

# PRATIQUE DU DROIT DE LA CONSTRUCTION

**Marchés publics et privés**

**PATRICIA GRELIER WYCKOFF**  
*Professeur à l'ICH*

Cinquième édition 2007

© Groupe Eyrolles, 2000, 2002, 2005, 2007,

ISBN : 978-2-212-12131-5

**EYROLLES**





# TABLE DES MATIÈRES

## Partie 1 • 1

### Les intervenants à l'acte de construire

<b>1</b>	<b>LES MAÎTRES D'OUVRAGE .....</b>	<b>3</b>
1.	Introduction .....	3
1.1.	Les trois grandes catégories de maîtres d'ouvrage .....	5
1.2.	Les fonctions des maîtres d'ouvrage.....	8
1.3.	Le vocabulaire européen : pouvoir adjudicateur (PA) et entité adjudicatrice (EA) .....	10
2.	La maîtrise d'ouvrage déléguée (MOD) .....	12
2.1.	Le maître d'ouvrage délégué quand le maître d'ouvrage est soumis à la loi MOP (marché réglementé) .....	12
2.2.	Le maître d'ouvrage délégué quand le maître d'ouvrage n'est pas soumis à la loi MOP (marché non réglementé) .....	17
3.	Le conducteur d'opération (AMO) en marchés publics et réglementés .....	19
3.1.	Une mission d'assistance générale.....	19
3.2.	Une mission transversale .....	20
3.3.	Les personnes pouvant être conducteurs d'opération .....	20
3.4.	Articulation avec les autres intervenants .....	21
3.5.	Choisir son conducteur d'opération : MAPA ou procédure négociée .....	22
3.6.	Conduite d'opération ou mandat ? .....	23
<b>2</b>	<b>LA MAÎTRISE D'ŒUVRE .....</b>	<b>25</b>
1.	Généralités .....	25
1.1.	La fonction de maîtrise d'œuvre .....	25
1.2.	Définitions générales .....	25
1.3.	L'équipe de maîtrise d'œuvre : son rôle .....	26
1.4.	Nature des contrats de maîtrise d'œuvre.....	26
1.5.	Le dispositif réglementaire .....	26
1.6.	Les maîtres d'ouvrage assujettis à la loi MOP (rappel du 1.1.2.2.) .....	27

1.7. Les ouvrages concernés par la loi MOP.....	27
1.8. Les contrats concernés par la loi MOP .....	28
2. Les éléments de mission de maîtrise d'œuvre.....	28
2.1. Phase de conception .....	29
2.2. Phase de réalisation .....	31
3. La mission de base .....	34
4. Le stade de la consultation des entreprises .....	36
4.1. Procédure générale .....	36
4.2. La consultation anticipée pour un ou plusieurs lots d'une technicité particulière : missions spécifiques de maîtrise d'œuvre.....	36
4.2. La consultation en conception-réalisation.....	38
4.3. En résumé.....	39
5. Le contrat de maîtrise d'œuvre .....	40
5.1. Généralités .....	40
5.2. Le forfait de rémunération de la maîtrise d'œuvre.....	40
5.3. L'engagement de la maîtrise d'œuvre.....	40
5.4. Les obligations de la maîtrise d'œuvre en matière d'évaluation des travaux pour les ouvrages de bâtiment (rappel).....	41
6. La responsabilité du maître d'œuvre.....	42
6.1. La conception : les fautes de conception.....	42
6.2. Le conseil : le défaut de conseil .....	43
6.3. Le contrôle et la surveillance : le défaut de surveillance .....	43
6.4. L'atténuation de la responsabilité du maître d'œuvre par celle du maître d'ouvrage ou de l'entrepreneur .....	44
6.5. La responsabilité du maître d'œuvre vis-à-vis de l'entrepreneur.....	45
6.6. Garantie de bon fonctionnement et garantie décennale .....	46
7. La passation des marchés de maîtrise d'œuvre .....	47
7.1. Les contrats de maîtrise d'œuvre passés par un maître d'ouvrage privé non soumis à la loi MOP .....	47
7.2. Les contrats de maîtrise d'œuvre passés par un maître d'ouvrage non soumis au Code des marchés publics mais soumis à la loi MOP .....	48
7.3. Les contrats de maîtrise d'œuvre passés par un maître d'ouvrage soumis au CMP .....	48

<b>3 LE COORDONNATEUR SÉCURITÉ ET PROTECTION DE LA SANTÉ .....</b>	<b>55</b>
1. Généralités.....	55
1.1. Espace clos et indépendant.....	55

1.2. Plusieurs entreprises.....	56
1.3. Risques de coactivité.....	56
1.4. Le dispositif légal et réglementaire .....	57
1.5. Les trois catégories d'opération SPS .....	57
1.6. La notion de travaux de bâtiment et de génie civil .....	59
1.7. Les sanctions pénales pour le maître d'ouvrage et pour l'entrepreneur.....	60
2. Les obligations des intervenants à l'acte de construire en matière de sécurité et de protection de la santé.....	60
2.1. Le coordonnateur SPS.....	60
2.2. Les obligations du maître d'ouvrage.....	63
2.3. Les droits et obligations des entreprises et des sous-traitants ..	67
3. Les documents.....	69
3.1. Le plan général de coordination santé et sécurité (PGC).....	69
3.2. Le plan particulier de sécurité et de protection de la santé (PPSPS).....	70
3.3. Registre journal (RJ).....	72
3.4. Dossier d'intervention ultérieure sur l'ouvrage (DIUO).....	73
4. Le Comité interentreprises de sécurité, de santé et des conditions de travail (CISSCT).....	74
4.1. Composition du CISSCT .....	74
4.2. La mission du CISSCT .....	75
4.3. Les différentes règles de fonctionnement du CISSCT.....	75
5. Les obligations des particuliers en matière de coordination de travaux .....	76
5.1. Obligations du maître d'ouvrage particulier .....	77
5.2. Obligations du coordonnateur désigné par la loi .....	77
6. Recommandations destinées à favoriser la prise en compte de la prévention des risques professionnels .....	78
6.1. La coordination en amont du chantier .....	78
6.2. La coordination pendant l'exécution du chantier.....	79

#### **4 LES ENTREPRENEURS (LA DÉVOLUTION DES MARCHÉS) ..... 81**

1. Les marchés séparés en lots : l'allotissement.....	82
2. Le marché unique (ou à l'entreprise générale).....	83
3. Les groupements momentanés d'entreprises (GME) : la cotraitance ..	84
3.1. Généralités .....	84
3.2. Les deux formes de groupement .....	86
3.3. Le fonctionnement des GME .....	89

4. La sous-traitance .....	99
4.1. Règles communes à tous les marchés de sous-traitance .....	99
4.2. Sous-traitance et marchés publics .....	101
4.3. Sous-traitance et marchés privés .....	110
4.4. Requalification du contrat de sous-traitance par le juge .....	116
4.5. Responsabilité décennale du sous-traitant .....	119

*Partie 2 • 121*

**Le cadre juridique de l'acte de construire**

**5 LES CONTRATS DU SECTEUR PRIVÉ ..... 123**

1. Nature juridique et domaine respectif de chacun des contrats .....	123
1.1. Domaine respectif des contrats dans le secteur protégé .....	123
1.2. Domaine respectif des contrats hors du secteur protégé .....	127
2. Les contrats du secteur protégé : dispositions d'ordre public .....	128
2.1. Le contrat de vente d'immeuble à construire .....	128
2.2. Le contrat de construction de maison individuelle .....	129
2.3. Le contrat de promotion immobilière .....	142

**6 LES CONTRATS DU SECTEUR PUBLIC ..... 145**

1. Le contrat administratif .....	145
1.1. C'est la loi ou la jurisprudence qui qualifient un contrat de contrat administratif .....	145
1.2. Un contrat administratif implique des prérogatives et des droits .....	147
2. Les principaux contrats administratifs .....	152
2.1. Le marché .....	152
2.2. Les contrats globaux spéciaux .....	152
2.3. La délégation de service public .....	153
2.4. Bail emphytéotique administratif (BEA) (L 1311-2 et suiv. du CGCT) .....	154
2.5. Le bail emphytéotique des hôpitaux (BEH) .....	157
2.6. Le contrat de partenariat .....	160
2.7. L'Autorisation d'occupation temporaire (AOT de l'État - art. L 2122-6 CG3P) .....	163
2.8. L'AOT avec option d'achat (LOA) : État pour la justice, la police, la gendarmerie et les armées (art. L 2122-15 du CG3P) .....	166
2.9. L'AOT des collectivités territoriales (art. L 1311-5 du CGCT) .....	171

2.10. Les contrats de la loi MOP.....	174
2.11. La vente en état futur d'achèvement (VEFA).....	175
3. En résumé.....	175

## **7 LES TRAVAUX PUBLICS ET LES OUVRAGES PUBLICS.....177**

1. Notions de travaux publics et d'ouvrages publics .....	177
1.1. Les travaux publics .....	177
1.2. Les ouvrages publics.....	179
2. Régime juridique des travaux publics .....	181
2.1. Le caractère attractif des travaux publics : compétence des tribunaux administratifs .....	181
2.2. Les particularités du contentieux de travaux publics : la non-application de la règle du préalable .....	183
2.3. Les privilèges attachés aux travaux et ouvrages publics .....	184
3. En résumé.....	184
3.1. Notion de travaux publics et d'ouvrages publics .....	184
3.2. Régime juridique des travaux publics .....	185

*Partie 3 • 187*

### **Les marchés**

## **8 LA PASSATION DES MARCHÉS.....189**

1. Généralités .....	189
1.1. L'entrée en vigueur du Code des marchés publics 2006 .....	189
1.2. Les différentes catégories de marchés publics et les accords-cadres .....	189
1.3. Le prix .....	191
1.4. Les pièces constitutives des marchés publics .....	192
2. Le respect des principes .....	193
2.1. Le principe d'égalité des candidats.....	194
2.2. La liberté d'accès à la commande publique .....	194
2.3. Le principe de transparence .....	194
2.4. Sanctions du non-respect de ces principes .....	195
3. La publicité .....	195
3.2. Entre les seuils de 4 000 € HT et de 90 000 € HT : une publicité adaptée.....	195
3.3. Entre le seuil de 90 000 € HT et celui de 5 270 000 € HT...	197
3.4. Au-dessus du seuil communautaire de 5 270 000 € HT .....	197

3.5. Absence de publicité : exceptions très limitées (art. 28, alinéa 4, et art. 35 II du CMP) .....	197
3.6. Le calcul des seuils : les notions d'ouvrage et d'opération (art. 27 du CMP et point 7.1.1 de la circulaire).....	198
4. La sélection des candidats .....	199
4.1. Interdictions de soumissionner (art. 43 du CMP et point 10.1 de la circulaire).....	199
4.2. Documents à produire par tous les candidats (ou sélection des candidatures) (art. 44 et 45 du CMP et point 10.2 de la circulaire).....	200
4.3. Pièces absentes ou incomplètes (art. 52 du CMP et point 10.3 de la circulaire).....	202
4.4. Documents à produire par le seul attributaire (art. 46 et 47 du CMP et point 10.4 de la circulaire).....	202
5. La sélection des offres .....	202
5.1. Les critères de sélection des offres : l'offre économiquement la plus avantageuse (art 53 du CMP et points 12, 12.1. de la circulaire) .....	202
5.2. Pondération des critères (art. 53 du CMP et point 12.1 de la circulaire).....	203
5.3. Variantes et options (art. 50. du CMP et point 4.4. de la circulaire).....	204
6. Les procédures de passation des marchés publics.....	205
6.1. Les marchés à procédure adaptée (MAPA) .....	205
6.2. Les trois catégories de marchés formalisés .....	208
7. La négociation .....	221
7.1. La négociation peut porter sur : .....	221
7.2. La négociation ne doit pas remettre en cause : .....	222
7.3. La négociation n'est autorisée que dans : .....	222
7.4. La négociation doit tenir compte : .....	222
7.5. Différence entre une procédure adaptée et une procédure négociée :.....	223
8. La dématérialisation des procédures de passation .....	223
8.1. De quoi s'agit-il ?.....	223
8.2. Que prévoit le Code des marchés publics ? (art. 56 du CMP et point 10.5 de la circulaire).....	224
9. La passation des marchés privés .....	227
9.1. La passation des marchés privés non réglementés .....	227
9.2. Le devis .....	228
9.3. La passation des marchés réglementés .....	229
9.4. La dématérialisation dans les marchés privés .....	234

<b>9</b>	<b>LES GARANTIES .....</b>	<b>237</b>
1.	Les garanties que le maître d’ouvrage peut exiger de l’entrepreneur dans les marchés soumis au CMP .....	237
1.1.	La retenue de garantie et son remplacement par une caution ou par une garantie à première demande .....	237
1.2.	Les autres garanties .....	247
2.	Les garanties que le maître d’ouvrage peut exiger de l’entrepreneur dans les marchés privés (loi du 16 juillet 1971).....	248
2.1.	La retenue de garantie ou son remplacement par une caution .	248
2.2.	Les autres garanties .....	254
3.	Les garanties dans un contrat de sous-traitance .....	254
3.1.	Celles que l’entrepreneur principal peut exiger du sous-traitant : une retenue de garantie remplaçable par une caution .....	254
3.2.	Celles que l’entrepreneur principal doit fournir au sous-traitant .....	257
4.	La garantie que le maître d’ouvrage privé doit fournir à l’entrepreneur .....	257
4.1.	L’obligation pour le maître d’ouvrage privé de garantir l’entrepreneur du paiement de ses travaux .....	258
4.2.	Le mécanisme de la garantie de paiement .....	259
4.3.	La sanction de la non-fourniture de la garantie .....	260
4.4.	Caractère d’ordre public de l’article 1799-1 du Code civil ...	265
<b>10</b>	<b>L’EXÉCUTION DU MARCHÉ .....</b>	<b>267</b>
1.	Les obligations du maître d’ouvrage et de l’entrepreneur liées à l’exécution des travaux .....	267
1.1.	Le rôle du maître d’ouvrage pendant l’exécution .....	267
1.2.	Les obligations de l’entrepreneur liées à l’exécution des travaux .....	268
2.	Le paiement des travaux supplémentaires dans un marché à prix global et forfaitaire.....	284
2.1.	Les conditions classiques d’existence du marché à forfait ....	285
2.2.	Les conséquences du marché forfaitaire .....	290
3.	La modification dans la masse des travaux et ses conséquences en termes de prolongation du délai et d’indemnisation des entrepreneurs.....	298
3.1.	Les droits de l’entrepreneur dans les marchés publics.....	298
3.2.	Les droits de l’entrepreneur dans les marchés privés (norme NF P 03-001) .....	301
4.	L’interruption des travaux en cas de non-paiement .....	303
4.1.	En marchés publics .....	303



4.2. En marchés privés .....	303
5. Avenants et décisions de poursuivre (en marchés publics) .....	305
5.1. Les conditions de passation d'un avenant .....	306
5.2. Les avenants irréguliers.....	309
5.3. La décision de poursuivre .....	310
6. La gestion du compte prorata .....	311
6.1. Qui doit supporter les dépenses communes de chantier ?.....	311
6.2. Gestion et règlement du compte prorata .....	315
7. La prise en compte de préoccupations environnementales dans les marchés.....	318
7.1. Généralités .....	318
7.2. Qui engage sa responsabilité en matière de gestion des déchets de chantier .....	319
7.3. Un tri sélectif des déchets doit être envisagé .....	320
7.4. Faut-il créer un lot spécifique « déchets » ?.....	321
7.5. Faut-il intégrer le coût du traitement dans le compte prorata ?...	321
7.6. L'adaptation en marchés privés, comme en marchés publics, préoccupations environnementales .....	321

## **11 LA RÉCEPTION DES TRAVAUX.....325**

1. Caractéristiques .....	325
2. Effets juridiques et financiers.....	326
2.1. Effets de la réception (au regard du droit des marchés).....	326
2.2. Effets de l'absence de réception (au regard de la responsabilité des constructeurs).....	326
2.3. Effets de la réception assortie de réserves.....	327
2.4. Effets de la réception sans réserves.....	328
3. Les étapes de la réception .....	329
3.1. Dans les marchés soumis à la norme NF P 03-001 .....	329
3.2. Dans les marchés publics soumis au CCAG travaux .....	330
4. Le refus de réception .....	334
5. Les réserves à la réception .....	334
5.1. Remédier aux réserves dans le délai contractuel.....	334
5.2. Comment remédier aux réserves ? .....	335
6. Conditions de la réception tacite .....	336
6.1. Dans les marchés publics .....	336
6.2. Dans les marchés privés .....	337
7. Les caractéristiques de la garantie de parfait achèvement .....	338
8. En résumé .....	338

**12 LE RÈGLEMENT DES MARCHÉS.....341**

- 1. Le règlement des marchés publics soumis au CMP et au CCAG Travaux 1976..... 341
  - 1.1. Le respect des règles de la dépense publique et du financement préalable ..... 341
  - 1.2. Le délai de paiement des entreprises ..... 342
  - 1.3 L’avance et les acomptes ..... 347
  - 1.4. Paiement du solde du marché : établissement du projet de décompte final et contestation du décompte général ..... 349
  - 1.5. Cession ou nantissement des créances résultant des marchés publics ..... 358
- 2. Marchés privés : les délais de paiement encadrés ..... 365
- 3. Le prix et son règlement dans les marchés soumis à la norme AFNOR NF P 03-001 ..... 366
  - 3.1. Le prix du marché ..... 366
  - 3.2. Le paiement des acomptes ..... 372
  - 3.3. Le paiement du solde : établissement du mémoire définitif et contestation du décompte définitif ..... 373
- 4. Modèle de mémoire de réclamation ..... 377

**13 LES CONTRÔLES ET LES RECOURS DANS LES MARCHÉS PUBLICS .....379**

- 1. Le contrôle a posteriori des marchés publics ..... 379
  - 1.1. Les contrôles visant les actes administratifs ..... 380
  - 1.2. Les contrôles visant les personnes ..... 381
- 2. Les recours dans les marchés publics ..... 385
  - 2.1. Litiges portant sur la passation du marché : les recours traditionnels ..... 386
  - 2.2. Litiges portant sur la passation du marché : le déféré préfectoral ..... 391
  - 2.3. Litiges portant sur la passation des marchés : le référé précontractuel (L 551-1 du CJA) ..... 393
  - 2.4. Résumé du contentieux de la passation ..... 398
  - 2.5. Litiges portant sur l’exécution du marché ..... 399

**BIBLIOGRAPHIE.....411**

**INDEX.....415**