



**HAL**  
open science

## Le contentieux de l'ordre de service

Nathan Aubry

► **To cite this version:**

| Nathan Aubry. Le contentieux de l'ordre de service. Droit. 2018. dumas-01948118

**HAL Id: dumas-01948118**

**<https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-01948118>**

Submitted on 7 Dec 2018

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Année 2017-2018

# Le Contentieux de l'ordre de service

Rédigé sous la direction de Monsieur  
le Professeur Florian Linditch

**Aubry Nathan**

MASTER II CONTRATS PUBLICS – FACULTE DE DROIT ET  
DE SCIENCES POLITIQUES AIX-EN-PROVENCE

## Remerciements

Je tiens particulièrement à remercier mon directeur de mémoire, Monsieur le Professeur Florian Linditch, également directeur du Master II Droit public des affaires/ Contrats Publics. En intégrant ce Master, j'ai pu parfaire ma formation de juriste dans un domaine que j'affectionne particulièrement. Merci encore Monsieur le Professeur.

# **TABLE DES MATIERES**

Introduction.....	4
Chapitre I : Ce que l'ordre de service permet .....	6
1°) Nature et fonctions de l'ordre de service .....	7
1§ Nature.....	7
2§ Fonctions .....	9
A) Communication.....	9
B) Direction du Chantier.....	9
2°) La question des modifications du contrat .....	11
1§ Encadrement général des modifications unilatérales.....	11
2§ Articulation entre modifications unilatérales et avenant .....	12
3§ Les Travaux supplémentaires .....	13
A) Travaux ordonnés, non prévus et hors contrat .....	14
B) Travaux non prévus, ordonnés, dans le champ contractuel.....	14
C) Travaux non ordonnés .....	16
Partie II : Ce qu'engage l'ordre de service.....	18
1)° L'étendue des droits et obligations des parties au contrat .....	18
1§ L'entrepreneur.....	18
2§ La Maîtrise d'œuvre .....	21
3§ La Maîtrise d'ouvrage .....	23
2°) La contestation d'un ordre de service .....	25
1§ Le mémoire en réclamation .....	26
2§ Recevabilité et Nature du recours.....	27
3§ Le principe : l'impossible annulation d'un ordre de service.....	27
4§ Les possibilités ouvertes aux parties .....	30
Bibliographie.....	32

# **INTRODUCTION**

Un marché public de travaux est un contrat entre un acheteur public et des opérateurs économiques qui a pour objet la réalisation ou la rénovation d'ouvrages. Il s'agit donc avant tout d'un marché de travaux, aussi courant que n'importe quel contrat de construction. Que ce soit dans le domaine privé ou public, on y retrouve les mêmes acteurs à savoir un maître d'ouvrage, un maître d'œuvre, un entrepreneur, des sous-traitants... Construire un ouvrage reste de la construction qu'importe pour qui on le construit. Pour cette raison, les constructeurs sont soumis aux mêmes obligations de conseil que ce soit pour le compte d'un maître d'ouvrage privé ou public. Les constructeurs sont également redevables des mêmes garanties post-contractuelles peu importe la qualité du maître d'ouvrage.

Cependant, la qualité du maître d'ouvrage a un impact important sur le contrat. Le fait qu'il soit une personne publique ou dotée de certaines prérogatives change en réalité l'équilibre global du contrat. On ne se retrouve plus dans une configuration classique entre un client et un professionnel. Le professionnel ne doit pas tout faire dans un marché public de travaux : le maître d'ouvrage public remplit une fonction d'intérêt général dont il ne peut se démettre<sup>1</sup>.

Le maître d'ouvrage est en effet investi d'une mission d'intérêt général et donc il doit pouvoir être en mesure d'avoir la main sur ses activités. Il est donc soumis à certaines obligations dont celle de définir précisément son besoin<sup>2</sup>. Il est ensuite soumis à de lourdes contraintes quant à la passation du contrat et se doit de respecter les grands principes de la commande publique que sont l'accès à la commande publique, l'égalité de traitement et la transparence des procédures. La passation doit être effectuée dans le respect du droit de la concurrence.

Cette mission d'intérêt général se traduit aussi durant l'exécution. Comme dans les marchés privés de travaux (contrat d'entreprise), le maître d'ouvrage dispose de certaines prérogatives comme celle de résilier le contrat (Article 1794 du Code civil). Mais elle se traduit aussi par des pouvoirs exorbitants du droit commun, plaçant le cocontractant dans une situation inégale.

---

<sup>1</sup> Article 2 de la Loi MOP du 12 juillet 1985.

<sup>2</sup> Article 30 de l'ordonnance 2015-899 du 23 Juillet 2015.

Outre le pouvoir de résiliation unilatérale, l'Administration dispose aussi d'un pouvoir de modification unilatérale, de contrôle, de sanction et de direction. A l'origine dégagée pour les contrats ayant pour objet la gestion d'un service public, ils ont été étendus à tous les contrats administratifs<sup>3</sup>. Une des illustrations de cette inégalité est l'interdiction de l'exception d'inexécution opposée par le cocontractant à la personne publique. Le Conseil d'Etat est venu rappeler<sup>4</sup> que « le cocontractant lié à une personne publique par un contrat administratif est tenu d'en assurer l'exécution sauf cas de force majeure et ne peut notamment pas se prévaloir des manquements ou défaillances de l'administration pour se soustraire à ses propres obligations contractuelles ou prendre l'initiative de résilier unilatéralement le contrat ».

L'Administration est donc en position de force juridiquement parlant face à son cocontractant. Dans le cadre d'un marché public de travaux, ces pouvoirs sont matérialisés par l'ordre de service. C'est un ordre écrit qui est susceptible de régir toute l'exécution du contrat. Avec un ordre de service, on décide quand est-ce que l'on commence les travaux. On décide de communiquer telle ou telle information. On décide telle ou telle possibilité ou interdiction. On décide d'affermir les tranches conditionnelles. On décide de la manière de procéder et à quel moment. En bref, il peut servir à mettre en œuvre toute les mesures que le contrat permet de prendre.

L'ordre de service recouvre donc un vaste champ d'application. Mais essentiellement il remplit les fonctions de communications, de mise en œuvre des prestations et de modification du contrat. Il est possible à l'Administration de modifier unilatéralement un contrat. Cependant, il faut faire attention parce qu'une modification d'un contrat est normalement l'œuvre d'un avenant. La question se pose de l'articulation respectueuse entre les deux. On sait que la modification unilatérale est possible mais on peut avoir peur de la mettre en place parce qu'on ne sait pas dans quel cas on peut s'en servir ni quelles en sont les conséquences exactes. Les acheteurs publics sont souvent confrontés à des problèmes durant les travaux et ces problèmes nécessitent souvent des modifications pour les surmonter. La question des modifications est liée à celle des travaux supplémentaires. C'est une question cruciale de savoir ce que l'on peut modifier et quelles en seront les conséquences, notamment financière. La présence ou l'absence d'ordre de service conditionne la rémunération des travaux supplémentaires, de même de savoir s'ils rentrent dans le champ contractuel ou non. L'entrepreneur, tenu d'une obligation de résultat est obligé d'exécuter les ordres de services sauf rares exceptions. Par conséquent, il doit lui aussi savoir si l'Administration n'abuse pas de son pouvoir de modification. L'entrepreneur est protégé des abus parce que la jurisprudence empêche l'Administration de modifier les clauses financières (ou d'en créer de nouvelles) et de bouleverser l'économie du contrat. Elle oblige l'Administration à compenser financièrement les surcoûts liés aux modifications.

Les parties au contrat doivent donc savoir à quoi sert un ordre de service. Mais elles doivent également savoir à quoi elles s'engagent. Elles ont des droits et des obligations et chaque manquement est susceptible d'engager leur responsabilité. Par exemple le titulaire est redevable des obligations nées du contrat mais pas seulement. En tant que professionnel, il est redevable d'une obligation de conseil et d'une obligation de respecter les règles de l'art, c'est-à-dire d'exécuter ses prestations conformément au niveau de qualité habituellement exigé pour un professionnel

---

<sup>3</sup> CE 2 Février 1983 « Union des transporteurs publics urbains et régionaux », n° 34027

<sup>4</sup> CE 8 Octobre 2014 « Société Grenke Location », n° 370644

de son secteur. Le maître d'œuvre est tenu d'obligations similaires du fait de son statut professionnels. Le maître d'ouvrage quant à lui, est responsable du déroulement global du contrat.

L'étendue des responsabilités de chacun des acteurs les incitent à être prudents lorsqu'elles émettent ou reçoivent des ordres de service. En effet, c'est par eux que matériellement leurs responsabilités sera engagée. Le maître d'œuvre qui notifie un mauvais ordre de service sera responsable. L'entrepreneur qui exécute un ordre de service pourra voir sa responsabilité engagée si des désordres surviennent alors que l'entrepreneur pouvait les prévoir. A chaque ordre de service, une partie du contrat s'exécute et les parties engagent leurs responsabilités. Il est donc crucial de connaître l'étendue et la nature de ses obligations. Le cas échéant, l'entrepreneur pourra voire devra s'opposer aux prescriptions d'un ordre de services. Cette opposition est son seul moyen de se décharger de sa responsabilité vis-à-vis des opérations de constructions. De l'autre côté, le maître d'œuvre et d'ouvrage savent qu'ils seront pleinement responsables en cas de réserve faites à un ordre de service.

Les réserves doivent être notifiées sous 15 jours au maître d'œuvre. Elles suivent un formalisme précis et strict. Certaines réclamations ne sont pas prises en compte uniquement parce qu'elles ne respectent pas les conditions de forme et sont donc jugées irrecevables. Ensuite, il faut savoir que, pour des raisons obscures, les ordres de service ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'une annulation. Cette impossibilité n'est pas sans poser quelques problèmes de cohérence dans le raisonnement du juge, qui n'hésite pas dans un cas à sanctionner les mesures de résiliation irrégulières mais pas à sanctionner les mesures modificatives ou d'application du contrat.

Au vu de tous ces problèmes soulevés, on se rend compte que l'ordre de service, décrit simplement comme un acte banal d'application du contrat, est en réalité un acte essentiel du marché public de travaux derrière lequel se cache de potentiels nombreux problèmes. On peut alors se demander quelles sont limites et le périmètre de l'ordre de service ?

# CHAPITRE I : CE QUE L'ORDRE DE

## SERVICE PERMET

L'ordre de service traduit le pouvoir de contrôle et de direction du maître d'ouvrage sur l'exécution du contrat. Généralement, la délivrance des ordres de services est assurée par le maître d'œuvre, à qui a été déléguée la direction du chantier. C'est d'ailleurs pour cette raison que le CCAG Travaux définit l'ordre de service comme étant « *la décision du maître d'œuvre qui précise les modalités d'exécution de tout ou partie des prestations qui constituent l'objet du marché* »<sup>5</sup>.

Il s'agit d'une définition générale dont on a du mal à connaître exactement la teneur ou l'étendue à sa seule lecture. Pourtant, il occupe une place essentielle dans l'exécution d'un marché public de travaux. De la date de démarrage des travaux à la notification de l'état des acomptes mensuels, de nombreux éléments de la vie du chantier sont réglés par les ordres de service. Ces éléments sont encadrés par l'objet du contrat, l'ordre de service ici est simplement une modalité d'exécution.

Cependant, dans la pratique et dans des cas listés par le CCAG Travaux, les ordres de services modifient le contrat initial. Cette situation n'est pas sans poser de problème. Le principe en matière contractuelle est que seul un avenant puisse modifier un contrat. Bien qu'il existe pour les contrats administratifs des exceptions quant aux pouvoirs unilatéraux de l'administration, le principe reste en vigueur. Il est donc crucial de savoir, quant à la modification du contrat, quand est-ce que l'on peut recourir à l'ordre de service et quand doit-on recourir à l'avenant<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> CCAG Travaux 2009, Article 2 Définitions.

<sup>6</sup> Bien que le terme ait disparu de l'ordonnance 2015-899 du 23 juillet 2015 et du décret 2016-360 du 25 mars 2016, je l'emploie dans le mémoire pour faire référence à une modification approuvée par les parties par opposition aux modifications unilatérales.



# *1°) NATURE ET FONCTIONS DE L'ORDRE DE SERVICE*

## 1§NATURE

L'ordre de service est un acte unilatéral, écrit, daté, numéroté et signé par le maître d'œuvre. Ils sont toujours adressés au titulaire principal. En cas de groupement, ils sont notifiés au mandataire. C'est pareil pour les ordres de services relatifs à des prestations sous-traitées, ils sont adressés au titulaire. Cette précision sur la notification est importante parce qu'elle conditionne l'émission des réserves : seul le destinataire des ordres de service est compétent pour les émettre. Le titulaire reçoit l'ordre de service en deux exemplaires : il doit en renvoyer un avec sa signature et la date de sa réception.

Les ordres de services sont généralement émis par le maître d'œuvre mais le maître d'ouvrage peut également en émettre. En effet, il reste la personne pour qui l'ouvrage est construit et possède le pouvoir de direction et de contrôle. Même s'il délègue ce pouvoir au maître d'œuvre, il reste compétent pour émettre un ordre de service<sup>7</sup>. La même solution est retenue concernant le maître d'ouvrage délégué par l'émission d'un ordre de service à la place du maître d'œuvre<sup>8</sup>. Il est important de préciser contractuellement les missions respectives de chacun. Ainsi, un arrêt de la Cour d'Appel Administrative de Paris du 13 février 2007 (SNC Dumez Ile-de-France, n°04PA01640) a déclaré irrégulier un ordre de service du maître d'ouvrage délégué parce que l'accord du maître d'ouvrage était requis. De manière identique, l'ordre de service émis par l'architecte est sans effet lorsque seul le maître de l'ouvrage était compétent<sup>9</sup>. Dans le cadre de marché de partenariat ou globaux, la question ne se pose même pas, le titulaire dispose d'un quasi-monopole sur l'exécution des travaux. La plupart du temps, dans les autres marchés publics de travaux, le maître d'œuvre, en raison de sa compétence technique, délivre l'immense majorité des ordres de service.

La forme de l'ordre de service est définie par le CCAG Travaux mais en pratique, « tout document signé ou ordre quelconque par lequel l'administration ou le maître d'œuvre donne des instructions à l'entreprise doit être qualifié d'ordre de services »<sup>10</sup>. La jurisprudence a eu l'occasion de déterminer la validité certaines formes. Dans l'arrêt « OPHLM de Seine-et-Oise du 5 juin 1953, le Conseil d'Etat a assimilé un ordre verbal non contesté à un ordre de service écrit<sup>11</sup> ». Pour les formes écrites, les juges ont validé plein de moyen<sup>12</sup> comme :

---

<sup>7</sup> CE 31 Octobre 1962 « Société les Constructions de l'Ouest », Lebon page 583.

<sup>8</sup> CAA Douai 15 novembre 2007 « Société Olivier » n° 06DA00903.

<sup>9</sup> CE 3 Novembre 1978 OPHLM des Alpes-Maritimes n° 02260, Lebon page 875.

<sup>10</sup> Feuillet mobile IV.322.1 « Obligations du maître d'ouvrage avant la construction », Rémi Rouquette, Droit des marchés publics, Edition le Moniteur, Septembre 2016.

<sup>11</sup> Feuillet mobile IV.322.1 « Obligations du maître d'ouvrage avant la construction », Rémi Rouquette, Droit des marchés publics, Edition le Moniteur, Septembre 2016

<sup>12</sup> Feuillet mobile IV.322.1 « Obligations du maître d'ouvrage avant la construction », Rémi Rouquette, Droit des marchés publics, Edition le Moniteur, Septembre 2016

- Un arrêté (CE 31 Octobre 1962 « Société les Constructions de l'Ouest », Lebon page 583.)
- Une lettre (CE 01 Mai 2008 « Société CSM Bessac » n° 288622, Lebon page 814 et 817.
- Une transmission de plans par le maître d'œuvre (CE 26 Juillet 2006 « Commune de Châteauponsac » n° 269052, inédit au Lebon.
- Un accord sur devis (CAA Lyon 03 Février 2011 « SA Thérond Construction vs Hôpital de Langeac » n° 05LY01803)
- Les notes sur les PV de réunions de chantier
- Une télécopie, l'arrêt « Société Lenôtre » de la Cour d'Appel Administrative de Paris en date du 27 mars 2007 (n°04PA03029) admet que les intérêts moratoires commencent à courir dès la transmission d'une facture par télécopie.

L'article 3.1 du CCAG Travaux prévoit également la possibilité de les notifier par voie dématérialisée. La lettre électronique est également valable conformément à l'article 1369-8 du Code Civil. La signature électronique est indispensable dans ce cas-là<sup>13</sup>

La preuve de la réception incombe à la personne publique<sup>14</sup>.

L'article 3.8 du CCAG Travaux dispose « que le titulaire doit se conformer aux ordres de services, que ceux-ci aient fait l'objet ou non de réserve de réserves de sa part, à l'exception des seuls cas que prévoient les articles 15.2.2 et 46.2.1 du CCAG Travaux ». Il s'agit donc d'un acte exécutoire. A l'image des marchés privés de travaux, l'entrepreneur se retrouve soumis, techniquement et hiérarchiquement au maître d'œuvre. Le titulaire a 15 jours pour formuler des réserves qui ne sont pas suspensives.

C'est donc principalement au maître d'œuvre d'organiser et de diriger le chantier. L'article 9 du décret 93-1268 du 29 décembre 1993 relatif aux missions de maîtrise d'œuvre confiées par des maîtres d'ouvrages publics à des prestataires de droit privé liste énonce notamment que le maître d'œuvre délivre les ordres de service et organise et dirige les réunions de chantier.

L'ordre de service lui permet donc de remplir plusieurs fonctions au cours de l'exécution du marché public. Ainsi, il peut être utilisé afin de communiquer aux entreprises, de diriger le chantier ou encore de modifier le marché.

---

<sup>13</sup> Maître Patrice Cossalter, Société d'avocats Légitima, « Avocats Marchés Publics : Les OS du maître d'œuvre ».

<sup>14</sup> CAA Nancy 06 Avril 2006 « Société Slee » n° 03NC00382.

## 2§ FONCTIONS

### A) COMMUNICATION

L'ordre de service peut être utilisé afin de communiquer. Le CCAG Travaux prévoit l'obligation de notifier certaines informations à l'entrepreneur. La forme de l'ordre de service est utile à cette fin<sup>15</sup>. En effet, le titulaire est réputé avoir accepté les prescriptions de l'ordre de service s'il n'émet pas de réserve dans le délai imparti. Dans le CCAG, seul le maître d'œuvre est habilité à émettre des ordres de service mais en réalité, le maître d'ouvrage l'est aussi. Un arrêt de la Cour d'Appel Administrative de Nantes<sup>16</sup> rappelle que même si le maître d'œuvre est en principe compétent pour adresser un ordre de service, rien ne fait obstacle à ce que le maître d'ouvrage prenne un ordre de service en lieu et place du maître d'œuvre parce que les dispositions du CCAG (article 2.51 de l'ancien CCAG dans l'arrêt) n'ont pas pour objet de priver le maître d'ouvrage du pouvoir de contrôle et de direction. Il est judicieux de soit prévoir contractuellement qui a le pouvoir de faire quoi soit de faire en sorte que le maître d'ouvrage se concertent avec le maître d'œuvre s'il veut faire parvenir à l'entrepreneur des informations. A cet égard, l'ordre de service est aussi un moyen de preuve.

### B) DIRECTION DU CHANTIER

L'ordre de service est bien sûr utilisé afin de diriger le chantier, c'est d'ailleurs la matérialisation du pouvoir de direction et de contrôle. Il sert dans toutes les situations pour lesquelles l'Administration dispose d'un pouvoir unilatéral<sup>17</sup>.

Pour commencer, l'article 28 du CCAG prévoit que la préparation globale du chantier est organisée par le maître d'œuvre. C'est par l'intermédiaire d'un ordre de service que débute la période de préparation, qui ne peut excéder 2 mois. Seul un ordre de service peut prolonger cette période. Cette phase préliminaire détermine l'organisation du chantier sur le plan du calendrier d'exécution, des installations de chantier, les mesures d'hygiène/sécurité/protection de la santé des travailleurs... Elle permet une mise en relations de tous les intervenants lors de la phase d'exécution. Le calendrier des travaux allotis est également élaboré et notifié à ce moment-là.

Ensuite, la date de démarrage des travaux est également notifiée par ordre de service. Durant les travaux à proprement parler, le maître d'œuvre appliquera les obligations contractuelles. Le marché sera pour ainsi dire exécuté normalement.

---

<sup>15</sup> Maître Patrice Cossalter, Société d'avocats Légitima, « Avocats Marchés Publics : Les OS du maître d'œuvre ».

<sup>16</sup> CAA Nantes 31 Octobre 2013 « SARL SONOTER » n° 12NT01444

<sup>17</sup> Feuillet mobile IV.322.1 « Obligations du maître d'ouvrage avant la construction », Rémi Rouquette, Droit des marchés publics, Edition le Moniteur, Septembre 2016

Le maître d'œuvre peut informer l'entrepreneur de tout problème ou difficultés qui pourraient se présenter. Mais il peut aussi, suivant l'article 39 du CCAG, prescrire toute mesure visant à déceler un vice de construction via un ordre de service et ce, jusqu'à expiration du délai de garantie.

Dans ces cas-là, l'ordre de service ne sert qu'à exécuter le contrat. Les exemples précités ne sont pas exhaustifs et montrent simplement l'étendu et quelques exemples, issus notamment du CCAG Travaux. Toutefois, il existe des hypothèses pour lesquelles le CCAG prévoit l'utilisation d'ordre de service mais qui ont pour objet de modifier le contrat ou de notifier des informations relatives aux modifications.

De telles possibilités peuvent laisser perplexe. Le principe est que, même pour les contrats administratifs, une partie ne peut modifier le contrat de manière unilatérale. Or, en agissant par ordre de service, c'est exactement ce qui se passe. Cette faculté pose deux interrogations. La première est celle de savoir si le pouvoir de modification unilatérale reconnu à l'administration est limité par la restriction des modifications posées par le décret 2016-360 du 2 mars 2016. La seconde est de savoir comment s'articule le recours aux avenants et le recours aux ordres de services. Il est possible que parfois, le titulaire ne se conforme pas totalement à ses obligations contractuelles et modifie quelque peu l'exécution de ses obligations. Il effectue des travaux supplémentaires, non prévus au contrat. Là encore, il faut se poser la question de savoir si dans ce cas de figure, les travaux supplémentaires sont valables et si par conséquent ils ouvrent droit à une rémunération.

## 2°) LA QUESTION DES MODIFICATIONS DU CONTRAT

Le pouvoir de modification unilatéral du contrat a été reconnu depuis longtemps à l'Administration. Aujourd'hui, avec le mouvement important de contractualisation combiné au contrôle du droit européen, on peut se demander dans quelle mesure ce pouvoir s'exerce face à son cocontractant.

### 1§ ENCADREMENT GENERAL DES MODIFICATIONS UNILATERALES

Le pouvoir de modification unilatérale a été reconnu à l'Administration au début du XX<sup>ème</sup> siècle. Deux arrêts du Conseil d'Etat l'ont consacré : Compagnie Nouvelle du gaz de Deville - Lès-Rouen en 1902 et Compagnie Générale Française des Tramway en 1910. A l'origine, cette possibilité a été reconnue aux contrats concédant la gestion d'un service public à un cocontractant privé. Le commissaire du gouvernement Léon Blum rappelle que concernant le service public, délégation ne signifie pas abandon et donc la personne publique garde toujours la faculté, en raison de l'intérêt général, d'adapter le contrat aux besoins du service public.

Les juges du Palais-Royal, ont par la suite, affirmé dans l'arrêt du 2 février 1983 « Union des Transporteurs Publics Urbains et Régionaux » que le pouvoir de l'autorité organisatrice peut toujours modifier unilatéralement la consistance des services et leurs modalités d'exploitation en application des règles générales applicables aux contrats administratifs<sup>18</sup>. Le principe est donc ancré dans le droit administratif français. La CEDH en 1994<sup>19</sup> a validé le principe que les Etats souverains puissent modifier ou résilier des contrats les liant à des particuliers.

Les juges ont, après l'avoir reconnu, limité cette faculté. Pour le juge administratif français, les clauses financières, l'objet, la substance et l'économie générale du contrat ne peuvent être touchées par ces modifications<sup>20</sup>. Le juge européen, quant à lui, a posé les limites dans l'arrêt du 19 juin 2008 Presstext Narichtenagentur. Les modifications unilatérales sont admises mais encadrées : elles ne peuvent être substantielles. L'idée derrière le terme substantiel est soit de ne pas fausser la concurrence soit de ne pas trop lésé le cocontractant. Aujourd'hui, reprenant les

---

<sup>18</sup> GAJA, 20<sup>ème</sup> Edition, 2015, Page 116.

<sup>19</sup> CEDH 9 décembre 1994, « Raffineries Grecques Stran et Stratis Andreadis vs Grèce » §74.

<sup>20</sup> GAJA, 20<sup>ème</sup> Edition, 2015, page 117.

termes de cet arrêt, les deux ordonnances et leur décret d'application sur la commande publique liste les cas de recours aux modifications possibles.

Il apparaît donc que le pouvoir de modification unilatérale soit encadré par les articles 139 et 140 du décret 2016-360 dans les marchés publics de travaux. Ce pouvoir a émergé à propos de la gestion du service public et est né afin de le préserver. S'il existe une possibilité pour qu'une modification unilatérale puisse déroger aux exigences européennes, alors c'est pour le service public qu'elle existerait. Ce pouvoir est plus facilement utilisable pour le service public. Dans le cadre d'un marché public classique, l'Administration perd de ses prérogatives de puissance publique en raison d'une présence moindre de l'intérêt général. Elle est plus en situation d'égalité vis-à-vis de son cocontractant. Il résulte aussi de l'esprit des nouvelles réglementations d'admettre dans leur principe les modifications et de ne pas les remettre en cause tant qu'elles respectent les limitations fixées. Il semble peu probable qu'un impératif lié à l'intérêt général puisse justifier une telle dérogation.

## 2§ ARTICULATION ENTRE MODIFICATIONS UNILATERALES ET AVE- NANT

Les modifications étant dans leur ensemble encadrées, il reste à déterminer lesquelles peuvent être décidées unilatéralement de celles qui nécessitent l'accord du cocontractant dans les marchés publics de travaux. Il faut noter que la modification unilatérale est une notion présente dans les marchés de travaux puisque la norme AFNOR P 03-001 permet au maître d'ouvrage la modification du marché.

L'avenant est l'acte par lequel les parties modifient un contrat. Le principe veut que seules les parties possèdent le pouvoir de toucher le contrat initial. C'est assez logique au vu du parallélisme des formes : si les parties ont librement consenties à s'obliger l'une l'autre, seules les mêmes parties peuvent changer leurs obligations respectives. Dans les marchés publics de travaux, ce principe n'est pas toujours respecté : le contrat peut être changé par les deux parties ou uniquement par l'Administration. Il existe donc des cas pour lesquels l'ordre de service suffit et l'avenant ne s'impose pas.

L'ordre de service sert normalement à exécuter le contrat, il est strictement délimité par le contenu du contrat. L'objet même de l'avenant est de modifier le contrat, il n'est limité que par le droit de la commande publique. La modification par ordre de service a donc une moins grande portée que par avenant.

La modification d'un commun accord est donc réservée aux cas les plus « graves », celles touchant aux conditions essentielles du contrat. Il faut impérativement un avenant en cas d'évolutions législatives sur la protection des données à caractère personnel (Article 5.2.2 du CCAG Travaux), la protection de la main d'œuvre et des conditions de travail (Article 6.2 du CCAG

Travaux) et de la protection de l'environnement (Article 7.2 du CCAG Travaux) pouvant impacter le contrat<sup>21</sup>. L'arrêt Hôpital-Hospice de Chauny du Conseil d'Etat du 11 juillet 1941 pose le principe d'interdiction des modifications unilatérales des clauses financières. De même, des modifications unilatérales bouleversant l'économie du contrat ou étrangères à la nature du contrat<sup>22</sup> ne sont pas autorisées. Parfois, la poire est coupée en deux, comme pour les délais d'exécution. Le principe est que seul un avenant puisse prolonger les délais d'exécution sauf pour les cas listés aux articles 19.2.2 et 19.2.3 du CCAG Travaux. Ces articles autorisent une modification par ordre de service lorsque les prestations sont changées, le chantier ajourné, face à des difficultés imprévues ou encore lorsque le résultat n'est pas imputable au titulaire.

Toute la question est donc de déterminer précisément si des modifications entrent strictement dans le champ des stipulations contractuelles initiales ou non. Les marchés publics de travaux font souvent l'objet de changements plus ou moins importants lors de leurs exécutions parce que l'on se rend compte qu'il est plus judicieux d'adapter le marché. Toute la question est de savoir si les modifications apportées rentrent dans le champ des stipulations contractuelles. En effet, cette condition détermine par la suite les droits et devoirs des parties, à savoir si le titulaire est en droit ou en a le devoir d'accepter ces modifications. Cela conditionne aussi l'indemnisation de ces modifications.

### 3§ LES TRAVAUX SUPPLEMENTAIRES

Dans le cadre de marchés public de travaux, il se peut que des prestations supplémentaires non prévues soient demandées. La notion de travaux supplémentaires ne pose pas trop de problème lorsque les travaux sont d'une autre nature que ceux figurant dans le contrat initial. En revanche, les quantités supplémentaires sont qualifiées de travaux supplémentaires lorsqu'elles dépassent les seuils relatifs à l'augmentation de la masse des travaux<sup>23</sup>. Il faut être vigilant sur la variation de quantité demandée surtout dans un marché à prix forfaitaire, parce ce prix est censé inclure la réalisation de la prestation en entier. Il convient de distinguer, au sein de cette notion, les différents travaux :

- Les travaux non prévus et ne rentrant pas dans l'objet du contrat initial.
- Les travaux non prévus mais rentrant dans l'objet du contrat initial.

Le contrat initial prévoit la réalisation d'un ouvrage répondant à un besoin de la personne publique. En vue de la réalisation, une liste détaillée des prestations est donnée et chiffrée. L'entrepreneur est soumis à une obligation de résultat qui se résume à la satisfaction du besoin : il n'est pas en vérité seulement redevable des prestations détaillées mais de toutes les prestations nécessaires à la satisfaction du besoin. Comme on l'a vu au paragraphe précédent, les modifications sont encadrées par les articles 139 et 140 du décret 2016-360. Ainsi, il faudra toujours

---

<sup>21</sup> Samuel Dyens, président de l'Association nationale des juristes territoriaux (ANJT) - Moniteur N° 5811 - Publié le 10/04/2015

<sup>22</sup> CE 17 Février 1978 « Compagnie Française d'Entreprise », n° 99193 99436

<sup>23</sup> Feuillet mobile IV.418.2.1 Travaux supplémentaires indispensables, Rémi Rouquette, Droit des marchés publics, Edition du Moniteur, Septembre 2016.

prendre en compte ces articles lors d'une quelconque modification du marché. Compte tenu de la nature exécutoire de l'ordre de service, l'entrepreneur qui n'émet pas de réserve sera réputé avoir accepté les prestations ordonnées. Il convient de différencier la notion de travaux supplémentaires avec celle des sujétions imprévues. Les sujétions imprévues sont une notion distincte reprenant les caractéristiques de la force majeure (exception faite de l'impossibilité de continuer l'exécution du contrat) et précisée dans un arrêt « Commune de Lens » du 30 Juillet 2003 par la Haute Juridiction. Les sujétions imprévues recouvrent les travaux résultant de difficultés imprévisibles par un acheteur diligent. Il s'agit d'une souplesse permettant d'adapter le contrat lorsque, familièrement « les difficultés rencontrées ne sont de la faute à personne ». Il en va de même pour l'imprévision, qui elle n'empêche pas la poursuite du contrat mais impose temporairement des charges d'une telle importance que l'économie du contrat est bouleversée. Pour ces deux régimes, il est prévu des règles spéciales d'indemnisation, d'aménagement ou de modification (3° de l'article 139 du décret). Il convient également d'écarter l'hypothèse des modifications qui ont été prévues contractuellement, comme les clauses de réexamens. Ici, on va parler des modifications n'entrant pas dans les cas précités mais toujours limités par les articles 139 et 140 du décret 2016-360, soit des travaux non prévus qui aurait dû l'être.

## A) TRAVAUX ORDONNES, NON PREVUS ET HORS CONTRAT

Le premier cas concerne des travaux non prévus et ne rentrant pas dans l'objet du contrat initial. Les prestations supplémentaires sont donc étrangères. Le titulaire n'est donc pas tenu en principe par ces prestations. Cependant, l'article 15.2.2 du CCAG travaux énonce que le maître d'ouvrage peut changer les besoins ou les conditions d'utilisation des ouvrages si le montant des modifications n'excède pas le 10<sup>ème</sup> du montant contractuel des travaux. A noter que le montant limite se calcule en prenant en compte tous les travaux relevant de cette espèce depuis la notification du marché. La survenance d'un avenant remet le calcul des travaux à zéro. Au-delà de cette augmentation limite, un avenant est impératif. Le titulaire peut même refuser de se conformer à cet ordre de service<sup>24,25</sup>. La jurisprudence a eu l'occasion de se prononcer dessus. Le Conseil d'Etat le 25 juin 1971, dans un arrêt « Société des entreprises Marius Series » (n°70874) a posé le principe que le maître d'ouvrage ne peut imposer des travaux relatifs à un ouvrage nouveau étranger à l'objet du marché initial. Dans la même veine, les travaux distincts relevant d'un autre marché sont à différencier de travaux supplémentaires<sup>26</sup>. La Cour d'Appel Administrative d'appel utilise des critères matériels, formels et temporels<sup>27</sup> afin de distinguer les deux notions. Dans l'affaire précitée, la Cour s'était fondée sur le fait que les travaux avaient été réalisés au cours et selon les mêmes techniques que le marché et que les travaux avaient été facturés selon le bordereau de prix du marché. Enfin, il faut aussi faire la différence avec des travaux extérieurs au marché. Ainsi, « des travaux ne se rapportant pas à l'exécution des marchés afférents »<sup>28</sup> ne constituent pas des travaux supplémentaires.

L'avenant est donc impératif pour ces cas sauf si le montant des travaux se situent en dessous de la limite du 10<sup>ème</sup> du montant contractuel et qu'ils répondent toujours au besoin (modifié ou

---

<sup>24</sup> CAA Paris 3 Avril 2007 « Société S2A », n° 04PA00843

<sup>25</sup> CE 22 Février 2008 « SARL NTA vs Ministère de la Défense », n° 274669.

<sup>26</sup> CAA Paris 3 Juillet 2012 « Société Jean Loup Bouvier » n° 10PA04696

<sup>27</sup> Feuillet mobile IV.418.2.1 Travaux supplémentaires indispensables, Rémi Rouquette, Droit des marchés publics, Edition du Moniteur, Septembre 2016.

<sup>28</sup> CAA Versailles 30 Décembre 2010 « Société Pilliot vs Communauté de communes des Etangs », n°09VE00400



non) par l'acheteur. L'avenant est aussi impératif pour fixer les prix portant sur des postes de dépenses ne figurant pas dans le marché initial sinon cela reviendrait pour l'Administration à ordonner des prestations et à en définir le prix (on se rapprocherait du contrat de travail). L'Administration peut ordonner unilatéralement les travaux mais pas en fixer le prix, c'est le régime des prix nouveaux. En cas de prix nouveaux, le maître d'œuvre fait parvenir au titulaire des prix provisoires, d'attente. Soit le titulaire les accepte (même tacitement en ne formulant aucune réserve dans les 30 jours) soit un avenant fixe les prix définitifs. Les prix nouveaux tiennent compte des charges supplémentaires supportées par le titulaire.

## B) TRAVAUX NON PREVUS, ORDONNES, DANS LE CHAMP CONTRACTUEL

Dans le 2<sup>ème</sup> cas, il s'agit de travaux non prévus mais rentrant dans l'objet initial du contrat. Les travaux supplémentaires peuvent être ordonnés ou exécutés à l'initiative du titulaire.

L'article 15.2.1 du CCAG Travaux précise l'obligation de résultat de l'entrepreneur : « il se doit de mener à son terme la réalisation des ouvrages faisant l'objet du marché, quelle que soit l'importance de l'augmentation du montant des travaux par rapport au montant contractuel ». Cette disposition est limitée par les dispositions du décret 2016-360. L'avenant n'est donc pas nécessaire dans ce cas-là, les travaux ne sont formellement pas contractuellement définis mais en quelque sorte « l'obligation de résultat conjugué au pouvoir de modification unilatérale issus des contrats administratifs engage l'entrepreneur à un peu plus que le contrat stricto-sensu ». L'ordre de service peut donc ordonner des prestations supplémentaires. Le régime des prix nouveaux s'applique aussi.

Les travaux supplémentaires peuvent porter sur des changements dans les natures d'ouvrages. Au sens de l'article 17 du CCAG Travaux, une nature d'ouvrage désigne tous les équipements et ouvrages réglés par l'application d'un même prix. En cas d'augmentation du montant des travaux, les articles du CCAG Travaux fixent des seuils (selon le type de prix) au-dessus desquels le titulaire a droit à être indemnisé mais pas de seuil à partir duquel le titulaire peut refuser de se conformer à un ordre de service. Le même système s'applique en cas de diminution du montant des travaux. Un ordre de service suffit pour ordonner ces travaux supplémentaires. Les restrictions du décret 2016-360 sur les modifications limitent seules la variation maximale de quantité.

Dans un marché à prix forfaitaire, seule une augmentation du montant des travaux supérieure à 5% du montant contractuel peut ouvrir droit à indemnité. Dans un marché à prix unitaires, l'augmentation limite du montant contractuel à partir de laquelle le titulaire peut prétendre à être indemnisé est fixée à 25% du montant contractuel. L'indemnisation est également prévue dans le cas où l'importance de certaines natures d'ouvrages diffèrent de plus d'un tiers en plus ou d'un quart en moins. Le cas de la diminution du montant des travaux suit la même règle avec des seuils fixés à 5% pour un marché à prix forfaitaire et 20% pour un marché à prix unitaires.

Concernant les deux premiers cas, à savoir les travaux supplémentaires ordonnés mais non prévu, ceux-ci sont indemnisés sauf faute grave de l'entrepreneur ayant rendu nécessaires ces travaux<sup>29</sup>. L'arrêt « Société Chimique routière et d'entreprise » (n° 87737) du Conseil d'Etat du 25 mai 1977 pose le principe « qu'une société a droit au règlement de travaux commandés par un ordre de service écrit, que ces travaux aient été indispensables ou non »<sup>30</sup>. Un autre arrêt<sup>31</sup> précise même que les travaux supplémentaires commandés par ordre de service doivent être distingués des travaux supplémentaires non commandés. Il importe peu que l'entreprise ait accepté une indemnisation des assureurs des autres constructeurs<sup>32</sup> ou qu'un allongement de certains travaux résulte d'une décision du maître d'oeuvre<sup>33</sup>. Dans une affaire<sup>34</sup>, la commune a refusé d'indemniser des travaux supplémentaires au motif que tout travaux modificatifs devait faire l'objet d'un avenant et qu'aucun ordre de service n'avait été émis. Pourtant, la Cour relève que ces travaux ont été demandés par l'architecte et que les modifications ont été demandées lors de réunions de chantier auxquelles un représentant de la commune assistait. Dans ces circonstances, la société a droit au paiement des travaux modificatifs. Il ne faut pas oublier que lorsque les travaux portent sur des prestations non chiffrées dans le contrat initial, seul un avenant pourra fixer le prix en raison de l'interdiction des modifications unilatérales des clauses financières.

Il faut également traiter des cas dans lesquels la régularité de l'ordre de service est contestée. Si le contrat est annulé<sup>35</sup>, l'indemnisation des travaux supplémentaire suit le régime de l'indemnisation sur le fondement extracontractuelle<sup>36</sup>. Ainsi, « toutes les dépenses utiles engagées pour la réalisation des travaux supplémentaires sont indemnisées ». Concernant les travaux effectués sur un ordre de service irrégulier, ils sont indemnisés si l'irrégularité n'est pas substantielle. La forme de l'ordre de service importe peu en réalité, simplement si l'ordre de service n'a pas été notifié dans les règles de forme, la preuve sera plus difficile à rapporter. L'ordre de service, doit juste attester de la volonté du maître d'oeuvre ou d'ouvrage d'ordonner des travaux relatifs à l'exécution du marché. La société doit pouvoir prouver la réalité et l'importance des travaux. Ainsi, des fiches d'intervention non signées par les personnes compétentes<sup>37</sup> ou une mention dans un procès-verbal<sup>38</sup> ne valent pas ordre de service verbal. En présence d'un ordre de service verbal, l'entrepreneur ne peut prétendre qu'au remboursement des dépenses utiles mais déduction doit être faite de son bénéfice<sup>39,40</sup>. La clause de révision des prix ne s'applique pas à l'indemnisation des travaux supplémentaires<sup>41</sup>. L'entrepreneur a droit à la réparation de son préjudice résultant de la commande de travaux par un procédé irréguliers<sup>42</sup>.

---

<sup>29</sup> Dossier 417 « Dalloz Action droit de la Construction », 2013.

<sup>30</sup> Feuillet mobile IV.418.2.1 Travaux supplémentaires indispensables, Rémi Rouquette, Droit des marchés publics, Edition du Moniteur, Septembre 2016.

<sup>31</sup> CE 14 Juin 2002 « Ville d'Angers » n° 219874

<sup>32</sup> CE 13 Février 1981 « Wogenski » n° 11520

<sup>33</sup> CAA Bordeaux 7 Octobre 2004 « Société Ateliers CMR » n° 00BX01699

<sup>34</sup> CAA Paris 10 Juin 2008 « Société Léon Grosse » n° 04PA2967

<sup>35</sup> CE 18 Novembre 2011 « Communauté de communes de Verdun », n° 342642

<sup>36</sup> CE 10 Avril 2008 « Decaux », n° 244950

<sup>37</sup> CAA Bordeaux 18 Décembre 2008 « Société Chrystal », n° 07BX00872

<sup>38</sup> CAA Douai 5 Octobre 2010 « Commune de Pernes en Artois », n° 09DA00271

<sup>39</sup> CE 27 Septembre 2006 « Société GTM Construction », n° 269925

<sup>40</sup> CAA Paris 3 Juillet 2007 « Société Bacotra vs Opac de Paris », n° 04PA02056

<sup>41</sup> CAA Paris 6 Mars 2007 « Société d'entreprise générale de construction et de maintenance », n° 04PA02356

<sup>42</sup> CAA Paris 6 Mars 2007 « Société d'entreprise générale de construction et de maintenance », n° 04PA02356

En revanche, l'incompétence et l'ordre de service manifestement irrégulier car violant des dispositions réglementaires ou législatives n'ouvre pas droit à l'indemnisation des travaux supplémentaires ordonnés. Le titulaire, signataire d'un contrat l'obligeant à un résultat et surtout le soumettant, techniquement et juridiquement, au pouvoir de direction du chantier doit savoir exactement qui peut lui ordonner des prestations. Il doit être vigilant parce que s'il pouvait savoir que la personne qui a émis l'ordre de service était incompétente, il ne pourra pas être indemnisé au titre des travaux supplémentaires ordonnés. De la même manière, un ordre de service violant la réglementation relative à la passation des marchés publics<sup>43</sup> ne saurait ouvrir droit à indemnité sur ce fondement. Lorsque l'ordre de service n'est pas valable, le régime de l'indemnisation se fonde alors sur la notion de travaux indispensables.

### C) TRAVAUX NON ORDONNES

La notion de travaux indispensables relève du cas des travaux supplémentaires non ordonnés par le maître d'œuvre, réalisés à l'initiative de l'entreprise. Deux jurisprudences ont posé les principes directeurs en la matière. L'arrêt « Société des Ateliers de Construction Nicou » (n° 60938) du Conseil d'Etat du 17 Novembre 1967 énonce que l'entrepreneur a droit au paiement de tous les travaux indispensables à la réalisation de l'ouvrage. L'arrêt « Commune de Canari » du Conseil d'Etat en date du 17 Octobre 1975 (n° 93704) vient limiter le principe en refusant l'indemnisation des travaux utiles non ordonnés. En dehors des travaux indispensables, mêmes les travaux excédant les limites de l'augmentation du montant des travaux ouvrant droit normalement à indemnisation ne sont pas payés<sup>44</sup>.

Excepté si les travaux supplémentaires interviennent à la suite d'une faute de l'entreprise, les autres motifs ne font pas obstacle au paiement des travaux indispensables. Ainsi la circonstance que le marché est à prix forfaitaire<sup>45</sup>, que les travaux résultent d'erreurs d'entreprises<sup>46</sup> ou de la maîtrise d'œuvre<sup>47</sup> n'ont aucun effet sur le droit au paiement. Ce qui compte, c'est le caractère indispensable des travaux, qui les rendent obligatoire afin que l'entreprise puisse achever l'ouvrage.

Par contre, le titulaire ne sera pas indemnisé des travaux réputés inclus dans le forfait. L'entrepreneur, pour obtenir une indemnisation, doit veiller à prouver que ces travaux sont bien supplémentaires. Les travaux mentionnés au marché ou les travaux obligatoirement inclus dans un marché de travaux comme les mesures afférentes à la sécurité ne sont pas payés<sup>48</sup>. De même, les travaux supplémentaires, même en l'absence de mention dans le marché, ne devaient pas être prévisibles par l'entrepreneur. L'entrepreneur ne doit pas être à l'origine de la nécessité des travaux supplémentaires. Le titulaire ne sera pas indemnisé si le maître d'ouvrage a demandé

---

<sup>43</sup> CAA Nancy 24 Mars 2005 « Commune de Mutzig », n° 00NC0502

<sup>44</sup> Feuillet mobile IV.41831 Travaux supplémentaires utiles, Rémi rouquette, Droit des marchés publics, Edition du Moniteur, Septembre 2016.

<sup>45</sup> CE 4 Novembre 1988 « Assistance Publique à Paris », n° 42610.

<sup>46</sup> CAA Nantes 7 Mars 2014 « Société LGI Industrie », n° 12NT00798.

<sup>47</sup> CE 3 Octobre 2008 « Société Etablissement Paul Mathis et autres », n° 291919.

<sup>48</sup> Feuillet mobile IV.418.2.1 Travaux supplémentaires indispensables, Rémi Rouquette, Droit des marchés publics, Edition du Moniteur, Septembre 2016.

l'arrêt des travaux ou si le titulaire n'a pas prévenu le maître d'œuvre du dépassement du montant contractuel. Selon l'article 15.4.3 du CCAG Travaux, si le montant contractuel dépasse les plafonds relatifs à l'augmentation du montant des travaux (Article 15.3 CCAG Travaux), alors les travaux effectués au-delà de cette limite ne seront pas payés.

De manière générale, le caractère indispensable des travaux s'apprécie au cas par cas. En effet, pour chaque marché, la notion peut prendre diverses formes. Cependant, on peut établir certains types des travaux qui sont indispensables. Les travaux rendus nécessaires par le fait d'autres contractants<sup>49</sup>, de viabilité<sup>50</sup>, d'adaptation à d'autres corps d'état<sup>51</sup> et rendus nécessaires par des modifications du maître d'ouvrage<sup>52</sup> sont indemnisés. La notion de travaux indispensables recouvre tous les travaux nécessaires à l'achèvement de l'ouvrage. Il peut être difficile d'apprécier le caractère indispensable des travaux au moment de les faire. Après coup, on peut utiliser la méthode du « Rasoir d'Ockham ». Une fois que l'ouvrage ou les travaux ont été réalisés, il suffit de décomposer la construction et d'éliminer toutes les opérations qui se révéleraient superflues.

L'ordre de service est donc une mesure permettant d'exécuter le contrat au fur et à mesure. Il permet ainsi de faire exécuter au titulaire ses obligations contractuelles mais pas seulement. Au vu de la nature des contrats administratifs mais aussi du caractère imprévisible des marchés de travaux, l'ordre de service permet également d'adapter le contrat afin que son objet se réalise. Les modifications unilatérales sont toutefois strictement encadrées d'une part pour garantir les droits du cocontractant de l'Administration et d'autre part pour garantir l'effectivité de la concurrence.

L'ordre de service occupe donc une place centrale dans l'exécution des marchés publics de travaux. En organisant le déroulement du contrat, il détermine également les droits et devoirs des parties. Chaque ordre de service met en œuvre le contrat et engage la responsabilité de chacun des acteurs. En effet, un ordre de service engage celui qui le délivre mais aussi celui qui l'exécute. Le titulaire du contrat qui le reçoit est obligé de l'exécuter mais cette obligation ne se traduit pas par une décharge de responsabilité. En effet, le titulaire reste un professionnel de la construction qui se doit à tout moment d'apporter son savoir au maître d'œuvre et d'ouvrage au titre de son obligation de conseil. Il se doit de les alerter s'il estime que l'ordre de service qu'il a reçu contient de mauvaises prescriptions. Il doit donc émettre des réserves, afin de montrer ses désaccords. Le maître d'œuvre et/ou le maître d'ouvrage, doivent veiller au bon déroulement du marché. En cas de réserves faites par l'entrepreneur, ils doivent prendre une décision

---

<sup>49</sup> CE 25 Juin 1980 « SA Cottin-Jonneaux », n° 13759

<sup>50</sup> CAA Lyon 8 Février 1996 « SA Grenoble Isère développement », n°93LY01665

<sup>51</sup> CAA Lyon 31 Mai 2012 « Société Gracio », n° 10LY02847

<sup>52</sup> CE 31 Octobre 1986 « Hôpital-hospice de Vézelay », n° 39419

qui engagera leur responsabilité : suivre ou ne pas suivre les recommandations de l'entrepreneur.

Les réserves sont le seul moyen pour le titulaire de contester un ordre de service. L'annulation et la réformation sont impossibles. C'est pour cette raison que le mémoire en réclamation doit être fait dans les règles de l'art : il s'agit du seul moyen de contestation d'un ordre de service.

# PARTIE II : CE QU'ENGAGE

## L'ORDRE DE SERVICE

L'ordre de service organise l'exécution du contrat et permet son bon déroulement. Toutefois, il peut arriver que les parties ne soient pas d'accord sur la manière de procéder en cours d'exécution. L'entrepreneur, dans ce cas-là, doit émettre des réserves dans les 15 jours suivant la réception d'un ordre de service. Il devient alors crucial de connaître l'étendue de ses droits et obligations afin de savoir quand est-ce que l'on engage sa responsabilité et dans quelle mesure.

### *1)° L'ETENDUE DES DROITS ET OBLIGATIONS*

#### *DES PARTIES AU CONTRAT*

Dans un marché public de travaux, on identifie trois parties principales : le maître d'ouvrage, le maître d'œuvre et l'entrepreneur titulaire du contrat. A eux s'ajoute éventuellement les sous-traitants et/ou cotraitants. Ils peuvent chacun voir leur responsabilité engagée durant l'exécution du marché.

#### 1§ L'ENTREPRENEUR

L'entrepreneur est la 1<sup>ère</sup> personne qui va voir sa responsabilité engagée. On peut même souligner qu'il existe une sorte de présomption de responsabilité à son égard puisqu'à chaque désordre constaté, c'est à lui que l'on va s'adresser en premier et il lui revient de se décharger.

L'entrepreneur peut se voir reconnaître responsable pour tout défaut d'exécution mais pas seulement. Sa responsabilité englobe les manquements à ses obligations contractuelles et les manquements se rattachant au contrat mais non mentionnés dedans. C'est à mettre en parallèle avec son obligation de résultat, qui l'engage sur tout ce qui est mentionné dans le contrat mais pas seulement. Il est ainsi tenu par des obligations découlant de son statut de professionnel de la construction comme son devoir de conseil ou le respect des règles de l'art. Il s'agit de règles

que l'on peut rattacher à la bonne foi ou à la loyauté contractuelle. L'idée est que le professionnel avec lequel on contracte nous assure qu'il mettra tout son savoir-faire dans l'exécution du contrat, palliant même (dans certaines limites évidemment) le défaut de connaissance de l'acheteur.

L'entrepreneur est lié au maître d'ouvrage par une obligation de résultat. Pour autant, la Cour de Cassation<sup>53</sup> a jugé qu'obligation de résultat n'équivalait pas à présomption de faute et de causalité : il reste à prouver l'existence d'un manquement et un lien entre le manquement et le désordre. Il est ainsi obligé de réaliser l'ouvrage selon les prescriptions contractuelles. Seul l'entrepreneur principal (le mandataire en cas de groupement) est habilité à émettre des réserves parce qu'il est seul responsable de l'ouvrage face à l'acheteur. Par conséquent, même si les autres entreprises et les sous-traitants sont également liés par une obligation de résultat, il appartient à l'entrepreneur principal de s'informer et de s'assurer que les constructeurs fassent bien leur travail. Il est l'interlocuteur privilégié du maître d'œuvre et d'ouvrage. Pour autant, les autres constructeurs, qu'ils soient titulaires ou sous-traitant, ont les mêmes obligations et responsabilité. Simplement, elle ne sera pas engagée de la même façon. Le sous-traitant est lié à l'entrepreneur principal par une obligation de résultat mais n'a aucun contrat envers le maître d'ouvrage<sup>54</sup>. L'entrepreneur est alors responsable des travaux exécutés par le sous-traitant<sup>55</sup>. De la même manière, d'autres entreprises peuvent intervenir sur le chantier sans qu'elles ne soient liées contractuellement avec l'entrepreneur principal. Il doit être vigilant et pouvoir prouver, en faisant constater par exemple, si des désordres existaient déjà avant de commencer ses travaux.

L'entrepreneur est donc tenu de respecter les stipulations contractuelles. L'article 30 du CCAG Travaux dispose que « le titulaire ne peut, de lui-même, apporter aucun changement aux dispositions techniques prévues par le marché ». Le titulaire peut même être forcé à reconstruire les ouvrages pour les remettre en conformité. Comme on l'a vu, cet article souffre de l'exception pour les travaux jugés indispensables. Sinon, seul un ordre de service ou un avenant peut permettre à l'entrepreneur d'exécuter le contrat différemment. Le titulaire qui refuse d'exécuter un ordre de service commet une faute de nature à engager sa responsabilité<sup>56</sup>. En effet, un marché public de travaux soumet le titulaire, techniquement et juridiquement, à la personne exerçant le pouvoir de contrôle et de direction (généralement le maître d'œuvre sur délégation du maître d'ouvrage). Refuser d'exécuter un tel ordre est un manquement à ses obligations contractuelles qui expose l'entrepreneur à des sanctions. La sanction la plus grave, la résiliation, est justifiée par le refus répété de l'entrepreneur d'exécuter les ordres de services<sup>57</sup>. Le fait que l'entrepreneur ne pouvait exécuter les prescriptions dans les règles de l'art ne justifient pas la non-exécution des ordres de services<sup>58</sup>. Le titulaire est tenu de se conformer aux ordres de services.

---

<sup>53</sup> Cour de Cassation 5 juin 2012, n° 11-16104

<sup>54</sup> CE 20 Juillet 1990 « Société Dumez », n° 62787

<sup>55</sup> CE 6 Mars 1987 « OPHLM de Chatillon sous Bagneux », n° 37731.

<sup>56</sup> CE 5 Mai 1971 « Société entreprise A. Dodin », n°

<sup>57</sup> CE 16 Février 1966, n° 51026

<sup>58</sup> CAA Bordeaux 7 Avril 2011 « Société Pau Peinture », n° 09BX01283

Il existe toutefois deux sortes d'exception. La première est le cas où l'ordre de service est soit manifestement illégal soit a des conséquences dangereuses. La seconde sorte est celle que le CCAG Travaux liste respectivement aux articles 15.2.2, 46.2.1 et 49.2.1. :

- L'article 15.2.2 dispose que le titulaire peut refuser d'exécuter un ordre de service si la modification apportée excède le dixième du montant initial et que les travaux sont étrangers à l'objet du contrat, c'est-à-dire qu'ils consistent en une modification du besoin ou un changement des conditions d'utilisation de l'ouvrage.
- L'article 46.2.1 énonce que le titulaire peut demander la résiliation du marché en cas d'ordre de service tardif pour le commencement du début des travaux. Cette faculté est possible lorsque l'acheteur n'a pas notifié l'ordre de service dans les délais prévus ou à défaut dans les 6 mois après la notification du marché. Si un ordre de service intervient toutefois en dehors de ces délais, le titulaire, s'il veut résilier, doit opposer son refus dans les 15 jours suivant la réception de l'ordre de service. Sans son refus, l'entrepreneur est réputé avoir accepté la nouvelle date de commencement des travaux.
- L'article 49.2.1 concerne le paiement des acomptes. Le titulaire peut interrompre les travaux lorsque le maître d'ouvrage ne paye deux acomptes successifs. Toutefois, le titulaire doit d'abord avertir le maître d'ouvrage et c'est seulement si le maître d'ouvrage n'ordonne pas la poursuite des travaux dans le mois suivant l'avertissement que le titulaire est fondé à interrompre les travaux. Le titulaire peut ensuite demander la résiliation du marché si le maître d'ouvrage ne paye pas au moins un des acomptes dans un délai de 6 mois après l'interruption effective des travaux.

Tous les manquements sont susceptibles d'être sanctionnés, des malfaçons aux retards d'exécution. Une des difficultés réside dans le fait que tout ne soit pas dans le contrat. L'obligation de résultat incombant à un professionnel de la construction implique un peu plus que ça. C'est pour cette raison que les juges, judiciaires ou administratifs retiennent également des manquements au titre du statut de professionnel de la construction. Le fait de confier des prestations à autrui révèlent nécessairement l'incapacité (plus au moins relative) de l'acheteur. A ce titre, le professionnel doit conseiller et avertir sur les risques rencontrés ou futurs. Ce devoir d'information et de conseil a une étendue importante. D'autant plus que si le titulaire est tenu d'exécuter des ordres de services, il est aussi tenu de faire des réserves lorsqu'il sait que les prescriptions contenues dans l'ordre sont mauvaises. Ainsi, il peut être responsable pour ne pas avoir suivi un ordre de service mais aussi s'il l'a suivi. L'entrepreneur s'engage à réaliser l'ouvrage en garantissant un respect des normes et un certain degré de qualité : les règles de l'art.

Le devoir d'information et de conseil est une obligation qui impose aux professionnels d'apporter toute leur expertise et savoir-faire lors de l'exécution de leurs prestations. C'est une notion qui existe aussi bien entre professionnel qu'avec les consommateurs, bien que l'étendue de ce devoir varie selon le degré de compétence des interlocuteurs. Elle incombe à tout professionnel de la construction<sup>59</sup>. Il s'agit d'une composante de la bonne foi dans les contrats (article 1104 du code civil). En effet, le professionnel se doit de respecter le contrat mais surtout de faire ce qui est nécessaire afin que son objet se réalise. Dans le cadre de marchés publics, il ne peut exprimer le besoin et rédiger le CCTP à la place du maître d'ouvrage. En revanche, il doit apporter son expertise et avertir lorsque le contrat contient des erreurs ou anomalies. Il peut être difficile de déterminer précisément ce qui relève de ce devoir de ce qui relève d'un défaut dans

---

<sup>59</sup> Cour de Cassation 27 Janvier 2010, n° 08-18026



l'estimation des besoins. Cependant, l'entrepreneur, du fait qu'il construise et qu'il constate matériellement ce qui est normalement prévu, est potentiellement responsable de beaucoup de choses. Ainsi, il doit alerter le maître d'ouvrage et d'œuvre des différents risques encourus concernant le sol, les existants, les matériaux, la réglementation applicable, la sécurité... L'obligation de conseil recouvre toutes les actions de l'entrepreneur. Chaque fois qu'il intervient, elle intervient également. Lorsque par exemple, l'entrepreneur ne choisit pas les matériaux mais les utilise et a le pouvoir de contrôler la qualité, il est responsable de la qualité de ces matériaux<sup>60</sup>. Dans une autre affaire<sup>61</sup>, la constatation d'une faute par le maître d'œuvre n'exonère pas l'entrepreneur d'émettre des réserves au vu de ses compétences techniques. Cette obligation joue pour tous les professionnels, donc les sous-traitants y sont également soumis. Elle joue envers les autres constructeurs. La Cour de Cassation a rappelé, dans un arrêt du 12 janvier 2011 (n° 0970262) « qu'il appartient au débiteur d'une information de conseil de prouver qu'il a respecté cette obligation ».

Il y a un autre corps de règles qui découle du statut de professionnel de la construction : les règles de l'art. L'article 39-2 du CCAG Travaux y fait référence mais n'explicitent pas le terme. Les « règles de l'art dans la construction désignent le savoir-faire habituel que le maître d'ouvrage peut attendre dans le champ d'activité de l'entrepreneur<sup>62</sup> ». Les règles de l'art sont une sorte d'assurance pour l'acheteur en imposant au titulaire le devoir de garantir une certaine qualité par l'utilisation et le respect de normes. Les normes comme les DTU (Documents Techniques Unifiés) sont intégrées aux règles de l'art. Selon le site de la Fédération Française du Bâtiment, les DTU précisent les « conditions techniques et contractuelles pour la bonne exécution des ouvrages » et sont élaborés par le Bureau de Normalisation des Techniques et Equipements de la Construction du Bâtiment. Ils ne rappellent pas la réglementation. Ils ressemblent un peu aux normes AFNOR. La jurisprudence considère que le viol des règles de l'art et des DTU sont des fautes. La Cour de Cassation<sup>63</sup> et le Conseil d'Etat y font référence<sup>6465</sup> et même plus. Les juges relèvent dans ces deux arrêts que l'entrepreneur devait relever les violations faites des règles de l'art par d'autres personnes comme le maître d'œuvre mais aussi le maître d'ouvrage<sup>66</sup>.

L'entrepreneur peut donc voir sa responsabilité engagée dans de nombreux cas. La limite de sa responsabilité se situe dans la faute d'autres personnes ou dans les cas imprévus (force majeure, sujétions techniques...). Cette limite peut être contractuellement définie par des clauses de limitation de responsabilité. Cette limite varie en fonction de la qualité des autres parties et intervenants. En présence d'un maître d'œuvre, tout ce qui attrait à la conception n'entre à priori pas dans son domaine. De même pour l'organisation générale du contrat ou la programmation des travaux qui reste à la charge du maître d'ouvrage.

---

<sup>60</sup> CE 22 Janvier 1997 « SACER », n° 123407

<sup>61</sup> CE 19 Avril 1991 « SARL Cartigny », n° 109322

<sup>62</sup> CA Toulouse 5 Avril 1993, n° 040721 + JCP, 30 Juin 1993, IV, 1620.

<sup>63</sup> Cour de Cassation 15 février 1989, n° 87-15510

<sup>64</sup> CE 19 Avril 1991 « SARL Cartigny », n° 109322

<sup>65</sup> CE 20 Janvier 1981 « Graulhet », n° 12390

<sup>66</sup> CE 8 Janvier 1993 « SOCAE SAE », n° 54214

## 2§ LA MAITRISE D'ŒUVRE

De manière générale, on parle d'architecte lorsque l'on fait référence à la maîtrise d'œuvre. Pourtant, aujourd'hui, cette notion peut faire référence à d'autres personnes comme des géomètres, des ingénieurs, des bureaux d'étude... La mission des maîtres d'œuvre est décrite à l'article 7 de la Loi « MOP » (Loi 85-704 du 12 juillet 1985) et par l'article 2 du CCAG Travaux. Le maître d'œuvre est donc chargé des missions de conception, de diriger l'exécution du marché et enfin d'aider le maître d'ouvrage lors de la réception. Il peut ne pas être investi de la totalité des missions. En tant que professionnel de la construction, il est soumis à un devoir de conseil envers le maître d'ouvrage.

Le maître d'œuvre est le principal responsable de la conception de l'ouvrage. Il doit s'assurer que l'implantation du projet est viable en contrôlant les caractéristiques du terrain. Une insuffisance dans la nature des études de sols<sup>67</sup>, dans la programmation des travaux<sup>68</sup> ou encore des erreurs dans les plans<sup>69</sup> engagent sa responsabilité. Un défaut de conception peut se définir comme un défaut ne relevant pas de la mise en œuvre des conditions d'exécution mais de la nature même de ces conditions. C'est quand la finalité ou la fonctionnalité n'est pas atteinte parce que le procédé utilisé ne permettait pas d'arriver à la fonctionnalité ou finalité attendue. Dans l'affaire Société Paris-Rhin-Rhône (note 64), la Cour d'Appel Administrative de Lyon a retenu la responsabilité de la maîtrise d'œuvre et écartée celles des entreprises au motif que « les désordres ne sont ni imputables aux choix techniques, ni aux matériaux, ni à leur mise en œuvre mais à une caractéristique environnante ( en l'occurrence, concernant des travaux sur une chaussée, il fallait prendre en compte que de l'eau allait être en contact avec du béton entraînant la formation de nids de poules).

Le maître d'œuvre est aussi en charge de l'exécution financière du marché. Il est chargé de l'établissement des prix nouveaux et des décomptes mensuels. La responsabilité du maître d'œuvre peut être engagée « du fait de mauvaises opérations de vérifications des décomptes en signant des situations de travaux ne correspondant pas aux travaux réellement exécutés »<sup>70</sup>.

Le maître d'œuvre peut être chargé de la direction et de la surveillance des travaux<sup>71</sup>. La notion de surveillance est un peu floue. Néanmoins, il apparaît qu'elle soit une sorte de négligence ayant rendu possible l'inexécution<sup>72</sup>. Il arrive que cette notion se confonde avec celle de manquement à l'obligation de conseil.

En tant que professionnel de la construction, le maître d'œuvre est également soumis au respect des règles de l'art et redevable d'un devoir de conseil envers le maître d'ouvrage. La maîtrise

---

<sup>67</sup> CE 14 Décembre 1973 « Moachon et Demoiselle Grozat », n° 84952 84954

<sup>68</sup> CE 9 Décembre 2011 « Société des autoroutes Paris-Rhin-Rhône », n° 331101

<sup>69</sup> CE Septembre 1993 « Boyé et Marestin », n° 58392

<sup>70</sup> CE 1<sup>er</sup> Octobre 1993 « Vergnaud et Gaillard », n° 60526

<sup>71</sup> CAA Versailles 12 Décembre 2006 « Société Bet Lazarski », n° 04VE02296

<sup>72</sup> CE 19 Juin 1992 « de Bergevin », n° 63575.

d'œuvre est responsable « de la conformité de l'ensemble aux normes techniques contractuellement applicables et aux règles de l'art »<sup>73</sup>. Le devoir de conseil du maître d'œuvre est reconnu tant par la juridiction judiciaire<sup>74</sup> qu'administrative<sup>75</sup>. Ces obligations sont de même nature que pour l'entrepreneur. Cependant, elles sont plus centrées sur la conception et la surveillance des travaux. Rien n'empêche que l'entrepreneur et le maître d'œuvre se fassent condamner pour une faute de même nature, comme pour les matériaux utilisés. L'obligation de conseil du maître d'œuvre s'étend des premières études sur l'implantation jusqu'aux opérations de réception. A noter qu'une réception sans réserve, si elle met fin aux rapports contractuels, « ne fait pas obstacle à ce que soit recherchée la responsabilité contractuelle des maîtres d'œuvres à raison des manquements à leur obligation de conseil du maître de l'ouvrage au moment de la réception des travaux ou des fautes commises dans le contrôle des situations servant au calcul des comptes de l'entreprises ». La réception est censée mettre fin aux rapports contractuels et laisse place à la garantie décennale. Lors d'une réception sans réserve, les vices apparents à ce moment-là sont exclus du champ de la garantie décennale, seuls les vices cachés en font partie. Donc si le maître d'œuvre ne conseille pas suffisamment bien le maître d'ouvrage, il est responsable des fautes commises empêchant une bonne réception, c'est-à-dire une réception ne permettant pas au maître d'ouvrage d'apprécier la qualité et l'état de l'ouvrage.

Le maître d'ouvrage, bien qu'ayant un rôle moindre dans l'exécution du marché de travaux, n'en reste pas moins un acteur. Il lui reste des prérogatives à mettre en œuvre, principalement en vertu de son pouvoir de direction et de contrôle.

### 3§ LA MAITRISE D'OUVRAGE

Le maître d'ouvrage désigne la personne pour laquelle l'ouvrage est construit. C'est la Loi MOP du 12 juillet 1985 qui spécifie les principales missions et obligations des maîtres d'ouvrages. Tout d'abord, elle rappelle dans son article 2 que les maîtres d'ouvrage sont les « principaux responsables des ouvrages remplissant une fonction d'intérêt général dont ils ne peuvent se démettre ». Donc, ils ne sont pas de simples clients devant attendre que la prestation se réalise dans les délais et conformément à leurs attentes : ils ont un certain rôle à jouer et actif qui plus est.

Ainsi, il appartient au maître d'ouvrage « de s'assurer de la faisabilité et de l'opportunité de l'opération envisagée, d'en déterminer la localisation, d'en définir le programme, d'en arrêter l'enveloppe financière prévisionnelle, d'en assurer le financement, de choisir le processus selon lequel l'ouvrage sera réalisé et de conclure, avec les maîtres d'œuvre et entrepreneurs qu'il choisit, les contrats ayant pour objet les études et l'exécution de travaux »<sup>76</sup>. Ce rôle actif dans la préparation du contrat a pour conséquence d'empêcher le maître d'ouvrage de se prévaloir du code de la consommation. Il prend part au contrat ; il ne reçoit pas simplement l'ouvrage.

---

<sup>73</sup> CE 22 Novembre 1991 « Société Asseco », n° 64603

<sup>74</sup> Cassation 21 Septembre 2010, n° 09-15747

<sup>75</sup> CE 28 Janvier 2011 « Cabinet d'Etudes Marc Merlin », n° 330693

<sup>76</sup> Loi MOP du 12 juillet 1985, article 2.

Par conséquent, il peut être déclaré responsable de certaines fautes qu'il est susceptible de commettre. Un arrêt important<sup>77</sup> est venu rappeler l'importance de prouver la faute et d'établir un lien de causalité. Le maître d'ouvrage n'est pas responsable simplement parce que d'autres intervenants ont commis des fautes. Cependant, sa responsabilité sera engagée si elle manque à ses obligations. Ces obligations découlent entre autres des pouvoirs inhérents reconnus aux personnes publiques dans les contrats administratifs : direction, contrôle, sanction, modification.

Concernant les pouvoirs de contrôle et de sanction, il est vrai que le maître d'ouvrage le délègue quasi-automatiquement au maître d'œuvre. Néanmoins, le maître d'œuvre est surtout chargé de contrôler l'exécution technique. Le contrôle global du contrat reste à la charge de la personne publique. Le juge a pu reconnaître la part de responsabilité de maîtres d'ouvrages peu scrupuleux quant au contrôle des prestations. La Cour administrative d'appel de Paris a reconnu que l'absence de mise en demeure ou de résiliation d'entreprises avant leur liquidation judiciaire et ayant abandonné le chantier fait obstacle à ce que ces entreprises soient condamnées à réparer les surcoûts liés à l'abandon de chantier<sup>78</sup>. Les maîtres d'ouvrages peuvent également être fautifs dans le contrôle des propositions de l'entrepreneur ou du maître d'œuvre<sup>79,80</sup>. Evidemment, le maître d'ouvrage n'est souvent jamais entièrement responsable puisque le maître d'œuvre et l'entrepreneur restent les principaux responsables des désordres. Mais ces arrêts, mêmes anciens, montrent que le maître d'ouvrage doit être vigilant quant à l'évolution des travaux. Dans l'arrêt précité<sup>76</sup>, la personne publique avait accepté la modification proposée par l'entrepreneur alors que les architectes avaient prévenu que le procédé envisagé n'avait pas encore reçu l'agrément de la Commission des avis techniques. L'Etat, maître d'ouvrage, a dû prendre en charge 10% du montant de la réparation. Le juge prend en compte, tout comme la Cour de Cassation, le degré de compétence du maître d'ouvrage. En droit privé, les juges se réfèrent souvent à cette notion. Elle permet d'apprécier le degré de contrôle des obligations de chacun. Un client notablement compétent dans le domaine de la construction sera sanctionné si, au vu de ses compétences, il aurait dû déceler un problème. En droit public, les juges s'y réfèrent moins mais le prennent tout de même en compte.

Concernant le pouvoir de direction, le maître d'ouvrage doit l'exercer mais pas de manière fautive et abusive. Ils sont dans l'obligation d'assurer la coordination des travaux même si souvent cette prérogative est déléguée. Il n'empêche la coordination globale de l'ensemble du contrat reste à la charge des personnes publiques. Dans un arrêt Centre Hospitalier de Mulhouse rendu par le Conseil d'Etat le 5 avril 2006 (n° 247297), les juges ont retenu une part de responsabilité du maître d'ouvrage en « s'abstenant d'opérer l'indispensable coordination entre les interventions du maître d'œuvre et celles de la société ERTEC et en ne désignant pas un maître d'œuvre propre à un lot, rendant considérablement plus délicate l'exécution de sa mission ». Le Conseil d'Etat fait d'ailleurs explicitement référence au pouvoir de direction pour engager la responsabilité du maître d'ouvrage pour « ne pas avoir pris les mesures nécessaires pour provoquer la communication d'informations dans les délais »<sup>81</sup>. En cas de groupement, il appartient au mandataire de coordonner les entreprises mais il reste certaines tâches à la charge du maître d'ouvrage telles que la mise à disposition de terrains ou l'usage de son pouvoir de police. De

---

<sup>77</sup> CE 5 Juin 2013 « Région Haute Normandie », n° 352917

<sup>78</sup> CAA Paris 18 Mars 2008 « OPHLM de Montrouge », n° 07PA00075

<sup>79</sup> CE 4 Octobre 1968 « Carlu », n° 64058

<sup>80</sup> CE 14 Octobre 1981 « Société Sartore et Cie », n° 22900

<sup>81</sup> CE 12 Octobre 1988 « SA Entreprise Olin », n° 56690

manière similaire, le maître d'ouvrage se doit de passer tous les contrats nécessaires au bon déroulement du marché de travaux.

Le pouvoir de direction présente également des limites. Le maître de l'ouvrage doit contrôler et diriger mais ne peut pas se substituer aux constructeurs et faire leurs prestations à leur place. Sinon, la personne publique se rend coupable d'une immixtion dans l'exécution du contrat qui est fautive. La jurisprudence *Ville de Paris vs Société Linville* du 5 février 1988 du Conseil d'Etat (n° 35687) détermine les conditions de l'immixtion fautive : une intervention dans la conception ou la direction des travaux par la personne publique mais entendue de manière directe. L'intervention du maître d'ouvrage doit être « technique », se substituer au rôle du maître d'œuvre ou de l'architecte. En revanche, les désordres, pour engager la responsabilité du maître d'ouvrage en raison de l'immixtion fautive, doivent provenir du procédé choisi en lui-même et non pas à son exécution<sup>82</sup>. Ainsi, le choix du procédé par le maître d'ouvrage<sup>83</sup>, le choix d'abattre un pylône en fournissant le matériel et le personnel<sup>84</sup> ou encore insister pour substituer un matériau à un autre<sup>85</sup> sont des choix engageant la responsabilité du maître d'ouvrage.

Concernant le pouvoir de modification, le maître d'ouvrage engage sa responsabilité lorsque notamment il a mal défini son besoin, l'obligeant par la suite à modifier le contrat. La nature même du contrat d'entreprise autorise le maître d'ouvrage à changer le contrat en cours en raison de nombreux aléas supportés lors d'une opération de construction. L'article 30 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 énonce que « la nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminés avec précision avant le lancement de la consultation ».

Le maître d'ouvrage est dans une situation que son nom résume parfaitement. Certes, il délègue l'essentiel des prestations de conception et de construction mais il reste l'initiateur du projet et doit pour cela jouer un rôle actif. Il reste donc responsable de manquements et d'insuffisance dans l'exercice de ses prérogatives.

L'étendue de la responsabilité de chaque acteur d'une opération de construction démontre l'importance de l'ordre de service. L'ordre de service est l'acte matériel traduisant l'exécution juridique et technique du marché public de travaux. C'est par lui ou son absence que s'engage en réalité la responsabilité de chacun. En premier lieu, l'entrepreneur est directement concerné par les ordres de services d'où l'absolue nécessité de les contester en émettant des réserves. Du côté du maître d'œuvre et du maître d'ouvrage, leur absence et insuffisance peuvent engager leurs responsabilités. Ils sont d'autant plus responsables en cas de réserves faites par l'entrepreneur.

Il existe, dans les marchés de travaux, une procédure spécifique dans le but de contester un ordre de service : l'émission de réserves. Il faut suivre un formalisme et des règles strictes sinon

---

<sup>82</sup> CE 26 Février 1982 « Monge », n° 12951

<sup>83</sup> CAA Paris 1<sup>er</sup> Février 2010 « SA Recherche et assistance pour l'amélioration de l'habitat », n° 07PA01535

<sup>84</sup> CE 21 Novembre 1980 « Delair », n° 21396

<sup>85</sup> CE 19 Janvier 1977 « Ville de Paris », n° 99812

elles ne seront pas considérées comme valables. Les réserves ont pour effet d'enlever ou d'atténuer la responsabilité de l'entrepreneur en manifestant son refus avec les ordres prescrits. En cas de réserves, le maître d'œuvre et d'ouvrage se doivent donc de réfléchir à deux fois avant de prendre une décision. Pour autant, les réserves ne sont pas l'arme ultime de l'entrepreneur face aux pouvoirs contractuels accrus du maître d'ouvrage. En effet, le juge ne peut annuler d'ordre de service, il ne peut que rechercher si cet ordre est intervenu dans des conditions telles qui justifierait l'octroi d'une indemnité à l'entrepreneur. L'entrepreneur ne dispose donc pas d'arme efficace face à de telle mesure d'exécution du contrat.

## *2°) LA CONTESTATION D'UN ORDRE DE SERVICE*

Les réserves matérialisent l'opposition de l'entrepreneur avec le maître d'œuvre. Il s'agit ni plus ni moins que la mise en œuvre de l'obligation de conseil. La formulation des réserves en elles même n'est soumise à aucun formalisme particulier sauf leur caractère écrit et leur transmission à l'autorité compétente dans les 15 jours à compter de la réception.

En revanche, tout change avec la survenance d'un différend. Contester un différend suit un formalisme précis et strict détaillé à l'article 50 du CCAG Travaux. Contester un différend se fait obligatoirement sous la forme d'un mémoire en réclamation. Ce mémoire est transmis au maître d'œuvre qui donne son avis au maître d'ouvrage. Le maître d'ouvrage a ensuite 45 jours pour répondre en motivant sa décision au titulaire. Le silence vaut rejet des demandes de l'entrepreneur. Le mémoire peut porter sur des éléments du décompte général. L'entrepreneur dispose alors de 6 mois pour tenter un recours.

Les réserves sont donc simplement une opposition un désaccord. Le mémoire en réclamation est une contestation portant sur les droits et obligations que tient l'entrepreneur du fait du marché. Souvent, mémoire et réserve se confondent mais parfois une réserve n'est pas suivie d'un différend. Une précision importante pour l'entrepreneur comme le maître d'ouvrage est de vérifier que les réserves portent bien sur le bon ordre de service, c'est-à-dire celui à l'origine des désordres. Ainsi, la Cour administrative d'appel de Marseille <sup>86</sup> a estimé que ne pas contester des ordres de service se bornant à tirer les conséquences du retard pris par des travaux n'équivaut pas à accepter l'allongement du délai d'exécution ni à renoncer à en demander réparation.

---

<sup>86</sup> CAA Marseille 20 Octobre 2008 « Société Crudeli SA », n° 06MA02112.

## 1§ LE MEMOIRE EN RECLAMATION

Les réserves peuvent prendre la forme d'un mémoire en réclamation. L'article 50.1.1 du CCAG Travaux décrit le mémoire en réclamation comme exposant les motifs d'un différend en indiquant le montant des réclamations ainsi que leurs justifications. La jurisprudence est très sévère sur ces conditions et surtout sur la notion de « différend ». Par différend, on entend problème et préjudice. De trop nombreuses fois, l'entrepreneur n'établit pas la réalité de son préjudice. Par exemple, dans l'arrêt « Société Paul Bonnet » de la CAA de Paris en date du 10 avril 2018 (n° 16PA3552), il était question d'une entreprise qui demandait la réparation de son préjudice résultant d'une diminution de l'ordre de 58% de la masse initiale des travaux. La Cour rejette ces prétentions au motif que l'entreprise se contentait de réclamer la différence entre les travaux prévus au contrat et les travaux commandés à hauteur de 80% de la somme totale (le CCAG Travaux 1976 énonçait que le préjudice était indemnisable à partir d'une diminution de travaux excédant 20% de la masse initiale pour un marché à prix unitaire). L'entreprise ne fait donc état d'aucune perte, d'aucune faute et d'aucun lien de causalité entre un fait quelconque de la personne publique et une perte, un malus qu'elle aurait subi. Par conséquent, alors même qu'elle aurait pu être indemnisée, elle ne le sera pas. Dans une autre affaire<sup>87</sup>, là encore, la société aurait pu obtenir gain de cause excepté le fait qu'elle ait omis dans son courrier les montants. La Cour administrative d'appel de Lyon rejette donc ses demandes. Il est impératif d'établir un véritable lien de causalité entre un manquement du maître d'ouvrage à ses obligations (contractuelles ou légales) en indiquant de quelle manière elle les a violées et le dommage subi. Il faut illustrer sa demande en détaillant les faits de manière à mettre en évidence les violations et enfin en présentant les montants réclamés ainsi qu'une justification de ces montants.

Le mémoire en réclamation est en réalité une véritable assignation en justice. Il doit être motivé en droit et en fait. Il doit détailler précisément les montants réclamés ainsi que les bases de liquidation de ces montants. Il constitue ainsi une véritable demande. C'est d'ailleurs pour cette raison que le mémoire en réclamation cristallise les demandes et motifs de l'entrepreneur. Seuls les chefs et motifs énoncés dans le mémoire seront recevables au sein d'une juridiction<sup>88</sup>.

Les conditions de la recevabilité du mémoire sont cruciales. Si le silence vaut rejet concernant la personne publique, il vaut acceptation pour l'entrepreneur. Si l'entrepreneur ne conteste pas un ordre de service dans les délais impartis, il est réputé l'avoir accepté. Donc, si une réclamation ne respecte pas les conditions de forme, elle sera rejetée et l'entrepreneur risque d'être forclos et ainsi ce sera comme s'il avait accepté l'ordre de service.

---

<sup>87</sup> CAA Lyon 5 Avril 2018 « Société Cheops Technology », n° 17LY03390

<sup>88</sup> CCAG Travaux Article 50.3.1

## 2§ RECEVABILITE ET NATURE DU RECOURS

L'entrepreneur, lorsque le maître d'ouvrage rejette ses réclamations, peut alors saisir le tribunal administratif compétent. En revanche, il ne peut le saisir directement, il doit d'abord lier le contentieux en envoyant son mémoire au maître d'œuvre ainsi qu'au maître d'ouvrage. L'entrepreneur possède en outre la faculté de faire appel à une instance de conciliation que sont les Comités Consultatifs de règlement amiable des litiges ou une autre forme prévue contractuellement. Il existe également le médiateur des entreprises. C'est une faculté prévue à l'article 142 du décret 2016-360. Le point essentiel à retenir est qu'il s'agit d'une procédure dans laquelle la tierce partie cherche à trouver une solution amiable et équitable. La tierce partie ne règle pas un litige de manière franche en déterminant les responsabilités de chacun et les droits en découlant, elle cherche à trouver un arrangement en incitant les parties à faire des concessions réciproques. L'arbitrage est autorisé mais il ne peut porter que sur la liquidation des dépenses.

Les ordres de services se rencontrent dans un cadre purement contractuel, ce qui signifie que le contentieux est un contentieux de pleine juridiction. Le recours pour excès de pouvoir est donc naturellement fermé aux parties. Les tiers au contrat ne sont pas recevables à contester un ordre de service en principe car cet acte est trop lié au contrat. Les tiers doivent justifier d'un intérêt à agir s'ils veulent contester un ordre de service. Désormais, le recours des tiers contre des actes d'exécution d'un contrat relèvent du plein contentieux<sup>89</sup>. Outre l'intérêt à agir, ils ne peuvent invoquer que des moyens relatifs à la violation d'obligations légales ou de dispositions d'ordre public ou encore si la mesure litigieuse est manifestement contraire à l'intérêt général. La voie du recours pour excès de pouvoir est aujourd'hui en principe fermée pour les parties comme pour les tiers pour la contestation des contrats au stade de la passation comme de l'exécution. Il reste toujours quelques exceptions comme la contestation de clauses réglementaires ou de mesures impactant le contrat mais que l'Administration n'a pas prise sur un fondement contractuel (Fait du Prince) qui peuvent encore être contestées par la voie de l'excès de pouvoir. Autant dire que ces exceptions se rencontrent rarement dans les marchés publics de travaux. Le sous-traitant ne peut pas directement contester un ordre de service, il doit notifier à son donneur d'ordres ses réserves. En cas de groupement, c'est le même principe et seul le mandataire peut directement contester un ordre de service. Si l'entrepreneur principal ou le mandataire ne transmet pas les réserves faites par d'autres intervenants, il est seul responsable face à la personne publique.

---

<sup>89</sup> CE 30 Juin 2017 « SMPAT », n° 398445



### 3§ LE PRINCIPE : L'IMPOSSIBLE ANNULATION D'UN ORDRE DE SERVICE

Devant le tribunal administratif, l'entrepreneur se heurte à un « grand principe jurisprudentiel des marchés publics »<sup>90</sup> : l'impossibilité d'annuler une mesure d'exécution d'un contrat. En effet, « Considérant que le juge des contestations relatives aux marchés administratifs n'a pas le pouvoir de prononcer l'annulation des mesures prises à l'encontre de son cocontractant ; qu'il lui appartient seulement de rechercher si ces actes sont intervenus dans des conditions de nature à ouvrir au profit de celui-ci un droit à l'indemnité »<sup>91</sup>, il est donc impossible de faire annuler un ordre de service. La seule possibilité est de faire reconnaître a posteriori la responsabilité de l'administration. Ce principe est très ancien, une des premières mentions date d'un arrêt Goguelat de 1868<sup>92</sup>. Dans cette affaire, le préfet avait résilié le marché liant le sieur Goguelat aux prisons de l'ensemble du département de Corrèze ayant pour objet la fourniture de chiffons. Ce marché a été résilié par le préfet et le sieur Goguelat a introduit un recours devant le conseil de préfecture puis devant le Conseil d'Etat. Le Conseil d'Etat, déjà en 1868, déclare « qu'il n'appartenait pas au conseil de préfecture de se prononcer la réformation mais qu'il devait en revanche se prononcer sur les conditions dans lesquelles la mesure était intervenue pour savoir si ses conséquences devaient être mises à la charge de l'entrepreneur ». L'arrêt Daval de 1957 précité reprend cette solution et en fait un principe général applicable à tous les contrats. Plus précisément, l'arrêt « Société Compagnie Française » vient poser le principe que le juge n'a pas le pouvoir d'annuler un ordre de service<sup>93</sup>. La justification de cette règle est assez singulière car elle ne repose sur aucun véritable principe ni construction jurisprudentielle. Sur la modification unilatérale par exemple, le juge s'est fondé sur la nécessité d'adapter le contrat afin que le service public soit toujours efficace même lorsque la situation change. Sur la résiliation, le juge s'est fondé sur le fait qu'un motif d'intérêt général pouvait justifier l'anéantissement du contrat. En revanche, aucune explication claire ne vient nous éclairer quant à l'impossibilité d'annuler une mesure d'exécution du contrat<sup>94</sup>. Dans son rapport de 2008<sup>95</sup>, le Conseil d'Etat évoque ce principe très succinctement en disant qu'il serait inutile pour le juge d'autant s'immiscer dans les relations contractuelles parce que d'une part, lorsque le Conseil d'Etat se prononce trop tardivement et d'autre part son intervention pourrait troubler la continuité du service public. La remarque s'arrête là. On peut objecter qu'il existe des dispositions afin de ne pas troubler la continuité du service public. Le juge, saisi d'une demande tendant à l'annulation d'une mesure d'exécution du contrat, peut toujours différer l'annulation et demander à l'administration ou au concessionnaire de prendre des mesures transitoires. L'appel n'est pas suspensif (ce qui ne change rien si le juge refuse de faire droit à la demande d'annulation) mais il existe un sursis à exécution si jamais le juge estime qu'il existe des moyens sérieux pouvant conduire à l'annulation ou la réformation du jugement attaqué. D'autre part, c'est du fait du juge que les décisions relatives au contentieux des mesures d'exécution interviennent tardivement. En effet, c'est parce que le juge refuse systématiquement d'annuler les mesures d'exécution que le référé-

---

<sup>90</sup> Conclusions du Commissaire du Gouvernement Laurent dans l'arrêt CE 9 Janvier 1957 « Daval » Lebon 955

<sup>91</sup> CE 24 Novembre 1972 « Société Ateliers de nettoyage, teinture et apprêts de Fontainebleau », n° 84054

<sup>92</sup> CE 20 Février 1868 « Goguelat » Lebon 198

<sup>93</sup> CE 17 Février 1978 « Société Compagnie Française d'entreprises », n° 99193 99436

<sup>94</sup> Conseil d'Etat 2008, Rapport « Mode d'action publique et de production de normes », Contributions, Philippe Terneyre « Le droit du contentieux des contrats administratifs a-t-il enfin atteint sa pleine maturité ».

<sup>95</sup> Conseil d'Etat 2008, Rapport « Mode d'action publique et de production de normes », 2<sup>ème</sup> partie, 7.1.2.1 « Le pouvoir de modification et de résiliation unilatérale par l'autorité administrative ».

suspension n'est pas possible. Le référé-suspension n'est pas un recours autonome. La recevabilité du référé-suspension est conditionnée par la recevabilité d'un recours en annulation au fond : sans le pouvoir d'annuler le juge n'a pas le pouvoir de suspendre. Dans une affaire de 2002<sup>96</sup>, les juges du Palais-Royal estiment que « les conclusions présentées devant le juge des référés ne peuvent être que rejetées parce que le juge administratif n'a pas le pouvoir d'annuler les mesures prises par l'Administration à l'encontre de son cocontractant ».

Il permettrait pourtant d'agir rapidement pour contester un ordre de service. La possibilité serait alors donnée de rétablir un certain équilibre entre l'Administration et son cocontractant. Il peut paraître bizarre de laisser l'Administration bafouer ses obligations en justifiant que ce n'est pas très grave puisque le cocontractant sera indemnisé. On pourrait y voir une attente au droit à un recours effectif : ne pas annuler des actes en imposant des conditions strictes est une chose mais refuser carrément d'annuler des actes alors que le juge peut savoir qu'ils sont illégaux en est une autre. Une autre justification tient à ne pas laisser l'Administration se faire imposer des choix ou des procédés dont elle n'aurait pas envie. Certes mais l'intérêt général ne doit pas être étendu au-delà de ses limites, l'Administration ne peut pas justifier toute violation d'un contrat par l'intérêt général. En matière contractuelle, il y a risque pour tout type de contrat portant sur tout type de prestations avec tout type de prestataire. L'Administration est en droit de se tromper, de faire une mauvaise affaire et inversement sans que l'intérêt général s'en mêle. Il faut surtout noter que si les juges disent que le juge administratif n'a pas le pouvoir, cette formulation est fautive. Il a le pouvoir, il ne se le reconnaît pas. Une des critiques majeures du recours en excès de pouvoir par rapport au juge de plein contentieux portait sur les pouvoirs de ce même juge. Le juge de pleine juridiction dispose de pouvoirs étendus afin de faire cesser toute illégalité et aménager au mieux la situation tandis que le juge de l'excès de pouvoir ne peut qu'annuler des actes. Il semblerait pourtant, qu'en laissant une partie au contrat manquer à ses obligations sans pouvoir laisser la possibilité à une partie de s'opposer à cette violation que le juge du contrat ne dispose pas de pouvoirs suffisants. Emmanuelle Cortot-Boucher<sup>97</sup>, rapporteur public, dans ses conclusions sur l'arrêt Béziers II, pointait ainsi la contradiction avec le recours Tropic (et aujourd'hui Tarn et Garonne), qui élargissait les pouvoirs du juge du contrat. Elle soulignait aussi la contradiction entre le fait d'admettre un recours Béziers qui laissait le juge décider de la poursuite de l'exécution du contrat face à une mesure de résiliation et le fait de ne pas admettre l'annulation d'une mesure d'application du contrat par refus de s'immiscer dans les relations contractuelles. Enfin, elle pensait que ce principe n'était pas protecteur des deniers publics parce que l'Administration devait indemniser le cocontractant puis repayer un autre prestataire pour finir le contrat.

Sans aller à faire annuler tout ordre de service pour tout et n'importe quoi, il serait judicieux d'au moins reconnaître la faculté d'annuler. L'intérêt serait de pouvoir régler directement certains litiges parce que dans les marchés publics de travaux, on assiste parfois à des statu quo entre l'entrepreneur et le maître d'ouvrage. La résolution de ces conflits passe le plus souvent par voie d'avenant. Or, les solutions résultent souvent de la victoire du rapport de force et de qui sera prêt à gagner la guerre d'usure et de l'inaction qui en découle. Un accès plus direct et rapide au juge permettrait une gestion à terme plus sereine dans le sens où les difficultés seraient plutôt résolues au fur et à mesure plutôt qu'à la fin lors du décompte général. Le cocontractant mais aussi le maître d'ouvrage pourrait y trouver leur compte. Le titulaire pourrait plus facilement faire entendre son avis voire l'imposer tandis que le maître d'ouvrage pourrait lui forcer plus facilement sa décision parce que si en théorie l'ordre de service est directement exécutoire,

---

<sup>96</sup> CE 24 Juin 2002 « Société Laser », n° 242376

<sup>97</sup> Emmanuelle Cortot-Boucher, « Office du juge du contrat dans le contentieux de la résiliation (Conclusions sur l'arrêt CE Commune de Béziers 21 Mars 2011 n° 304806), RFDA 2011 page 507.

en pratique il n'est pas toujours aussi simple d'obliger l'entreprise à l'exécuter, d'autant plus que les mesures forcées peuvent prendre du temps (mise en demeure). L'accès plus rapide au juge permettrait également d'éviter des désordres futurs en donnant raison à l'une des parties. Cependant un des risques serait que le juge se trompe dans le jugement d'un ordre de service. Mais on peut tout de même espérer que cela éviterait des malversations et désordres. De plus le juge pourrait ne pas imposer mais seulement faire reconnaître que l'ordre de service n'est pas viable. Le juge ne se substituerait pas à une partie mais contrôlerait que les prescriptions de l'ordre de service soient viables, c'est-à-dire compatible avec l'objet du contrat.

L'impossibilité d'annuler des mesures d'exécution est un principe ancien mais aussi tenace. Les exceptions sont rares et cantonnées à des cas de figure précis. Le juge n'accepte pas non plus l'extension des exceptions. Dès 1878 et un arrêt Pasquet<sup>98</sup>, puis en 1968<sup>99</sup>, le Conseil d'Etat avait accepté de ne pas appliquer ce principe aux mesures de résiliation eu égard à la longue durée de certains contrat nécessitant des amortissements comme les concessions ou certaines conventions domaniales. Enfin, ce principe est inapplicable<sup>100</sup> dans une convention impliquant deux personnes publiques, les deux ne pouvant pas s'appliquer le principe réciproquement. Les arrêts Béziers I et II<sup>101</sup> introduisent une importante exception en ce qu'ils offrent la possibilité de contester une mesure de résiliation, de l'assortir d'une demande de suspension et enfin de demander la poursuite des relations contractuelles. Comme on vient de le souligner, il est difficile de comprendre pourquoi dans un cas ce serait possible et pourquoi ce serait impossible dans un cas similaire. Pourquoi le juge accepterait d'enjoindre à la reprise des relations et de contrôler une mesure de résiliation mais pas une mesure d'application. A titre personnel, je trouve plus logique de contrôler une mesure d'application afin que le contrat puisse continuer de vivre sereinement plutôt que d'obliger les parties à l'exécuter coûte que coûte, eu égard au principe de loyauté contractuelle. La loyauté contractuelle devrait jouer pour que les parties puissent surmonter des difficultés d'exécution et non pas d'enfermer les parties dans une situation qui ne convient à personne. Je trouve plus logique de laisser une personne résilier son contrat, tant en considération du droit administratif que du droit des obligations sans vraiment contrôler ses motifs mais en indemnisant son cocontractant (la personne est libre et décide si au mieux dans son intérêt) et de plus contrôler l'exécution du contrat dans le but de veiller qu'une des parties n'abusent pas de ses droits. Des jugements de tribunaux administratifs<sup>102</sup><sup>103</sup> avaient admis une extension des recours possible contre notamment des mesures de modifications du contrat. Mais le Conseil d'Etat<sup>104</sup> est venu fermer cette possibilité. Il rappelle dans cet arrêt que le recours en annulation contre les mesures d'exécution du contrat n'est possible que concernant les mesures de résiliation. Ici encore, le Conseil d'Etat n'a donné aucune explication dans ses considérants. Les jugements des tribunaux administratifs, eux, ont fondé leurs décisions sur la même base que l'exception des recours Béziers, à savoir la portée et les conséquences d'une telle mesure.

La contestation des ordres de services devant les tribunaux suit donc les règles générales de la responsabilité. Le juge appréciera les fautes commises par chacun des intervenants pour chaque différend soulevé et déterminera les responsabilités de manière classique tout en prenant en

---

<sup>98</sup> CE 8 Février 1878 « Pasquet », n° 50726

<sup>99</sup> CE 13 Juillet 1968 « Société des établissements Serfati », n° 73161

<sup>100</sup> CE 31 Mars 1989 « Département de la Moselle », n° 60384

<sup>101</sup> CE 28 Décembre 2009 « Commune de Béziers », n° 304802 et CE 21 Mars 2011 « Commune de Béziers », n° 304806

<sup>102</sup> TA Lille 29 Janvier 2013 « Société des eaux du Nord », n° 1005463

<sup>103</sup> TA Paris 7 Juillet 2014 « Société les Fils de Madame Géraud », n° 1310033

<sup>104</sup> CE 15 Novembre 2017 « Société les Fils de Madame Géraud », n° 402794

compte les éventuelles réserves. La détermination des responsabilités reste très factuelle, tout dépend de la nature et l'objet du contrat ainsi que du déroulement du contrat.

Il existe différents moyens afin de bien préparer sa contestation ou y faire face.

## 4§ LES POSSIBILITES OUVERTES AUX PARTIES

Côté acheteur public, outre les sanctions qu'ils peuvent prendre à l'égard de leur cocontractant, ils peuvent se tourner vers le juge afin de forcer l'entrepreneur de faire quelque chose. Cette faculté de saisir le juge est subsidiaire puisque « l'Administration ne peut jamais demander au juge ce qu'elle a le pouvoir de faire elle-même »<sup>105</sup>. Elle ne peut saisir le juge que si ses moyens ne suffisent pas. En outre, en cas d'urgence, elle peut utiliser le référé mesure-utile parce que le juge peut délivrer des injonctions de faire<sup>106</sup>. L'administration peut enfin utiliser l'expertise dans le but de conforter sa position face à un entrepreneur ayant fait des réserves ou déposé une réclamation.

L'entrepreneur dispose de moins de faculté. Il ne peut utiliser le référé suspension comme on l'a vu. Les meilleurs moyens à sa disposition sont l'expertise et les mesures utiles. L'expertise permet à l'entrepreneur de mandater un expert qui aura pour tâche de rendre un rapport motivé en droit et en fait sur un élément pouvant donner lieu à une future contestation. Il est utile de faire appel à un expert afin de donner plus de crédit à ses réserves ou réclamations. Le référé mesure utile est principalement utilisé dans le but de se faire communiquer des documents. Mais il pourrait dans certains cas servir à autre chose. Dans une affaire de 2006<sup>107</sup>, le juge administratif a accepté d'ordonner à l'Administration de réaliser des travaux confortatifs d'un immeuble menaçant ruine exigeant de manière urgente que des mesures soient prises. L'office du juge des référés ne permet normalement pas de faire obstacle à une décision administrative et dans cette affaire, le Conseil d'Etat a estimé que la décision implicite de rejet ne peut faire obstacle à elle seule aux mesures utiles même si le juge des référés ne peut normalement faire obstacle à une décision de l'Administration. Le raisonnement des juges est motivé par le risque de dommages immédiats que les travaux publics peuvent engendrer. On pourrait imaginer utiliser un référé mesure utile afin de faire obstacle à un ordre de service si on peut démontrer le risque immédiat de dommages imputables directement et de manière non contestable à l'exécution de l'ordre de service. Il est vrai que ça fait beaucoup de conditions mais ce serait possible, le juge pouvant difficilement faire prévaloir un principe au fondement obscur face à un dommage imminent de travaux publics.

---

<sup>105</sup> CE 30 Mai 1913 « Préfet de l'Eure », n° 49241

<sup>106</sup> CE 13 Juillet 1956 « OPHLM de la Seine », n° 37656

<sup>107</sup> CE 18 Juillet 2006 « Dame Elissondo Labat », n° 283474

# BIBLIOGRAPHIE

Ordonnance n° 2015-899 du 23 Juillet 2015 relative aux marchés publics

Décret n° 2016-360 du 25 Mars 2016 relatif aux marchés publics

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

Décret n° 93-1268 du 29 Novembre 1993 relatif aux missions de maîtrise d'œuvre confiées par des maîtres d'ouvrage publics à des prestataires de droit privé

Arrêté du 8 Septembre 2009 portant approbation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux

## Chapitre I

- <http://www.acheteurs-publics.com/marches-publics-encyclopedie/ordre-de-service>
- <https://www.juritravail.com/Actualite/decisions/Id/9396>, André Icard, 11/08/2015
- <http://marches-publics.legibase.fr/actualites/focus/ordre-de-service-bon-de-commande-avenant-ne-pas-se-78508>
- Lexis nexis, Fascicule Jurisclasseur n° 145 « Décompte général et définitif dans les marchés publics » et n° 32 « Responsabilité contractuelle ».
- <https://www.lemoniteur.fr/articles/l-ordre-de-service-un-formalisme-a-bien-maitriser-30956254>, par Cyril Laroche, avocat à la Cour, Moniteur n°5851, publié le 15/01/2016.
- <https://www.lemoniteur.fr/articles/ordres-de-service-couteau-suisse-de-l-execution-28237461>, par Samuel Dvens, Moniteur n° 5811, publié le 10/04/2015.
- Modification des marchés publics et privés de travaux, Kawthar Ben Khelil, Revue Contrats Publics n° 186, Avril 2018
- Feuillet mobile IV.127.2 Conditions de validité, Rémi Rouquette, Droit des marchés publics, Editions du Moniteur, Septembre 2016.
- L'usage du pouvoir de modification unilatérale dans le cadre des marchés publics, Eve De-rouesné, Revue Contrats Publics n° 183, Janvier 2018.
- Feuillet mobile IV.125.2 Pouvoir de modification unilatérale, Rémi Rouquette, Droit des marchés publics, Editions du Moniteur, Juin 2016.
- Feuillet mobile IV.418.1 Travaux supplémentaires utiles, Rémi Rouquette, Droit des marchés publics, Editions du Moniteur, Septembre 2016.
- Feuillet mobile IV.418.2.1 Travaux supplémentaires indispensables, Rémi Rouquette, Droit des marchés publics, Editions du Moniteur, Septembre 2016.

- Feuillet mobile IV.417.1 Le statut des quantités, Rémi Rouquette, Droit des marchés publics Editions du Moniteur, Septembre 2016.
- Feuillet mobile IV.322.1 Obligations du maître d'ouvrage avant la construction, Rémi Rouquette, Droit des marchés publics, Editions du Moniteur, Septembre 2016.
- La modification des contrats, Hélène Hoeffpner, RFDA 2016 page 280.

## *Chapitre II :*

- Droit de l'urbanisme et de la construction, Jean Bernard Auby/ Hugues Périnet Marquet/ Rozen Noguellou, LGDJ 10<sup>ème</sup> édition, 2015.
- Droits des contrats administratifs, Hélène Hoeffpner, Dalloz, 1<sup>ère</sup> édition, 2016.
- Traité de la responsabilité des constructeurs, Albert Caston/ François-Xavier Ajaccio/ Rémi Porte/ Mario Tendeiro, Edition du Moniteur 7<sup>ème</sup> édition 2013.
- Pratique du droit de la construction, Patricia Grelier Wyckoff,, Eyrolles 7<sup>ème</sup> édition, 2015.
- Traité de contentieux de la commande publique, Olivier Guézou, Edition le Moniteur, 2018.
- Précis du droit des marchés publics, Stéphane Braconnier Le Moniteur 3<sup>ème</sup> édition, 2009.
- CCAG Travaux commenté, Nicolas Charrel, Le Moniteur 3<sup>ème</sup> édition, 2014.
- Dossier Dalloz Droit de la construction 481 Responsabilité des constructeurs (droit public) : responsabilité contractuelle, Benoît Delauney/ Franck Moderne, 2013.
- Dossier Dalloz Droit de la construction 480 Responsabilité des constructeurs (droit public) : données et sources, Benoît Delauney/ Franck Moderne/ Philippe Malinvaud, 2013.
- Dossier Dalloz Droit de la construction 417 Marchés publics de travaux : exécution financière, Stéphane Braconnier/ Michel Degoffe/ Philippe Malinvaud, 2013.
- Dossier Dalloz Droit de la construction 382 Maîtrise d'ouvrage publique : missions du maître d'ouvrage, Jean-Pierre Jouguelet/ Philippe Malinvaud, 2013.
- Dossier Dalloz Droit de la Construction 360 Maîtrise d'œuvre (constructions publiques), Philippe Terneyre/ Philippe Malinvaud, 2013.
- Rapport du Conseil d'Etat : Le contrat, mode d'action publique et de production de normes, 2008.
- Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative, Marceau Long/ Prosper Weil/ Guy Braibant/ Pierre Dévolvé/ Bruno Genevois, Dalloz 20<sup>ème</sup> édition, 2015.
- Dossier Dalloz Professionnel Pratique du contentieux administratif 450 Contentieux des contrats, Jean-David Dreyfus/ Antoine Louvaris, 2012 (actualisation février 2018).
- L'intervention du juge du contrat dans l'exécution des contrats administratifs, Nil Symchowicz, AJDA 2015 page 320.
- Lamyline Encyclopédie Marchés publics Lexbase.

- L'office du juge du contrat dans le contentieux de la résiliation, Emmanuelle Cortot-Boucher, RFDA 2011 page 507.
- L'exécution des marchés publics : part respective de l'ordre de service et de l'avenant, Olivier Didriche, AJCT 2015 page 437.
- Référé mesures utiles : la quadrature du cercle, Louis Dutheillet de Lamothe/ Guillaume Odinet, AJDA 2016 page 474.
- Répertoire de contentieux administratif, Marc de Monsebernard, Dalloz, avril 2013.
- L'acheteur public bien armé pour faire exécuter le contrat, Thomas Rouveyran/ Pierre-Marie Duché (cabinet d'avocat Seban et associé), 26 Octobre 2012 le Moniteur.
- Le Lamy droit public des affaires, 1<sup>er</sup> mars 2018.
- Les pouvoirs du juge de pleine juridiction, Thèse de Benjamin Bouldous, PUF, 2000.
- Le guide des référés administratifs et des autres procédures d'urgence devant le juge administratif, Olivier le Bot, Dalloz, 2013.

