ne s'appliquent pas à l'État lorsqu'il construit pour son compte (art. L. 243-1 du code des assurances) ; en outre, l'obligation de souscrire l'assurance dommages-ouvrage ne s'applique pas aux personnes morales de droit public, lorsque ces personnes font réaliser pour leur compte des travaux de bâtiment pour un usage autre que l'habitation (art. L. 242-1 du code des assurances).

La double obligation d'assurance consacrée par le législateur de 1978 a donc un champ d'application moins général dans le cadre des marchés publics de travaux que dans celui des marchés privés. L'apport de la réforme n'est pas moins important, les travaux assu-

rables représentant une partie nullement négligeable des marchés publics de travaux des collectivités locales (habitations à loyer modéré, bâtiments administratifs à usage d'habitation).

3.2 Litiges entre l'entrepreneur et les personnes autres que le maître de l'ouvrage et les constructeurs

La réalisation d'un travail public, en dépit de toutes les précautions qui peuvent être prises, peut s'accompagner de conséquences dommageables pour les personnes autres que les participantes (maître d'ouvrage et constructeurs) : voisins lésés par des opérations d'exécution de l'ouvrage, tiers victimes d'un accident ayant son origine dans la réalisation, usagers subissant un préjudice du fait des opérations d'entretien, etc. La **demande de réparation** formulée sur cette base peut donner lieu à un **litige** mettant en cause la responsabilité de l'entrepreneur.

Le recours intenté à cette occasion contre l'entrepreneur entre dans la catégorie plus générale de l'action en responsabilité pour **dommages de travaux publics**. Ce régime de responsabilité, d'origine essentiellement jurisprudentielle, occupe une place à part dans le contentieux de la responsabilité administrative. L'action en réparation, qui relève toujours de la compétence de la juridiction administrative, peut être directement portée devant le juge (tribunal administratif en premier ressort et cour administrative d'appel en appel). Elle est fondée sur tout dommage causé par l'exécution même de l'ouvrage (travail public proprement dit), ainsi que par son fonctionnement ou son existence. Le fait générateur de la responsabilité n'est pas la faute, mais le **risque** qu'implique pour les personnes extérieures la réalisation de l'ouvrage, en raison notamment des possibilités exceptionnelles accordées à la puissance publique dans ce but.

La jurisprudence établit cependant une différence selon que la victime est un tiers ou un usager par rapport à l'ouvrage. Le **tiers**, qui se définit comme la personne totalement étrangère à l'ouvrage public, est dispensé de fournir la preuve d'une faute quelconque dans la conception, l'exécution ou l'entretien de l'ouvrage ; il doit seulement démontrer l'existence d'un lien de causalité entre le travail et le préjudice qu'il subit ; le responsable du travail, quant à lui, ne peut dégager sa responsabilité qu'en prouvant la force majeure ou la faute de la victime. La solution est légèrement différente pour l'**usager**, qui est bénéficiaire de l'ouvrage et doit en conséquence supporter les risques accompagnant normalement son utilisation ; comme le tiers, il doit établir l'existence d'un lien de causalité, mais le responsable du travail peut dégager sa responsabilité, outre le cas de force majeure ou de faute de la victime, en démontrant qu'il a apporté tous les soins normaux à la réalisation de l'ouvrage (théorie dite du **défait d'entretien normal**).

Si l'une ou l'autre de ces conditions est remplie, la victime a droit à une indemnisation, sous réserve que le préjudice satisfasse aux conditions habituellement exigées par la jurisprudence pour être réparable (dommage direct, certain, personnel et évaluable en argent). S'agissant d'une responsabilité pour risque, la jurisprudence exige que le préjudice soit spécial, c'est-à-dire excède par son importance celui que supporte la généralité des intéressés (théorie dite des **troubles normaux de voisinage**).

Ce régime est applicable à l'action en réparation pour dommages de travaux publics dirigée contre l'entrepreneur à l'occasion de l'exécution d'un marché public de travaux. Il va de soi que l'entrepreneur ne pourra voir sa responsabilité engagée que dans le cas de préjudice causé par son propre fait, c'est-à-dire essentiellement pour les dommages provoqués par les opérations d'exécution de l'ouvrage. Toutefois, et conformément au régime de la responsabilité pour risque qui exclut le fait du tiers comme cause exonératoire

(sauf s'il a le caractère de force majeure), la victime d'un dommage de travaux publics peut poursuivre pour le tout soit le maître de l'ouvrage, soit l'entrepreneur de travaux, soit les deux solidairement, sans que l'un ou l'autre ne puisse dégager sa responsabilité en invoquant la faute de l'autre.

En ce cas, l'entrepreneur de travaux pourrait donc se voir imputer un dommage pour des causes étrangères à son fait (par exemple, en raison de l'implantation d'un chantier ordonné par le maître d'œuvre) ; il lui appartient alors soit d'intenter une action en garantie contre le responsable effectif, soit d'une manière plus rapide de l'appeler en cause dans le cadre de l'instance engagée par la victime.

3.3 Litiges dans le cadre de la concession de travaux publics

Les litiges auxquels donne lieu la réalisation de l'ouvrage dans le cadre de la concession de travaux publics ne constituent qu'une partie de tous ceux découlant de ce contrat. Les différends peuvent naître, en effet, non seulement de l'exécution de l'ouvrage, mais encore de son exploitation par le concessionnaire (litiges avec les usagers ou même avec le concédant dans le cadre du fonctionnement de la concession, etc.).

Pour ce qui est des litiges portant sur la réalisation de l'ouvrage (qui seuls doivent être traités ici), la jurisprudence fait application des règles générales du contentieux administratif. Dans l'ensemble, et sous réserve d'exception particulière, il n'existe pas de règles spéciales de solution des conflits, à l'encontre de ce qui se passe dans le cadre des marchés publics de travaux.

3.3.1 Litiges entre le concédant et le concessionnaire

Dans ce cas, les litiges portent la plupart du temps sur l'exécution des travaux (demande d'indemnités en raison des sujétions imprévues ou du fait du prince, etc.).

Ainsi qu'il vient d'être exposé, en général, il n'existe pas de procédure amiable de règlement de conflit, ni, *a fortiori*, de procédure gracieuse.

Le litige est donc normalement porté directement devant le juge administratif en raison de la nature administrative du contrat de concession. La juridiction compétente doit être saisie dans le délai réglementaire de deux mois à compter de la décision de refus du concédant.

Le juge dispose de tous les pouvoirs qui sont les siens dans le cadre d'un contentieux contractuel. En outre, et en vertu d'une jurisprudence propre à la concession, il peut prononcer l'annulation des mesures irrégulières prises par le concédant à l'encontre du concessionnaire ; cette jurisprudence est d'ailleurs valable pour tous les contrats ayant pour objet la réalisation et l'exploitation d'ouvrages nécessitant des investissements importants, et dont l'amortissement doit être effectué pendant la durée du contrat.

3.3.2 Litiges entre le concessionnaire et les personnes autres que le concédant

Dans ce cas, la situation est plus complexe. D'un côté, les litiges peuvent survenir entre le concessionnaire et les tiers par rapport à l'ouvrage ; il s'agit alors d'actions en **responsabilité pour dommages de travaux publics**, qui sont réglées comme en matière de marchés publics de travaux (§ 3.2).

En revanche, les litiges avec les usagers sont en principe considérés comme de nature privée, car ils concernent le fonctionnement d'un service public industriel et commercial ; ils relèvent donc des juridictions judiciaires. Il en va différemment, et on retrouve alors les règles applicables aux marchés publics de travaux, si la victime est usager du seul ouvrage public et non pas du service public industriel et commercial.

Enfin, d'autres différends peuvent survenir entre le concessionnaire et les participants à la construction de l'ouvrage, et notamment les sous-traitants ou fournisseurs. Les contrats liant le premier aux seconds s'étant en principe des marchés privés (§ 1 de [C 71]), les juridictions judiciaires doivent seules être saisies alors pourtant qu'un ouvrage public est en cause (et quand bien même l'action en responsabilité des tiers fondée sur l'existence d'un dommage de travaux publics relève de la juridiction administrative...). Dans cette hypothèse, les **actions contractuelles** et les actions en **garantie décennale** seront celles applicables aux marchés de travaux privés [C 74]. La solution est opposée lorsque, exceptionnellement, le contrat liant le concessionnaire au sous-traitant est de nature administrative (hypothèse des contrats de sous-traitance conclus par les sociétés concessionnaires d'autoroute et par les sociétés d'économie mixte concessionnaires d'aménagement urbain agissant directement pour le compte et sous le contrôle du concédant : § 1.2 de [C 71]) ; le contrat de sous-traitance est alors assimilé à un marché public de travaux et le litige résolu selon les mêmes règles que celles exposées au paragraphe 3.1.