GMR
Avocats

« Acheter des prestations intellectuelles. Risques et responsabilités »

IMGC 11 janvier 2018

La notion d'« achat » de prestations intellectuelles en vue de la réalisation d'une opération de construction interpelle le juriste.

Elle fait appel à la notion de contrat de vente alors que la nature juridique des contrats de prestations intellectuelles est celle d'un contrat d'entreprise, le code civil parlant de « louage d'industrie ».

En fait elle traduit la volonté du maître d'ouvrage d'avoir un engagement financier irrévocable sur le coût de l'ouvrage (notion de forfait).

Pour autant, peut-on réellement considérer qu'il est possible d'acheter la conception et la réalisation d'un ouvrage comme on achète un véhicule de haute gamme ?

GMR Avocats

Il est vrai que les modes de passation des marchés de prestations intellectuelles ne leur réservent plus un sort spécifique

Jusqu'à la fin du 20ème siècle le code des marchés publics comprenait des dispositions particulières aux marchés d'études

Mais, elles ont disparu sous l'influence du droit communautaire qui ne connait que trois catégories de contrats : les marchés de travaux, les marchés de fourniture et les marchés qui ne relèvent d'aucune de ces catégories et qui sont dénommés marchés de service, comprenant l'ingénierie.

GMR Avocats

Et pourtant les marchés de prestations intellectuelles dans le domaine de la construction se sont multipliés.

L'une des classifications envisageable est fondée sur les responsabilités encourues qui sont de deux ordres :

La responsabilité contractuelle comprenant l'exécution correcte des prestations et le devoir de conseil

La responsabilité décennale

Si tous les titulaires d'un marché de prestations intellectuelles sont soumis à une responsabilité contractuelle et au devoir de conseil, seuls les constructeurs relèvent de la garantie décennale.

GMR Avocats

DEFINITION DE LA MAÎTRISE D'ŒUVRE

Article 7 de la loi sur la maîtrise d'ouvrage publique

La mission de maîtrise d'œuvre….. doit permettre d'apporter une **réponse architecturale, technique et économique au programme**.

Pour la réalisation d'un ouvrage, la mission de maîtrise d'œuvre est distincte de celle d'entrepreneur.

Le maître de l'ouvrage peut confier au maître d'œuvre tout ou partie des éléments de conception et d'assistance suivants :

1° les études d'esquisse,
2° les études d'avant-projets,
3° les études de projet,
4° l'assistance apportée au maître de l'ouvrage pour la passation du contrat de travaux,
5° les études d'exécution ou l'examen de la conformité au projet et le visa de celles qui ont été faites par l'entrepreneur,
6° la direction de l'exécution du contrat de travaux,
7° l'ordonnancement, le pilotage et la coordination du chantier,
8° l'assistance apportée au maître de l'ouvrage lors des opérations de réception et pendant la période de garantie de parfait achèvement.

Toutefois, pour les ouvrages de bâtiment, une mission de base fait l'objet d'un contrat unique.

(Le contenu des éléments de mission est fixé par le décret n° 1268 du 29 novembre 1993 et par l'arrêté du 21 décembre 1993).

GMR Avocats

En conséquence, tout contrat de prestations intellectuelles se rattachant à la conception d'un ouvrage et/ou au suivi de ses travaux de réalisation relèvera de la garantie décennale, qu'il s'agisse d'un marché complet de maîtrise d'œuvre ou de contrats ponctuels comme l'exécution des missions géotechniques à partir de la mission G1 - Principes généraux de construction, ou d'un contrat de contrôle extérieur.

GMR Avocats

Les missions géotechniques Norme P94-500 décembre 2013

Loi MOP	P94-500 - 2006	P94-500 - 2013
Programme	G 11	G 1 – Etude de site
Esquisse /études préliminaires		G1 – Principes généraux de construction
AVP	G 12	G 2 AVP
PRO	G 2	G 2 PRO
ACT		G 2 DCE/ACT
EXE/VISA/DET	G 3 et G 4	G 3 et G 4 Etudes et Suivi
	G5	Diagnostic géotechnique

GMR Avocats

❑

En revanche tous les contrats qui vont être conclus par le maître d'ouvrage pour définir ses besoins et établir le programme de l'ouvrage à réaliser pour servir de base à sa conception seront des contrats de prestations intellectuelles ne relevant pas de la responsabilité décennale et de la seule responsabilité contractuelle

GMR Avocats

Les assistants du maître d'ouvrage

- **L'assistance pour l'élaboration du programme et la détermination de l'enveloppe financière prévisionnelle,**
- **Le conducteur d'opération,**
- **L'A.M.O.**
- **Le géotechnicien chargé de la mission G 1 – Etude de site**
- **Le prestataire chargé de l'inspection des ouvrages existants**

GMR Avocats

La responsabilité du conducteur d'opération

Le conducteur d'opération n'est ni un mandataire, ni un maître d'œuvre, ni un entrepreneur.

Il est titulaire d'un contrat des prestations de services ayant pour objet une mission d'assistance du maître d'ouvrage.

Il ne saurait, donc, encourir la responsabilité d'un constructeur (C.A.A. Nancy 24 juin 1993, Req. n° 92NC00220).

GMR Avocats

La responsabilité du conducteur d'opération

Mais : C.E. 21 février 2011

En application des principes dont s'inspirent les articles 1792 à 1792-5 du code civil, est susceptible de voir sa responsabilité engagée de plein droit, avant l'expiration d'un délai de dix ans à compter de la réception des travaux, à raison des dommages qui compromettent la solidité d'un ouvrage ou le rendent impropre à sa destination, toute personne appelée à participer à la construction de l'ouvrage, liée au maître de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage ou qui, bien qu'agissant en qualité de mandataire du propriétaire de l'ouvrage, accomplit une mission assimilable à celle d'un locateur d'ouvrage, ainsi que toute personne qui vend, après achèvement, un ouvrage qu'elle a construit ou fait construire. Un conducteur d'opérations, au sens de l'article 6 de la loi du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique, concluant avec un maître d'ouvrage un contrat de louage d'ouvrage doit être regardé, pour la mise en oeuvre du dispositif de garantie décennale, comme un constructeur, et ce alors même que la convention en cause en l'espèce stipulait qu'elle n'était pas un contrat de louage d'ouvrage,

GMR Avocats

La responsabilité du maître d'ouvrage dans l'établissement du programme (C.A.A. Lyon 17 octobre 2002)

Une commune avait attribué un marché de maîtrise d'œuvre en vue de concevoir un gymnase. Après la réception des travaux, le maître d'ouvrage, ayant constaté un problème de visibilité du terrain de sport depuis les gradins, a engagé la responsabilité de l'architecte.

Après avoir relevé que les problèmes de visibilité provenaient de l'implantation des gradins, la cour a indiqué que cette implantation avait été choisie pour répondre aux contraintes financières de l'opération et que le programme ne comportait aucune recommandation ou indication sur la qualité de la visibilité de la salle du gymnase, depuis les gradins.

Elle a déduit que le caractère médiocre de la visibilité ne constituait pas un vice de conception, mais résultait exclusivement de choix faits lors de la définition du programme qui porte sur un ouvrage à vocation principale de gymnase scolaire et qui ne comporte aucune exigence particulière de visibilité qui serait exigée pour un public assistant à des compétitions de haut niveau.

GMR Avocats

Programme et devoir de conseil du maître d'œuvre

Au cours de l'opération de réhabilitation d'un bâtiment des sondages destructifs ont fait apparaître une insuffisance et un mauvais positionnement des armatures de soutien et un renforcement de plancher a été nécessaire pour permettre la réalisation de la suite du programme de travaux. Le maître d'ouvrage reprochait au maître d'œuvre d'avoir manqué à ses obligations de conseil et de renseignement en ne l'alertant pas sur la nécessité de procéder à une étude de diagnostic, en l'absence d'éléments disponibles sur les existants .

Le programme défini par le maître d'ouvrage remis au maître d'œuvre précisait que le bâtiment destiné à être rénové était dans un état correct, et que l'opération n'entraînait pas de surcharge d'exploitation, les charges de cloisonnement étant équivalentes dans l'état initial du bâtiment et dans l'état après modification ; que si la faiblesse des dalles du plancher a été constatée lors de l'un des passages du maître d'œuvre sur le site, cet élément de structure n'a toutefois pu être décelé qu'en phase de travaux, au stade de la démolition des cloisons. Par suite, le maître d'ouvrage n'est pas fondé à soutenir que le maître d'œuvre aurait manqué à ses obligations de conseil et de renseignement en ne l'informant pas de la nécessité d'une étude de diagnostic (C.A.A. Nancy 29 décembre 2015).

GMR Avocats

La responsabilité du maître d'œuvre

Le maître d'œuvre est l'intervenant à l'acte de construire sur lequel pèse le plus grand nombre de responsabilités

GMR Avocats

Récapitulation des responsabilités encourues

- **Responsabilité contractuelle**

➢ **Avant la réception**

✓ **Obligation de résultat dans la mission de conception,**

✓ **Obligation de moyen dans la mission d'exécution.**

➢ **Après la réception**

✓ **Vice apparent,**

✓ **Contrôle des situations de travaux,**

✓ **Inscription dans le décompte général de l'entreprise les sommes correspondant à la réparation de désordres ayant causé un préjudice au maître d'ouvrage**

✓ ***Le maître d'œuvre n'est pas redevable de la garantie de parfait achèvement***

- **Responsabilité décennale**

- **Responsabilité quasi délictuelle**

GMR Avocats

La responsabilité du maître d'ouvrage du fait des autres intervenants

Jurisprudence traditionnelle :

« Les difficultés exceptionnelles et imprévisibles rencontrées dans l'exécution d'un marché à forfait ne peuvent ouvrir droit à indemnité au profit de l'entrepreneur que dans la mesure où celui-ci justifie soit que ces difficultés ont eu pour effet de bouleverser l'économie du contrat soit qu'elles sont imputables au fait de l'administration »

GMR Avocats

La responsabilité du maître d'ouvrage du fait des autres intervenants

C.A.A. Douai 10 juillet 2011 :

« Considérant… que, si des difficultés sont rencontrées dans l'exécution d'un marché à forfait, celles-ci ne peuvent ouvrir droit à indemnité au profit de l'entreprise que dans la mesure où elle justifie, soit que ces difficultés ont eu pour effet de bouleverser l'économie du contrat, soit qu'elles sont imputables à un fait de l'administration ; que, le cas échéant, ce fait peut résulter de fautes commises par les autres intervenants à l'opération de construction dans le cadre de laquelle a été passé le marché »

La responsabilité du maître d'ouvrage du fait des autres intervenants

C.E. 5 juin 2013 Région Haute Normandie :

« … Considérant que les difficultés rencontrées dans l'exécution d'un marché à forfait ne peuvent ouvrir droit à indemnité au profit de l'entreprise titulaire du marché que dans la mesure ou celle-ci justifie soit que ces difficultés ont eu pour effet de bouleverser l'économie du contrat soit qu'elles sont imputables à une faute de la personne publique ; que, dès lors, en jugeant que la responsabilité de la région Haute-Normandie était susceptible d'être engagée du seul fait de fautes commises par les autres intervenants à l'opération de restructuration du lycée, la cour administrative d'appel de Douai a commis une erreur de droit ».

***Résumé aux Tables*: Les difficultés rencontrées dans l'exécution d'un marché à forfait ne peuvent ouvrir droit à indemnité au profit de l'entreprise titulaire du marché que dans la mesure celle-ci justifie soit que ces difficultés ont eu pour effet de bouleverser l'économie du contrat, soit qu'elles sont imputables à une faute de la personne publique, mais pas du seul fait de fautes commises par d'autres intervenants.**

GMR Avocats

La responsabilité du maître d'ouvrage du fait des autres intervenants

C.E. 6 janvier 2016:

les difficultés rencontrées dans l'exécution d'un marché à forfait ne peuvent ouvrir droit à indemnité au profit de l'entreprise titulaire du marché que dans la mesure où celle-ci justifie soit que ces difficultés trouvent leur origine dans des sujétions imprévues ayant eu pour effet de bouleverser l'économie du contrat soit qu'elles sont imputables à une faute de la personne publique commise notamment dans l'exercice de ses pouvoirs de contrôle et de direction du marché, dans l'estimation de ses besoins, dans la conception même du marché ou dans sa mise en oeuvre, en particulier dans le cas où plusieurs cocontractants participent à la réalisation de travaux publics ; qu'il suit de là qu'en jugeant que l'hôpital Nord Franche-Comté, maître d'ouvrage, ne pouvait être tenu pour responsable des préjudices dont les sociétés requérantes lui demandaient réparation du fait de l'allongement de la durée d'exécution du marché de travaux résultant de manquements à leurs obligations d'un autre entrepreneur ou de la maîtrise d'oeuvre, la cour administrative d'appel de Nancy n'a pas commis d'erreur de droit.

GMR Avocats

La mise en cause de l'intervenant fautif

GMR Avocats

La responsabilité quasi délictuelle

La faute de l'intervenant ne pourra pas trouver sa source dans l'exécution du contrat conclu entre le maître d'ouvrage et l'intervenant responsable, dès lors qu'à la différence de la Cour de cassation le Conseil d'État juge que le tiers à un contrat administratif ne peut, en principe, pas se prévaloir de la mauvaise exécution de ce contrat dans le cadre d'une action en responsabilité quasi-délictuelle.

En conséquence, peu importe que chaque intervenant dans l'opération de construction ne dispose pas des contrats des autres intervenants, dès lors qu'ils ne pourront pas se fonder sur ces contrats pour rechercher la responsabilité de l'intervenant responsable.

La faute ne pourra donc résulter que la violation des règles de la profession ou des règles l'art, notions régulièrement utilisées par le juge mais dont le contenu n'a jamais été précisément défini, ou de la violation de dispositions législatives et réglementaires, comme par exemple, le mauvaise exécution par le maître d'œuvre des éléments de mission prévus par la loi sur la maîtrise d'ouvrage publique et ses textes d'application

GMR Avocats

Identification de la MOE dans les marchés publics globaux

GMR Avocats

Article 35 bis de l'ordonnance du 23 juillet 2015 : *« Parmi les conditions d'exécution d'un marché public global figure l'obligation d'identifier une équipe de maîtrise d'œuvre chargée de la conception de l'ouvrage et du suivi de sa réalisation. Pour les ouvrages de bâtiment, la mission confiée à l'équipe de maîtrise d'œuvre est définie par voie réglementaire ; elle comprend les éléments de la mission définie à l'article 7 de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, adaptés à la spécificité des marchés publics globaux »* .

Le décret d'application est intervenu le 5 mai 2017 et ne concerne que les ouvrages de « bâtiment » .

Pour autant, les ouvrages d'infrastructure, s'ils ne sont pas visés par le décret, entrent dans le champ d'application de l'obligation instaurée par l'article 35 bis de l'ordonnance du 23 juillet 2015, puisque sa première phrase vise tous les marchés globaux sans restriction. Pour ces ouvrages il existe donc une obligation d'indentification de la mission de maîtrise d'œuvre sans détermination des conditions de cette identification.

Elle concerne tous les maîtres d'ouvrage relevant de l'ordonnance du 23 juillet 2015, pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices, que leur marchés soient publics ou privés.

GMR Avocats

Articulation maîtrise d'ouvrage/maîtrise d'œuvre/entreprise dans la loi M.O.P (Infrastructure)

<table>
<tr><th>MAÎTRE DE L'OUVRAGE</th><th>MAÎTRE D'ŒUVRE</th><th colspan="2">ENTREPRISE</th></tr>
<tr><td rowspan="2">DEFINITION
DU PROGRAMME</td><td></td><td rowspan="3"></td><td></td></tr>
<tr><td>•Etudes préliminaires</td><td rowspan="2">PASSATION</td></tr>
<tr><td>DEFINITION
(Ouvrages complexes)
Ou
PRECISION</td><td>•Etudes d'avant projet</td></tr>
<tr><td rowspan="2"></td><td>•Etudes de projet</td><td>PASSATION</td><td></td></tr>
<tr><td>•A.M.T.
•EXE ou VISA
•D.E.T.
•O.P.C.
•A.O.R</td><td>EXECUTION</td><td>EXECUTION</td></tr>
</table>

GMR Avocats

LA CONCEPTION RÉALISATION dans le code des marchés publics et dans le décret du 29 novembre 1993

MAÎTRE DE L'OUVRAGE	MAÎTRE D'ŒUVRE	ENTREPRISE
DEFINITION DU PROGRAMME		
	(Etudes préliminaires)	**Offre comportant les Etudes d'avant projet**
	(Etudes d'avant projet)	**PASSATION DU MARCHÉ**
	(Etudes de projet)	**Etudes de projet ?**
	?	**EXECUTION**

GMR Avocats

Identification de la MOE dans les marchés publics globaux

La phase de conception

Les missions obligatoires.

La maîtrise d'œuvre identifiée dans le marché doit avoir pour mission d'établir les études d'avant-projet définitif et les études de projet dont le contenu est celui des éléments de mission de la loi MOP.

Les missions facultatives

La mission confiée à l'équipe de maîtrise d'œuvre peut également comprendre les études d'esquisse et les études d'avant-projet.

Cette disposition pose problème au regard des conditions de mise en concurrence des marchés de conception réalisation puisque pour les marchés relevant des procédures formalisées, les candidats doivent remettre des prestations qui comportent au moins un avant-projet sommaire pour un ouvrage de bâtiment.

GMR Avocats

Identification de la MOE dans les marchés publics globaux

La phase de réalisation

La maîtrise d'œuvre identifiée dans le marché a pour mission des éléments relatifs à la maîtrise d'œuvre d'exécution.

Il s'agit, tout d'abord, des études d'exécution, le décret du 5 mai 2017 laissant subsister l'option permettant de confier les études d'exécution à l'entreprise, le maître d'œuvre devant alors établir un visa, ou au maître d'œuvre.

En ce qui concerne, ensuite, l'exécution des travaux, l'article 7 du décret opère une distinction, quelque peu subtile, qui n'existe pas dans la mission DET de la loi MOP, entre le suivi de la réalisation des travaux et leur direction, qui a pour objet d'organiser et diriger les réunions de chantier et en établir les procès-verbaux, seul le suivi de la réalisation étant obligatoire.

S'agissant, enfin de la réception, l'équipe de maîtrise d'œuvre n'a pas pour mission, comme dans la mission AOR de la loi MOP, d'assister le maître d'ouvrage pour les opérations de réception et la levées des réserves, mais seulement d'être associée à ces opérations.

GMR Avocats

Respect du coût d'objectif et travaux supplémentaires

GMR Avocats

Respect du coût d'objectif et travaux supplémentaires

Si l'augmentation du coût des travaux dépasse le coût d'objectif, la rémunération du maître d'œuvre est réduite dans les conditions fixées par le marché de maîtrise d'œuvre.

Si cette augmentation est la conséquence d'une faute du maître d'œuvre, ce dernier supporte, en outre, tout ou partie du coût des travaux supplémentaires que le maître d'ouvrage a été condamné à payer à l'entrepreneur (C.E. 24 octobre 1990, Req. n° 87.327 et 88.242).

La marge de tolérance contractuelle du dépassement du coût d'objectif ne peut couvrir le dépassement du coût d'objectif imputable à cette faute de la maîtrise d'œuvre (C.E. 19 décembre 2007, Req. n° 282261).

GMR Avocats

Respect du coût d'objectif et travaux supplémentaires

Les incertitudes de la jurisprudence

Pour certains arrêts les travaux supplémentaires conséquence d'oublis ou d'erreurs du maître d'œuvre doivent être remboursés au maître d'ouvrage par le maître d'œuvre.

Mais, certains arrêts de cours administratives d'appel procèdent d'une approche plus nuancée en considérant que les travaux supplémentaires auraient dû, en tout état de cause, être payés en l'absence d'un oubli du maître d'œuvre et en recherchant si l'oubli n'a pas augmenté le coût de l'ouvrage

GMR Avocats

Respect du coût d'objectif et travaux supplémentaires

C.E. 20 décembre 2017, Req. n° 401747

L'entrepreneur a le droit d'être indemnisé du coût des travaux supplémentaires indispensables à la réalisation d'un ouvrage dans les règles de l'art. La charge définitive de l'indemnisation incombe, en principe, au maître de l'ouvrage.

Toutefois, le maître d'ouvrage est fondé, en cas de faute du maître d'œuvre, à l'appeler en garantie.

a) **Il en va ainsi lorsque la nécessité de procéder à ces travaux n'est apparue que postérieurement à la passation du marché, en raison d'une mauvaise évaluation initiale par le maître d'œuvre, et qu'il établit qu'il aurait renoncé à son projet de construction ou modifié celui-ci s'il en avait été avisé en temps utile.**

b) **Il en va de même lorsque, en raison d'une faute du maître d'œuvre dans la conception de l'ouvrage ou dans le suivi de travaux, le montant de l'ensemble des travaux qui ont été indispensables à la réalisation de l'ouvrage dans les règles de l'art est supérieur au coût qui aurait dû être celui de l'ouvrage si le maître d'ouvrage n'avait commis aucune faute, à hauteur de la différence entre ces deux montants.**

GMR Avocats