



COUR  
D'APPEL  
PARIS

COUR D'APPEL DE PARIS

PALAIS DE JUSTICE

Seizièmes Assises

"JUSTICE - CONSTRUCTION"

\*\*\*

Jeudi 6 Décembre 2001

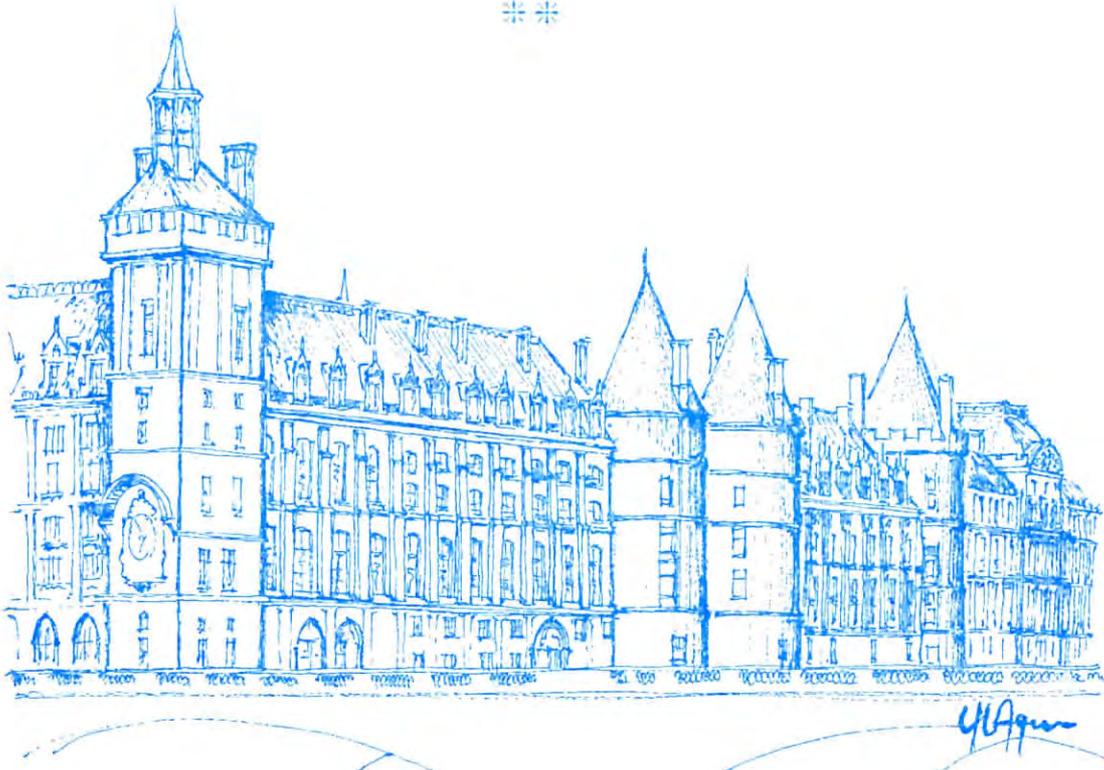
\*\*\*

LE CONTRAT

EN MATIERE DE TRAVAUX DE CONSTRUCTION ET DE BATIMENT

Marchés Privés

\*\*\*



ANNEE  
2002

## TABLE DES MATIERES

Matinée	Pages
Ouverture des Assises par le Président Fabrice JACOMET Président de Chambre à la Cour d'Appel de Paris	1
Allocution de Monsieur COULON Premier Président de la Cour d'Appel de Paris	2
Allocution de Maître Albert CASTON, représentant le Bâtonnier de l'Ordre des Avocats de la Cour d'Appel de Paris	3
Présentation de la journée par Monsieur JACOMET	5
Présentation de la matinée par Monsieur Pierre-Claude PARLEBAS, Vice-Président de JUSTICE CONSTRUCTION	7
LA TRANSPARENCE CONTRACTUELLE par le Professeur Philippe MALINVAUD	8
Débat	17
LES OBLIGATIONS INHERENTES AU CONTRAT par Monsieur VILLIEN, Haut Conseiller à la Cour de Cassation	26
Débat	37

**COUR D'APPEL DE PARIS  
PALAIS DE JUSTICE**

0  
0 0  
0

**ASSISES "JUSTICE-CONSTRUCTION"  
"Le contrat en matière de travaux de construction et  
de bâtiment"**

0  
0 0  
0

**Jeudi 6 décembre 2001.**  
**(Matinée)**

0  
0 0  
0

La séance est ouverte sous la Présidence de M. JACOMET,  
Président de "Justice-Construction".

**M. JACOMET.**- Nous allons démarrer ce colloque.  
Je passe directement la parole à M. Le Premier Président qui a  
bien voulu accepter d'ouvrir les travaux de notre colloque.  
Je vous passe la parole.

### *Ouverture des Assises*

**M. COULON**, *Premier Président de la Cour d'Appel*.- Merci beaucoup Monsieur le Président.

Je dirai peut-être qu'aujourd'hui j'ai plus un rôle d'hôtelier, si vous me permettez cette expression, qu'un rôle de participant actif.

Je voudrais quand même vous souhaiter dans ce cadre, qui est assez magnifique, la bienvenue pour ce nouveau colloque de "Justice-Construction" dans cette Première Chambre de la Cour d'Appel.

Les événements de la justice font que je m'intéresse plus à la procédure pénale qu'à la procédure civile actuellement, mais je me sens beaucoup plus à l'aise peut-être d'une manière générale sur les vrais problèmes de justice et ce que vous allez faire aujourd'hui c'est véritablement la vraie justice de tous les jours qui intéresse les Français, ce qui n'est quand même pas rien.

Le sujet retenu me paraît passionnel, passionnant et général. Il intéresse les juristes et aussi les non juristes, je vous parlais des Français à l'instant, il intéresse les Français.

Je voudrais dire aussi que lorsqu'on regarde le programme l'Université est très présente, peut-être encore plus que d'habitude. Ce n'est pas l'ancien universitaire que je suis qui s'en plaindra, au contraire. Je m'en félicite, vous félicite d'avoir fait appel de cette manière aux Universitaires.

Je voudrais également féliciter tous les organisateurs et particulièrement M. JACOMET qui réussit - ce n'est pas un tour de force d'ailleurs, son charisme personnel fait qu'il n'a pas beaucoup de difficultés à organiser ces journées - à avoir à 9 heures ¼ du matin autant de personnes présentes dans cette salle. Cela en est l'illustration, donc je voudrais remercier les organisateurs, les professionnels, M. JACOMET à nouveau et vous souhaiter une bonne journée de travail dans la joie.

Merci.

(Applaudissements)

**M. JACOMET**.- Merci infiniment Monsieur le Premier Président.

**M. COULON**.- J'ai oublié M. VILLIEN, mais en réalité je ne l'oublie pas car nous avons tellement de souvenirs communs et je voudrais donc également le remercier, je pense notamment à notre dernière soirée orléanaise !

**M. JACOMET**.- Merci Monsieur le Premier Président de vos paroles de bienvenue qui sont toujours très appréciées de l'association. L'association est toujours très honorée de pouvoir se réunir ici, dans ces lieux.

Je vous remercie de vos propos d'encouragement dont notre association a besoin pour continuer ce travail en profondeur auprès des juristes à quelque milieu qu'ils appartiennent, mais également auprès de tous les techniciens, puisque l'objet de notre association c'est la rencontre entre gens du terrain et gens de droit.

Je passe directement maintenant la parole à Maître CASTON qui est bien connu des membres de l'association Il représente aujourd'hui ici le Bâtonnier qui est parfaitement bien connu de tous les milieux qui sont confrontés au droit et aux techniques de la construction.

Il nous a d'ailleurs indiqué qu'il participerait autant que possible à nos travaux.

Je vous passe la parole, Maître CASTON.

### *Intervention de Maître CASTON.*

**Me CASTON.-** Monsieur le Président, Monsieur le Premier Président, Mesdames, Messieurs, chers amis,

J'ai d'abord à vous présenter les regrets qui ne sont pas de circonstances du Bâtonnier Francis TEITGEN qui, jusqu'au dernier moment, pensait pouvoir être des nôtres. Il est pris par l'ampleur des obligations qui pèsent sur lui, vous comprendrez les raisons qui font qu'il n'est pas là aujourd'hui.

Je m'associe aux propos qui ont été tenus et je le disais tout à l'heure à mes voisins, je suis émerveillé devant la qualité toujours améliorée, si c'était possible, de l'organisation de ces travaux dans la forme, dans le fond, la qualité des intervenants qui fait que j'ose à peine prendre la parole devant vous, puisque toutes ces personnalités que je vois réunies, qui sont pour moi et pour vous tous, j'en suis sûr, une espèce de cumul idéal d'affections, font qu'effectivement cette journée s'annonce sous les meilleurs auspices, surtout que le thème qui a été choisi est pour moi l'un des plus beaux puisque ce droit des contrats est vraiment aussi un élément essentiel de nos préoccupations, de notre activité.

Cette idée qui est formulée dans l'article 834 du code civil de la loi que les parties se sont faites, fait qu'à côté de la loi générale, il y a une loi particulière parce que des personnes qui veulent faire quelque chose ensemble se réunissent et établissent une charte et de cette charte elles fixent leurs obligations respectives dont va découler effectivement une oeuvre.

Les questions que vous posez sont en effet des questions essentielles qui sont dans le cadre même des préoccupations du législateur, de la jurisprudence, transparence contractuelle, obligation inhérente au contrat, aspects économiques du contrat, liquidation des relations contractuelles, tout est dit déjà dans ce programme.

Quelles sont les idées générales qui viennent à l'esprit lorsqu'on prend le premier contrat ? Elles sont multiples. Je vous les laisse, je ne vais pas vous faire un exposé, je ne voudrais pas être trop long.

Transparence bien sûr, transparence c'est aussi l'idée de loyauté, de bonne foi qui doit présider à l'exécution des conventions, quelles que soient les conventions.

Loyauté mais aussi équilibre puisqu'un contrat synallagmatique par définition réunit deux obligations, l'une étant la contrepartie, la cause de l'autre. Se pose immédiatement pour le juge qui est le gardien du respect de cet équilibre, la question de savoir quelle est la limite de son intervention. Son intervention a pour objet de rétablir cet équilibre.

On voit apparaître aussitôt des idées du bouleversement de l'économie du contrat qui existe tant en droit public qu'en droit privé, puisque le génie du juriste spécialement quand il est français, fait que l'occasion nous sera certainement donnée aujourd'hui de faire du droit comparé franco-français puisque nous avons cette particularité que les mêmes concepts font parfois l'objet d'interprétations et même de réglementations différentes suivant qu'ils intéressent le droit privé ou le droit public. Ce sera peut-être aussi une de vos préoccupations.

Rôle du juge, je l'ai dit tel qu'il est fixé par les textes lorsque le juge peut par exemple modérer, augmenter la clause pénale si elle est excessive ou dérisoire, rôle du juge même s'il n'est pas prévu par les textes, parce que le juge est aussi le gardien de cette loyauté. Rôle du juge dans le cadre de l'ordre public.

Vous avez posé toutes les bonnes questions mais que serait le juge finalement du contrat sans ceux qui l'entourent ?

Et j'avais le bonheur de participer avec le Bâtonnier Francis TEITGEN il y a deux jours à une rencontre, puisque maintenant nous avons de plus en plus à organiser des rencontres qui sont autant de face à face, Magistrats, avocats, experts, car tout ceci "Justice-Construction" se situe dans

un cadre construction factuelle-justice et il ne faut pas oublier que derrière les dossiers que nous plaidons il y a effectivement des hommes qui sont parfois faits de chair et de sang toujours et la désincarnation du dossier ne doit pas faire oublier l'aspect humain des préoccupations qui doivent être les nôtres.

C'est tout ceci qui préside à notre relation et à côté du contrat, il y a les auxiliaires du contrat, le juge étant amené à respecter cet équilibre mais les artisans de cet équilibre sont les conseils des parties, conseils techniques, conseils juridiques et sans oublier bien sûr les experts.

C'est tout ceci qui est la toile de fond de ces travaux pour lesquels je ne veux pas anticiper. Je borne là mon propos, je sais que la richesse des interventions fera la réussite de cette journée et les vœux que je forme sont déjà exaucés par l'activité des intervenants, dont la réussite est propice.

Merci.

(Applaudissements)

**M. JACOMET.-** Merci infiniment Maître de nous avoir rappelé ces quelques propos.

Je sais que vous allez participer à nos travaux, donc je vais être relativement rapide et je vais surtout maintenant permettre à M. Le Premier Président dont l'emploi du temps est très chargé, et à vous-même si vous avez d'autres préoccupations immédiates d'aller vers vos occupations.

Je suspends les travaux pendant quelques secondes et nous démarrerons ensuite, immédiatement, dans nos travaux qui sont relativement chargés, même si le nombre d'interventions est assez limité, puisque nous avons choisi d'avoir des interventions structurées sur des thèmes difficiles et que nous espérons qu'il puisse y avoir un débat qui s'organise après chacune de ces interventions.

Monsieur le Premier Président, je vous remercie encore.

(Applaudissements)

(Départ de M. COULON).

### *Présentation de la journée.*

**M. JACOMET.-** Je vais donc maintenant enchaîner directement les thèmes de nos travaux. Je remercie tous ceux qui ont fait l'effort d'être à l'heure ce matin, puisque nous respectons jusqu'à présent relativement notre horaire.

Je voudrais simplement donner d'entrée de jeu quelques explications sur la journée elle-même avant que nous puissions démarrer nos travaux proprement dits.

D'une part pour ceux qui sont déjà habitués de notre association, ce colloque a été organisé de manière différente, puisque nous avons souhaité réduire très sensiblement le nombre d'interventions.

Il y en a 4 pour la journée ; par rapport à nos pratiques antérieures, c'est une modification importante, tout en faisant en sorte qu'il ne s'agisse pas d'un colloque organisé de l'extérieur, avec le choix d'intervenants qui connaissent certes bien l'association mais que le travail de l'association elle-même soit continué.

Aussi les intervenants, comme l'association, ont travaillé de concert pour que la richesse de notre association qui est la rencontre de gens du terrain et de gens de droit puisse également s'exprimer.

Donc modification de l'organisation, interventions structurées, qui devraient permettre un débat mais qui sera nécessairement bref compte tenu de l'importance des interventions, du travail que nous avons demandé aux intervenants qui vont nous faire des exposés riches et qui vont permettre de traiter l'ensemble du sujet.

Deuxième observation, ce colloque a pour objet, de se mettre dans la lignée de celui que nous avons organisé l'an dernier qui était d'ordre public, puisque le contrat c'est ce qui reste une fois que les exigences de l'ordre public ont été respectées.

Il y avait deux options, c'était soit de rentrer dans le détail de chaque aspect contractuel, soit, et c'est ce que nous avons choisi volontairement, traiter l'aspect contractuel de manière transversale en abordant quelques questions importantes.

L'Université est ici très représentée, non pas que l'association entende se détourner de son rôle vers les techniciens, de ceux qui sont sur le terrain, mais parce qu'il y a une demande des techniciens d'avoir une information plus riche sur le contenu même du droit, et d'autre part parce que l'Université, on le sait maintenant, s'intéresse de plus en plus à la réalité concrète du terrain et donc est très reliée aussi à la formation permanente.

Enfin, parce qu'il nous paraissait utile que le secteur propre du droit de la construction s'inscrive dans le courant général du droit et c'est ce qui explique que nous nous sommes adressés à des spécialistes en matière de droit de la construction, le Professeur MALINVAUD, le Professeur PERINET-MARQUET ont marqué de leur sceau suffisamment pour que ces questions leur soient confiées mais également le Professeur AYNES, grand spécialiste du droit contractuel, qui a accepté de faire la synthèse.

Je remercie également tout particulièrement M. Le Haut Conseiller VILLIEN qui est un habitué de notre association depuis de nombreuses années, qui maintient cette liaison permanente avec l'association et la présence ici de la Cour de Cassation est pour nous aussi un très grand réconfort, une présence de fait mais présence aussi par une intervention active et là aussi un travail.

Je ne voudrais pas terminer ces quelques propos sans remercier également M. LABADIE, qui est expert judiciaire, et qui traitera de la question très difficile de la liquidation des relations contractuelles. C'est un sujet auquel on est de plus en plus confronté et qui, au niveau de toutes les juridictions, est la question des seuils du marché et devient une question primordiale dans le traitement des dossiers de construction.

Je voudrais également remercier ceux qui n'ont pas pu être là, qui nous ont exprimé leur soutien. Je pense en particulier à M. Le Premier Président de la Cour de Cassation qui a pris la peine de nous adresser un message pour nous encourager et souligner l'intérêt que lui paraissent présenter nos travaux.

Je tiens à remercier également le Président de la 3ème Chambre Civile qui, lui aussi, a voulu manifester l'intérêt qu'il avait pour les travaux de notre association, ainsi que Monsieur l'Avocat Général GUERIN.

Nous avons une lettre personnelle du Directeur de Gazette du palais qui nous a indiqué qu'il ne pourrait pas être là mais que nos travaux seraient tout à fait suivis par lui.

Voilà les quelques indications que je voulais donner d'entrée de jeu et je vais donc passer directement la parole à M. PARLEBAS, Vice-Président de l'association avant que M. le Professeur MALINVAUD puisse commencer son intervention.

*Présentation de la matinée.*

**M. PARLEBAS.**- Merci Président.

Je ne ferai que répéter en gros ce qui vient d'être dit, c'est-à-dire qu'en matière de travaux de construction de bâtiments pour les marchés privés, l'an passé nous avons traité de l'ordre public, et la logique voulait que cette année on traite du contrat, disons plutôt des contrats.

Les intervenants de ces contrats sont d'une part la maîtrise d'ouvrage, maître de l'ouvrage, maître de l'ouvrage délégué, acquéreur et d'autre part les bâtisseurs, les maîtres d'oeuvre, les contrôleurs, les coordinateurs, coordonnateurs, entrepreneurs, cotraitants, sous-traitants et j'en oublie.

Pour ces contrats, quelle transparence ? Quelles obligations matérielles et économiques ? Et quid de la liquidation de ces relations contractuelles et quelles en seront les conséquences ?

C'est ce que vont nous exposer pour commencer, aujourd'hui, M. Le Professeur MALINVAUD puis M. Le Haut-Conseiller VILLIEN et ensuite M. Le Professeur PERINET-MARQUET, M. Le Professeur AYNES ainsi que M. Guy LABADIE.

Nous comptons sur votre aimable participation par la voie des questions que vous voudrez bien nous poser.

Merci.

Voici notre premier intervenant, M. Le Professeur Philippe MALINVAUD, Professeur de Droit à l'Université Paris II Assas et qui va nous parler de la transparence contractuelle.

*La transparence contractuelle par le Professeur  
Philippe MALINVAUD.*

**1. Qu'est-ce que la transparence contractuelle ?**

Voilà un intitulé qui appelle quelques éclaircissements. De quoi s'agit-il donc ? Suivant le Petit Larousse, la transparence est « la qualité de ce qui est transparent » ; poursuivons et allons voir à transparent : « qui, se laissant aisément traverser par la lumière, permet de distinguer nettement les objets à travers son épaisseur » et, figuré, « dont le sens se laisse deviner, saisir aisément ». Ou mieux encore, le verbe transparaître : « se montrer, apparaître à travers » et il ajoute un exemple : « laisser transparaître ses intentions ».

On retrouve le mot dans la langue juridique, ce qui lui vaut une place dans le Vocabulaire juridique Capitain qui rappelle l'étymologie du mot : il vient de trans (à travers), et parens, participe présent de parere : paraître, apparaître. Et il en donne deux applications dans le domaine du droit :

- D'une part la transparence fiscale, qui concerne notamment les sociétés de construction, en vertu de laquelle l'imposition des bénéficiaires se fait directement entre les mains des associés, sans que la société elle-même soit soumise à l'impôt ; la société est ici un écran, mais un écran transparent.
- D'autre part, pour un marché, accessibilité des informations relatives notamment aux prix de revient et conditions de vente qui y ont cours ; en ce sens on parlera de la transparence tarifaire.

**2. Qu'est-ce que la transparence contractuelle dans le domaine de la construction ?**

Qu'il nous soit tout d'abord permis de rappeler une évidence : la question de la transparence ne se poserait pas, et nous ne serions pas aujourd'hui conviés à en débattre, s'il n'y avait jamais qu'un seul intervenant assurant la conception et l'exécution de l'ouvrage. L'hypothèse n'est pas à exclure, mais elle ne concerne le plus souvent que des ouvrages de taille modeste susceptibles d'être exécutés par un entrepreneur seul. Il conviendra néanmoins de s'en souvenir le moment venu car c'est bien évidemment un moyen radical d'éliminer la difficulté.

Le problème tient à la multiplicité des acteurs et donc des contrats que le maître de l'ouvrage sera amené à passer pour l'exécution de la construction projetée. Il y a là une double étrangeté :

- Etrangeté tenant au fait que la réalisation d'un ouvrage unique va nécessiter l'intervention d'une pluralité de constructeurs, et cela pour la presque totalité des constructions, même pour la construction d'une maison individuelle : à l'unicité de l'ouvrage s'oppose la pluralité des intervenants et donc des contrats.
- Etrangeté plus grande encore tenant au fait que tous ces contrats sont indépendants les uns des autres ; certes, le maître de l'ouvrage est contractuellement lié à chacun des intervenants, mais en revanche il n'y a aucun lien contractuel entre ces intervenants : tous contractants du maître de l'ouvrage ; mais tous aussi étrangers entre eux, ils n'en travaillent pas moins ensemble, côte à côte, à la réalisation de l'ouvrage.

Que veut-on dire ici lorsqu'on parle de transparence ?

La pratique nous fournit un exemple, peut-être même un seul, d'utilisation du terme de transparence. Il s'agit de la sous-traitance. Pendant longtemps, jusqu'en 1995, la FNB et la FNTF ont diffusé des modèles de contrats de sous-traitance, l'un dit transparent (B), l'autre dit non transparent (A). La transparence se définissait alors « comme une technique contractuelle consistant essentiellement à répercuter au sous-traitant les droits et obligations du marché principal »<sup>1</sup>. Cette dualité de modèles a aujourd'hui disparu, mais cela ne

<sup>1</sup> S. Abbaticci, Solutions apportées dans le contrat-type de sous-traitance du BTP aux principaux problèmes que posent les relations de sous-traitance, RDI 1995.247.

signifie nullement que les contrats soient tous désormais transparents au sens ci-dessus.

Allant très au delà du problème de la transparence en matière de sous-traitance, l'Association Justice Construction nous invite à examiner la question de la transparence pour l'ensemble des contrats et marchés qui concourent à la réalisation d'une opération de construction. C'est dire que, tels des pionniers, nous sommes invités à partir à l'aventure, à la recherche de la transparence dans les chaînes et entrelacs des contrats d'entreprise et de maîtrise d'œuvre.

Mais, ce faisant, nous constatons que, de manière assez insidieuse, la transparence est ici prise dans un sens différent de celui utilisé pour la sous-traitance. Elle s'applique, non plus à des sous-contrats situés dans une chaîne et qui s'emboîtent ou devraient s'emboîter les uns dans les autres, mais à des co-contrats situés sur un même niveau. La transparence s'entend alors ici de la connaissance par chacun de l'existence et du contenu du contrat des autres intervenants, c'est à dire de l'identification et de la connaissance des obligations qui pèsent sur chacun.

La transparence contractuelle dont il sera question aujourd'hui n'est donc pas une notion unitaire ; elle recouvre deux acceptions, qui ne s'excluent d'ailleurs pas l'une l'autre. C'est :

- d'une part, le fait que, dans une chaîne de contrats tendant à la production ou à la commercialisation de la construction, par exemple en cas de sous-traitance, il y a bien identité entre les obligations souscrites dans le contrat amont et celles souscrites dans le contrat aval ;
- d'autre part, le fait que, dans une juxtaposition de contrats étrangers les uns aux autres, chacun sait, non seulement ce qu'il a à faire, mais ce que les autres ont en charge de telle sorte qu'il n'y ait ni blancs entre les co-contrats, ni malentendus entre les intervenants.

### 3. Quel est l'enjeu ?

L'enjeu, c'est à titre principal la responsabilité des intervenants à l'égard du maître de l'ouvrage ou, plus largement, du destinataire final de l'ouvrage qui peut être un sous-acquéreur. En bref, qui est responsable de quoi ? et vis à vis de qui ? C'est aussi la responsabilité des intervenants dans leurs rapports respectifs.

La réponse du droit suppose l'examen d'une question préalable de fait : qui doit faire quoi ? D'entrée on comprend que le problème vient de la pluralité d'intervenants dans l'opération de construction. Certes, cette pluralité n'est pas nouvelle puisqu'il y avait déjà en 1804 des architectes et des entrepreneurs ; mais elle a pris une ampleur considérable.

Jadis, les ouvrages étaient relativement simples et les tâches de chacun bien délimitées, la conception pour l'architecte, l'exécution pour l'entrepreneur. Il n'en va plus de même aujourd'hui avec des ouvrages de plus en plus sophistiqués, une maîtrise d'œuvre de plus en plus éclatée, des techniciens de plus en plus pointus et des entreprises de plus en plus spécialisées. A la pathologie du bâtiment s'ajoute aujourd'hui la pathologie des contrats qui n'offrent pas toujours la cohérence nécessaire.

Il convient de faire un recensement des situations où la transparence n'est pas assurée, ou mal assurée, avant de voir les remèdes qui ont été ou pourraient être apportés. Mais, dresser cet état des lieux n'est pas chose facile dans la mesure où la notion de transparence n'a ni le même contenu, ni le même sens, suivant qu'il s'agit d'une juxtaposition de co-contrats se situant au même niveau, ou de contrats se succédant les uns aux autres au sein d'une chaîne de production ou de commercialisation. Les problèmes ne se présentant pas dans les mêmes termes dans l'un et l'autre cas, nous serons amenés à distinguer transparence horizontale et transparence verticale.

## 1. LA TRANSPARENCE HORIZONTALE

### A. Etat des lieux

La réalisation d'un ouvrage n'est pas chose facile. Et, plus l'ouvrage est important et sophistiqué au plan technique, plus il y aura de tâches, plus il y aura d'intervenants et plus il y aura d'interfaces à gérer. Le problème de la transparence est directement lié à ce phénomène. Prenant acte du phénomène, on s'accorde à considérer que, dans toute opération de construction, les intervenants se situent dans l'une des trois sphères suivantes : la maîtrise d'ouvrage, la maîtrise d'œuvre, et l'entreprise. Ce qui soulève trois problèmes de transparence.

#### 1. *La transparence maîtrise d'œuvre - entreprise*

Dans ce rapport, on conviendra aisément que le maître d'œuvre qui a lancé les appels d'offres, préparé et fait signer les marchés, connaît parfaitement ces contrats. C'est dire par là même que, si ces contrats sont mal rédigés, ou s'ils ne se coordonnent pas correctement, le maître d'œuvre en sera responsable au premier chef.

Il y a donc bien transparence à l'égard du maître d'œuvre ; l'affirmation doit cependant être nuancée dans la mesure où la maîtrise d'œuvre serait éclatée et où alors certains parmi eux pourraient légitimement ignorer ces marchés.

Cela dit, c'est une transparence à sens unique car, en revanche, l'entrepreneur n'a généralement pas connaissance du contrat de maîtrise d'œuvre. La question est d'importance dans la mesure où l'entrepreneur a le plus grand intérêt à connaître l'étendue des pouvoirs du maître d'œuvre : par exemple, ce dernier a-t-il ou non pouvoir d'ordonner des modifications ? ou des travaux supplémentaires dans le cas d'un marché à forfait ?

En bref, la transparence ici n'est qu'une glace sans tain ; et seul le maître d'œuvre est du bon côté de la glace. L'entrepreneur est du mauvais côté et sa position ne lui permet généralement pas de demander au maître d'œuvre de justifier de ses pouvoirs.

#### 2. *La transparence au sein de la sphère maîtrise d'œuvre*

C'est ici le problème de la maîtrise d'œuvre éclatée qu'on rencontre de plus en plus souvent et qui, en définitive, tient au choix du maître d'ouvrage qui, par exemple, aura voulu dissocier maîtrise d'œuvre de conception et maîtrise d'œuvre d'exécution. Il est bien évident qu'il y aura des interfaces, lesquels seront d'autant plus difficiles à gérer que chacun ignorera le contrat de l'autre et donc ne pourra identifier les problèmes. Il y a là d'évidence une responsabilité du maître de l'ouvrage ou de son assistant, même si un juge sera tenté de retenir la responsabilité in solidum des maîtres d'œuvre.

Cela dit, si la coordination soulève des problèmes particulièrement complexes, rien n'interdit au maître de l'ouvrage de s'assurer les services d'un spécialiste de la coordination qui prendra précisément en charge la gestion de toutes les interfaces, y compris au plan des contrats.

#### 3. *La transparence au sein de la sphère entreprise*

La question de la transparence ne se pose que si le marché est traité par corps d'état séparés. En fait, les questions susceptibles de se poser relèvent plus de la technique que du juridique. Il s'agira principalement de la coordination entre les diverses tâches, mission qui incombe au maître d'œuvre. Ou encore, on mettra en place une cellule de synthèse.

Au plan juridique, on pourrait penser que la transparence est ici sans intérêt dans la mesure où chacun accomplit une tâche spécifique. Tel n'est pas le cas de lots qui peuvent être connexes ou complémentaires et qui auront été néanmoins attribués à des entreprises différentes. Il se peut alors que les lots aient été insuffisamment définis et qu'il y ait place à hésitation sur le point de savoir à qui incombent certaines

prestations ; ou encore des normes différentes auront été retenues pour des lots complémentaires, ce qui ne manquera pas de faire problème le jour où on s'en apercevra.

Suivant les circonstances de fait, la responsabilité incombera au maître d'œuvre qui a mal défini les lots, ou/et aux entreprises auxquelles on pourra reprocher de ne pas s'être spontanément enquis des problèmes de frontière avec les tâches des corps d'état voisins. A cet égard, il y aura d'évidence intérêt pour le maître de l'ouvrage à mettre à disposition de toutes les entreprises les descriptifs des différents lots et à stipuler dans les marchés que chaque entrepreneur devra s'assurer de la complémentarité de sa tâche avec les autres.

Pour être complet, on observera que la question de la transparence ne se pose pas si le marché a été traité tous corps d'état avec une seule entreprise ou un groupement d'entreprises. En pareil cas, c'est à l'entrepreneur principal ou au pilote qu'il appartiendra de gérer les interfaces entre les divers lots et d'assurer la complémentarité et la coordination au plan technique et juridique. A la vérité, le problème de la transparence se déplace de l'horizontale à la verticale.

## B. Les remèdes

Les remèdes se situent sur deux plans différents : les remèdes préventifs destinés à restaurer la transparence, et ceux curatifs tendant à sanctionner l'opacité.

### 1. Restaurer la transparence

a) Dans la mesure où la difficulté tient à la multiplicité des contrats, on peut tout d'abord se demander s'il est bien raisonnable pour un maître de l'ouvrage de multiplier les intervenants : le mieux n'est-il pas ici l'ennemi du bien ? Il conviendrait d'y réfléchir sérieusement, même si ce propos va un peu contre l'air du temps.

A l'extrême, traitant le mal à la racine, on pourrait ne concevoir qu'un seul contrat, par exemple un contrat d'ensemblier ou, plus simplement encore, un contrat de promotion immobilière. En pareil cas, le maître de l'ouvrage n'a en face de lui qu'un seul intervenant, qui sera responsable de tout et pour le tout. Sans doute l'ensemblier ou le promoteur devront-ils passer des sous-contrats pour la réalisation de l'ouvrage mais, comme on le verra plus loin, les problèmes de transparence verticale qui en résultent sont beaucoup plus faciles à régler. Bien évidemment l'avantage de ces formules se paie de quelques inconvénients : le prix qui en sera peut-être augmenté, et surtout une certaine perte de maîtrise de l'opération par le maître de l'ouvrage.

Une autre voie consiste à ramener les intervenants à deux, l'architecte et l'entrepreneur, comme au bon vieux temps du code civil de 1804 : « Si l'édifice construit à prix fait, périclète en tout ou en partie par le vice de la construction, même par le vice du sol, les architecte et entrepreneur en sont responsables pendant dix ans ». Vous remarquerez que, dans ce texte, architecte et entrepreneur sont au singulier, pas au pluriel. Heureuse époque que rien n'interdit de retrouver !

Pour assurer une parfaite transparence au sein de la maîtrise d'œuvre il est aussi possible de constituer un groupement de maîtrise d'œuvre qui sera l'interlocuteur unique du maître de l'ouvrage, cependant que la convention de groupement définira très exactement la tâche de chacun. On peut procéder de la même manière pour les entreprises qui seront regroupées dans un groupement momentané. Plus simple encore, il ne dépend que du maître de l'ouvrage de décider que le marché sera attribué à une seule entreprise tous corps d'état, quitte à celle-ci de sous-traiter.

b) Il est d'autres moyens de gérer la transparence. Tout d'abord, le maître de l'ouvrage peut confier à un bureau de coordination la charge d'identifier et de gérer les interfaces.

Plus simple encore, le maître de l'ouvrage peut organiser lui-même la transparence. Il peut d'une part stipuler dans chaque contrat que son cocontractant est censé connaître les autres contrats, spécialement ceux qui sont en connexion avec le sien. Pour que la stipulation devienne réalité, il peut également, soit lui-même, soit par l'intermédiaire du maître d'œuvre, assurer la diffusion de l'information, c'est à dire :

- Communiquer aux entreprises, sinon la totalité des contrats de maîtrise d'œuvre, du moins la partie de ces contrats qui intéresse les entreprises, spécialement en ce qui concerne les pouvoirs du maître d'œuvre ;
- Communiquer à chaque entreprise les descriptifs des lots avec lesquels il y aura des interfaces à gérer, identifier ces interfaces et dire comment ils devront être gérés.

En définitive, on peut se demander si la charge de la transparence n'incombe pas tout naturellement à celui qui est à l'origine de l'obscurité, c'est à dire à celui qui multiplie les relations contractuelles, qui s'entoure de partenaires multiples, au maître de l'ouvrage. N'est-ce pas là une mission relevant du rôle du maître de l'ouvrage, tout du moins lorsqu'il s'agit d'un professionnel ?

## 2. *Sanctionner l'opacité*

On supposera ici que, faute de transparence, des différends ou des dommages se soient produits, par exemple :

- Une tâche non expressément attribuée et se situant dans une interface n'a pas été exécutée ;
- Deux entreprises, tout en se conformant chacune aux termes de son marché, ont finalement exécuté des travaux qui, par suite de la distorsion entre les contrats, sont incompatibles les uns avec les autres si bien qu'ils devront être refaits ;
- Etc.

Ces difficultés sont directement réglées par la loi lorsque les intervenants sont chapeautés par une direction unique. C'est ainsi que l'entrepreneur principal est responsable de tout ; et de même du promoteur prestataire de services dont l'article 1831-1 nous dit qu'il « est garant de l'exécution des obligations mises à la charge des personnes avec lesquelles il a traité au nom du maître de l'ouvrage ».

Elles peuvent aussi l'être par les différents contrats qui peuvent avoir imposé à tel ou tel intervenant des obligations de s'enquérir du périmètre de sa tâche par rapport à celles des autres locataires d'ouvrage et de la coordination avec les tâches voisines.

A défaut de disposition contractuelle et pour les autres situations, c'est à la jurisprudence qu'il appartient de se prononcer et, finalement, de poser les règles.

C'est ainsi que, en cas de désordres dus à l'action conjuguée de plusieurs intervenants, la jurisprudence a depuis fort longtemps instauré une responsabilité in solidum des locataires à l'égard du maître de l'ouvrage ; et ceci sans qu'aucun ne puisse invoquer comme cause d'exonération la faute de l'un ou l'autre des colocataires<sup>2</sup>.

De même la jurisprudence a consacré l'existence d'une obligation de conseil à la charge des constructeurs<sup>3</sup>, qu'il s'agisse de la maîtrise d'œuvre, des entreprises ou même du bureau de contrôle.

<sup>2</sup> Civ. 3<sup>e</sup> 12 juill. 1988, JCP 1988.IV.339.- 22 févr. 1989, JCP 1989.IV.150.- 26 mai 1994, JCP 1994.IV.1873.- 20 juin 2001, RDI 2001, n° 5

<sup>3</sup> F. Llorens, Le devoir de conseil des constructeurs, RDI 1986.1

L'obligation de conseil se conçoit principalement au profit du maître de l'ouvrage.

Elle pèse bien évidemment, à titre principal, sur le maître d'œuvre qui est le conseil privilégié du maître de l'ouvrage. Mais l'existence de cette obligation ne décharge nullement l'entrepreneur qui est lui aussi débiteur de la même obligation<sup>4</sup> ; il a été ainsi jugé que l'entrepreneur chargé d'exécuter un escalier et qui a suivi fidèlement les plans vicieux du maître d'œuvre est tenu d'un devoir de conseil à l'égard du maître de l'ouvrage, et ce en dépit de la présence d'un maître d'œuvre<sup>5</sup>.

A cet égard, la jurisprudence s'est montrée d'une sévérité toute particulière à l'encontre du contrôleur technique. Ainsi, en cas de dommages aux avoisinants, la Cour de cassation a-t-elle pu condamner le contrôleur technique dont la mission ne portait pas sur ce point, sur le fondement de l'obligation de conseil au motif que, « chargé de la prévention des risques, il devait prendre en considération la nature du terrain et se préoccuper des modifications à apporter au sol en vue de la construction et qu'il aurait dû appeler l'attention du maître de l'ouvrage ou des architectes sur la nécessité de faire procéder à une étude géotechnique »<sup>6</sup>. De même encore, dans la dramatique affaire de Furiani, où le contrôleur technique avait pour seule mission de vérifier l'aptitude du sol à supporter la tribune, on a pu lui reprocher d'avoir omis de signaler au maître de l'ouvrage que la loi lui imposait de faire également contrôler la stabilité.

L'obligation de conseil se retrouve également dans les rapports des constructeurs entre eux. Bien qu'ils ne soient aucunement liés au plan contractuel, ils n'en sont pas moins tenus d'une obligation réciproque de conseil ; ce faisant, la jurisprudence consacre une obligation de transparence entre les constructeurs<sup>7</sup>.

## II. TRANSPARENCE VERTICALE

Ici la transparence s'entend dans un autre sens. En présence d'une chaîne de contrats, la transparence n'exige-t-elle pas que les obligations souscrites dans le contrat situé en amont se retrouvent à l'identique dans le contrat situé en aval. Cela vise principalement deux hypothèses, la sous-traitance et la vente d'immeuble à construire.

### A. La transparence dans la sous-traitance

#### I. *Etat des lieux*

La question est bien connue de tous les spécialistes du droit de la construction. Elle se pose dans les marchés tous corps d'état où l'entrepreneur principal sous-traite les lots qui sortent de sa compétence, dans les marchés par corps d'état séparés lorsque l'une des entreprises

<sup>4</sup> Civ. 3<sup>e</sup> 12 févr. 1974, Gaz. Pal. 1974.2.2

<sup>5</sup> Civ. 3<sup>e</sup> 11 févr. 1998, Bull. civ. III, n° 30, p.22 ; JCP 1998.IV.1730

<sup>6</sup> Civ. 3<sup>e</sup> 5 avr. 1995, RDI 1995.554 et nos obs.

<sup>7</sup> La jurisprudence considère que, même s'ils n'ont aucun lien contractuel entre eux, les locataires d'ouvrage qui interviennent sur un chantier ont une obligation d'information réciproque, chacun pour ce dont il est le spécialiste. Dans un arrêt du 14 décembre 1999 la cour de cassation en a fait application dans les rapports entre l'architecte et l'entrepreneur, en considérant qu'il appartenait à l'entrepreneur, maître de son art, auquel il avait été commandé la pose d'un revêtement routier sur le plafond haut d'un garage, de signaler à l'architecte – qui avait attribué dans sa correspondance avec le maître de l'ouvrage la qualité d'étanchéité au revêtement envisagé – l'erreur de conception qu'il commettait, s'agissant de l'utilisation inadaptée du matériau mis en œuvre dans des conditions en tous points contraires aux règles de l'art. Elle approuve ainsi les juges du fond d'avoir vu là une faute quasi délictuelle ayant joué un rôle dans l'apparition des désordres et justifiant la garantie partielle des condamnations prononcées contre l'architecte (Civ. 3<sup>e</sup> 14 déc.

1999, AJDI 2000.258)

sous-traite partie de sa tâche, et même en cas de sous-traitance en chaîne.

Comme chacun le sait, la sous-traitance est transparente lorsque l'entrepreneur répercute à l'identique sur le sous-traitant les obligations tant juridiques que techniques qu'il s'est engagé à exécuter vis à vis du maître de l'ouvrage. Elle est non transparente dans le cas contraire, c'est à dire lorsque le sous-traité est au moins partiellement déconnecté du contrat principal. L'option entre les deux formules est laissée à la volonté des parties au contrat de sous-traitance comme le rappelle une clause du modèle de contrat établi par la FFB : « L'entrepreneur principal et le sous-traitant peuvent adopter le principe de la non-transparence, qui signifie qu'ils veulent dans toute la mesure du possible rendre le présent contrat de sous-traitance autonome par rapport au marché principal, ou le principe de la transparence, c'est à dire qu'ils veulent dans toute la mesure du possible rendre contractuels entre eux les droits et obligations du marché principal ».

Ces définitions permettent de régler une difficulté terminologique tenant à ce qu'on a souvent tendance à identifier sous-traitance non-transparente et sous-traitance occulte. Or ce sont deux questions différentes :

- Une sous-traitance est occulte en ce qu'elle est occultée, cachée aux yeux d'un maître de l'ouvrage qui ne connaît donc ni l'existence du sous-traitant, ni a fortiori le contenu du sous-traité.
- Une sous-traitance est non transparente lorsque, au lieu de calquer le sous-traité sur le contrat principal, l'entrepreneur principal impose au sous-traitant des obligations différant de celles du contrat amont.

Si on admet ces définitions, une sous-traitance occulte peut être suivant les cas transparente ou non transparente ; mais la réciproque n'est pas vraie : une sous-traitance apparente sera toujours, de fait, transparente. La loi de 1975, article 3, interdit la sous-traitance occulte, mais elle n'en tire pas de sanction au plan de la responsabilité du sous-traitant ou de l'entrepreneur à l'égard du maître de l'ouvrage.

Faute de statistiques, d'ailleurs impossibles à établir, il est difficile de dire dans quelle mesure les contrats de sous-traitance sont non-transparents. En tout cas, dès 1995, les organisations syndicales, FNB et FNTP, ont considéré qu'il fallait privilégier la transparence, ce qui explique la disparition à cette date du modèle de contrat « non-transparent » ; mais elles n'ont pas condamné la non-transparence. A priori, on serait tenté de penser que, au plan de la responsabilité, l'entrepreneur principal a toujours intérêt à reporter sur son sous-traitant les obligations exactes qu'il a lui-même souscrites. Mais au plan financier, il peut être tenté de réduire les prestations par rapport à ce qu'il a promis et donc de déconnecter le sous-traité par rapport au marché principal. Il est évident qu'en pareil cas, l'entrepreneur principal occultera la sous-traitance afin de cacher au maître de l'ouvrage la tricherie à laquelle il se livre.

Il est clair que, s'il y a distorsion entre ce que l'entrepreneur principal a promis au maître de l'ouvrage et ce qu'il a imposé au sous-traitant, l'ouvrage livré ne sera pas conforme, ce qui entraînera peut-être des désordres. Pareille situation est d'évidence fâcheuse et appelle des remèdes.

## 2. *Les remèdes*

### a) Comment instaurer la transparence ?

On pourrait tout d'abord dire que la loi l'impose. En effet, l'article 3 de la loi de 1975 tout à la fois condamne la sous-traitance occulte et oblige l'entrepreneur à « communiquer le ou les contrats de sous-traitance au maître de l'ouvrage lorsque celui-ci en fait la demande ». Ce faisant, la loi instaure une transparence dans les deux sens du terme :

- Une transparence de droit au sens de la communication du contrat de sous-traitance au maître de l'ouvrage,
- Une transparence de fait au sens de l'identité entre les stipulations des deux contrats successifs ; transparence de fait seulement dans la mesure où l'obligation de communiquer le sous-traité au maître de l'ouvrage rend impossible toute réduction des prestations par rapport au contrat principal.

Malheureusement, ces exigences de transparence de la loi de 1975 ne sont pas sanctionnées ; ou, plus précisément, la sanction édictée par le texte a été écartée par la jurisprudence. Ce n'est donc pas, à ce jour, un moyen de restaurer la transparence.

La loi est plus exigeante en matière de sous-traitance dans le contrat de construction de maison individuelle puisqu'elle impose une véritable transparence. En effet, l'article L. 231-13 CCH oblige à énoncer dans le contrat de sous-traitance « la description des travaux qui en font l'objet, conforme aux énonciations du contrat de construction » ; c'est dire qu'il doit y avoir une exacte correspondance entre ce que le constructeur a promis et ce que le sous-traitant devra exécuter. Cette même disposition oblige par ailleurs à révéler la sous-traitance, sinon au maître de l'ouvrage, du moins au garant de l'article L. 231-6 ; malheureusement, aucune sanction n'est prévue.

b) Comment établir les responsabilités respectives ?

A supposer que des dommages se produisent, qui tiendraient à la distorsion entre le contrat principal et le sous-contrat, qui en sera tenu ? Supposons par exemple que le sous-traitant ait parfaitement exécuté les obligations qui lui étaient imposées par l'entrepreneur principal, mais que les prestations ainsi fournies ne soient pas conformes à ce qui avait été promis au maître de l'ouvrage, qu'elles soient inférieures en qualité. On écartera en revanche l'hypothèse de travaux affectés de désordres car alors la question n'aurait aucun lien avec le problème de la transparence. Les principes de solution sont simples. L'entrepreneur principal – ou le constructeur de maison individuelle – est contractuellement tenu de fournir une certaine prestation ; si cette prestation n'est pas conforme, et quelle qu'en soit la cause, il en est responsable vis à vis du maître de l'ouvrage. Le sous-traitant est contractuellement tenu de fournir une certaine prestation, différente de celle promise dans le contrat principal. S'il fournit cette prestation, il a respecté son contrat vis à vis de l'entrepreneur principal. Quant au maître de l'ouvrage, qui est un tiers par rapport au sous-traitant, il ne peut rechercher la responsabilité de ce dernier qu'au plan délictuel ; il lui faudra donc faire la preuve d'une faute de ce sous-traitant et il est aujourd'hui admis que les fautes du sous-traitant doivent être appréciées par référence à ses obligations contractuelles vis à vis de l'entrepreneur principal<sup>8</sup>. Autrement dit, la mauvaise exécution du contrat de sous-traitance est une faute délictuelle à l'égard du maître de l'ouvrage.

A cet égard, on rappellera que le sous-traitant est tenu d'une obligation de conseil à l'égard de l'entrepreneur principal<sup>9</sup> et que le manquement à cette obligation pourrait être invoqué par le maître de l'ouvrage. Il a également, comme tout entrepreneur, l'obligation de se renseigner sur la définition technique des travaux sur lesquels il va devoir intervenir<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> 3<sup>e</sup> 10 janv. 2001, JCP 2001.IV.1378 ; RDI 2001.179

<sup>9</sup> Civ. 3<sup>e</sup> 16 oct. 1985, JCP 1986.IV.4.- 12 mars 1997, D 1997.IR.94.- Paris 23<sup>e</sup> Ch. A 15 mars 2000, AJDI 2000.434.

<sup>10</sup> Ainsi le sous-traitant de second rang, chargé de l'installation du traitement de l'eau devant passer dans les canalisations doit, avant d'effectuer ses travaux, vérifier la nature du matériau des dites canalisations dans lesquelles l'eau à traiter devra passer (Civ. 3<sup>e</sup> 18 déc. 1996, arrêt n° 1934 D).

En revanche, comme l'a rappelé la cour de cassation, il n'a pas l'obligation de se faire connaître au maître de l'ouvrage, c'est à dire de lever le voile de l'opacité<sup>11</sup>. A fortiori, il n'a pas non plus, du moins à ce jour, d'obligation de curiosité qui lui imposerait de s'informer des dispositions du contrat principal, laquelle obligation serait d'ailleurs bien difficile à mettre en œuvre<sup>12</sup>.

## B. La transparence dans la vente d'immeuble à construire

### 1. *Etat des lieux*

La question de la transparence se pose ici dans des termes très différents. En effet, à la différence de l'entrepreneur principal, le maître de l'ouvrage – par ailleurs vendeur d'immeuble à construire – a le plus grand intérêt à imposer aux constructeurs les obligations qu'il a lui-même promises à l'acquéreur, et à stipuler que les constructeurs le relèveront de toutes les responsabilités qu'il pourrait encourir à l'égard de ses acquéreurs.

En principe, il y aura donc bien toujours transparence entre les contrats de construction d'une part, et le contrat de vente d'immeuble à construire d'autre part. S'il y a distorsion entre ces contrats, ce ne peut être qu'accidentellement, dans la mesure où, à raison de difficultés techniques ou juridiques rencontrées au cours de la construction, le maître de l'ouvrage s'est trouvé contraint de modifier le plan ou les prestations d'origine, et ce postérieurement à la conclusion de la vente de certains lots de l'immeuble.

Pour la bonne règle, il devrait en aviser les acquéreurs et recueillir leur accord ; il n'en va malheureusement pas toujours ainsi, le vendeur craignant probablement de se voir demander un rabais sur le prix.

### 2. *Les remèdes*

Ici, les choses sont claires. Si les acquéreurs peuvent rechercher la responsabilité des constructeurs sur le fondement des articles 1792 et

<sup>11</sup>: « La loi du 31 décembre 1975 n'impose pas au sous-traitant de susciter son acceptation et l'agrément de ses conditions de paiement par le maître de l'ouvrage, ni d'exiger de l'entrepreneur principal une délégation de paiement ou la fourniture d'une caution » (Civ. 3<sup>e</sup> 5 juin 1996, JCP 1996.II.22715 et note H. Périnet-Marquet ; D 1996.IR.163.- 14 avril 1999, JCP 1999.IV.2078)

<sup>12</sup> Suivant un auteur (V. Roulet, *Sous-traitance « occulte » : absence d'obligation d'information du sous-traitant envers le maître de l'ouvrage*, Gaz. Pal. 2001.2.Doctr. 7-9 oct. 2001), il y aurait lieu de faire une distinction suivant que la sous-traitance est apparente ou occulte. Si elle est apparente, le sous-traitant aurait l'obligation de « se renseigner sur les exigences du maître de l'ouvrage et sur les conditions d'exploitation du revêtement » (Civ. 3<sup>e</sup> 23 févr. 2000, Minetto c. Rocland Rhône Alpes) ; si elle est occulte, il serait déchargé de toute obligation de s'informer (Civ. 1<sup>re</sup> 5 déc. 2000, Gaz. Pal. 2001.2. 7-9 oct. 2001). L'auteur explique la différence entre ces deux décisions par l'idée de sanction contre le maître de l'ouvrage qui néglige son obligation de mettre en demeure l'entrepreneur principal de lui présenter son sous-traitant (art. 14-1). Cette explication ne paraît pas devoir être retenue, et ce pour deux raisons. D'une part, le second arrêt émane de la Première chambre civile à qui l'affaire avait été distribuée parce que les deux premiers moyens étaient relatifs à l'assurance dommages-ouvrage ; quant au troisième moyen, relatif à la faute des sous-traitants, qui a probablement été considéré comme secondaire, il relevait beaucoup plus du fait que du droit. D'autre part, l'arrêt est un arrêt de rejet qui, se fondant sur les constatations des juges du fond, décide que la cour d'appel « a pu en déduire que M. Costa et M. Laposta n'avaient pas commis de faute et qu'ainsi ils n'avaient ni l'un, ni l'autre engagé leur responsabilité à l'égard des sociétés Les Collines et Sertel ». Certes, l'arrêt rappelle que les sous-traitants n'ayant pas été agréés en qualité de sous-traitants, « la cour d'appel a retenu que ceux-ci ne pouvaient dès lors pas s'immiscer dans le marché principal » ; mais il paraît bien difficile de voir dans cette décision de la Première chambre civile une position de principe qui relèverait de la compétence de la Troisième chambre civile. De surcroît, si on admet l'explication, l'obligation d'information n'existerait que dans le cas où le maître de l'ouvrage connaissait l'existence du sous-traitant, ce qui ne ressort aucunement de l'arrêt.

suivants, en revanche, ces derniers ne sauraient se voir reprocher des défauts de conformité dont ils ne sont aucunement responsables. La situation est ici tout à fait identique à celle rencontrée plus haut en matière de sous-traitance.

C'est donc le vendeur d'immeuble à construire, et lui seul, qui pourra être recherché de ce chef.

## CONCLUSION

Ainsi qu'on a pu le constater, le sujet de la transparence contractuelle est inépuisable. Seules d'ailleurs les questions principales ont été ici examinées ; d'autres hypothèses, dont l'importance pratique n'est pas négligeable, ont été laissées de côté : ainsi en est-il notamment des questions soulevées par le remplacement d'un maître d'œuvre ou d'une entreprise en cours de chantier. Ou encore, étendant le sujet, on pourrait s'interroger sur le problème de la non-concordance entre les contrats et marchés d'une part, et les contrats d'assurance d'autre part.

Au total, dans une opération de construction la transparence doit être l'affaire de tous, plus précisément de tous ceux qui détiennent le pouvoir ou un pouvoir, maître d'ouvrage, maître d'œuvre, entrepreneur principal. Mais c'est principalement le maître de l'ouvrage qui, éventuellement assisté d'un AMO, devrait être tout à la fois compositeur et chef d'orchestre ; compositeur en ce qu'étant l'initiateur ou le concepteur de tous les contrats, il devrait veiller à ce que les partitions de tous soient cohérentes et distribuées à chacun ; chef d'orchestre il devrait, via son maître d'œuvre, s'assurer qu'il n'y a pas de fausse note au plan contractuel, pas plus qu'au plan technique.

En définitive, le problème de la transparence contractuelle, de la coordination des contrats, relève de la co-activité, problème bien connu et qui a déjà été traité au plan technique et à celui de la sécurité.

Au plan de la sécurité sur les chantiers, le législateur l'a réglé en conférant ce rôle à un coordonnateur SPS. Au plan technique, c'est la pratique qui a inventé et mis en place la cellule de synthèse. Il reste encore à inventer un coordonnateur sécurité juridique qui partirait à la recherche de la transparence contractuelle.

(Applaudissements)

**M. PARLEBAS.**- Merci Monsieur le Professeur.

Nous allons maintenant donner la parole aux participants, à la salle. Nous leur demandons de poser des questions à M. Le Professeur.

Je vois ici une personne qui demande la parole. Voulez-vous vous présenter ?

**M. François PARION** (*Expert judiciaire*).- Monsieur le Professeur, vous avez évoqué à la fin de votre propos la possibilité d'une succession d'entreprises, est-ce que vous pourriez nous dire, à ce sujet - car c'est un cas de figure que l'on rencontre assez fréquemment et qui pose des problèmes importants - quelles sont, selon vous, les conditions nécessaires ou souhaitables pour obtenir la transparence d'un contrat lorsque celui-ci est passé entre un maître de l'ouvrage et une entreprise qui est appelée à succéder à une première entreprise défaillante ?

Est-ce qu'il est souhaitable, selon vous, qu'il y ait une réception qui soit faite des travaux réalisés par la première entreprise avant l'intervention de la seconde ? Et dans ce cas-là qu'en est-il de l'application des diverses garanties ?

**M. MALINVAUD.**- C'est un problème effectivement difficile à régler.

La pratique, je crois, a instauré, à la suite de la Cour de Cassation, la réception des travaux inachevés et ceci essentiellement de manière à permettre une répartition de la prise en charge des responsabilités.

Cette réception permet effectivement de cibler ce qui a été exécuté par le premier entrepreneur, elle permet de faire courir les délais et garanties contre cet entrepreneur.

Normalement, l'entrepreneur qui succède, ne devrait être responsable que de ce qui affecte sa propre tâche.

Cela dit, s'il est facile de donner principe, c'est beaucoup plus délicat lorsqu'on tombe dans les applications. Dans le fond ce problème est exactement identique au problème des travaux sur existant. C'est la même chose finalement, il y a bien une successions d'entrepreneurs, si ce n'est que ce n'est pas au cours du même chantier, c'est à des années ou des décennies ou des siècles de distance, mais c'est quand même le même problème.

Que faut-il décider ? Est-ce que l'intervenant, le deuxième, n'est responsable que de ce qu'il fait ? Même quand on dit cela "n'est responsable que de ce qu'il fait" c'est bien mais on n'a pas tout dit. Est-ce que cela signifie qu'il n'est responsable que des désordres qui affectent la partie qu'il a touchée, qu'il a refaite ?

Ou bien, est-ce que, s'il y a des désordres qui affectent la partie originaire et qui tiennent à son activité, il ne va pas être responsable également du reste ?

Et la jurisprudence est assez sévère à cet égard. Elle est sévère à l'égard de l'entrepreneur en considérant qu'en quelque sorte en acceptant de réaliser les travaux sur ces existants, il a accepté la solidité par exemple de l'ouvrage avant lui, au même titre que le peintre qui accepte de peindre sur un revêtement, il a accepté le support sur lequel il peint.

Donc autant il est conseillé de prendre le maximum de précautions, et donc de faire une réception des travaux et peut-être même au-delà de la réception des travaux, vraiment un détail extrêmement fin de ce qui a été fait et avec le maximum possible de réserve sur ce sur quoi on peut avoir des doutes, autant on ne peut pas se garantir de la jurisprudence et des conséquences qui doivent en découler au plan des responsabilités.

**M. PARLEBAS.**- Je vois une autre demande d'intervention.

**M. RAMBERT (Expert Judiciaire).**- Je voudrais soulever une question concernant une non transparence.

En effet, un maître de l'ouvrage, pour un chantier d'habitation important, plus de 200 logements, traite avec un architecte qui est le concepteur. Or, l'architecte qui a fait les plans, qui a démarré le chantier, meurt. Il doit être remplacé par un autre architecte et le maître de l'ouvrage l'appelle. Malheureusement, après l'achèvement des travaux, il y a un accident mortel dû à une défaillance de VMC. C'était après la réception.

Or, l'architecte qui a remplacé le précédent a signé un contrat de conception. Pourquoi ? Parce que le maître de l'ouvrage a appliqué le décret ingénierie de 1976 qui pouvait très bien être appliqué pour les travaux privés.

C'est très court, je vous fais une rapide lecture pour les définitions, ce décret prévoit 3 intervenants : le maître de l'ouvrage, le maître d'oeuvre et l'entrepreneur et il ajoute aussi l'auteur du projet et le maître de chantier.

Je prends les définitions : Directive du 8/10/73, chapitre B. B3, article 2.2. : le maître d'oeuvre est l'unique responsable de la conception et du contrôle d'exécution de l'ensemble des ouvrages à réaliser.

Commentaire : "Dans le cadre de la maîtrise d'oeuvre privée, le terme de concepteur est employé pour désigner tout prestataire d'ingénierie et d'architecture et s'oppose à celui d'entrepreneur, désignant généralement un prestataire de travaux et de fournitures."

L'affaire devient judiciaire. L'architecte de remplacement est appelé et l'affaire est importante puisqu'elle demande 13 ans d'instruction ! Finalement, maintenant l'affaire est jugée, c'est pour cela que je peux en parler, l'architecte et l'entrepreneur ont été relaxés, et c'est le maître de l'ouvrage qui a tout pris.

Mais cela n'a pas fait revenir à la vie la petite fillette de 2 ans qui est morte parce qu'une rupture de courroie de VMC s'était produite après l'installation de la famille.

Où est la transparence ? Parce que le mot concepteur n'était pas bon. Celui qui a repris la suite du chantier n'a rien conçu du tout, c'était déjà fait, les marchés étaient signés, le devis descriptif était rédigé, les plans étaient établis, on était dans le stade de l'exécution.

Donc je me permets de soulever cette question.

**M. MALINVAUD.**- Déjà, vous m'avez donné une partie de la réponse, c'est le maître de l'ouvrage qui est responsable. Je me range à la jurisprudence.

Je pense que ce qu'il faut retenir de l'exemple que vous avez cité, c'est qu'il faut faire très attention à ce que l'on signe, il ne faut pas accepter de signer des contrats qui ne correspondent pas à la réalité;

**M. RAMBERT.**- Le nouveau était très content de signer un projet qui lui apportait un ballon d'oxygène.

**M. MALINVAUD.**- Eh oui ! IL faut faire attention, il y a des tentes à oxygène qui sont extrêmement perfides, pour celle-là cela devait être le cas.

Il ne faut pas signer les contrats par lesquels on prend, on souscrit faussement des obligations. Généralement, le problème est situé en sens inverse, c'est par exemple l'architecte qui dit : je n'ai rédigé des plans qu'en vue du permis de construire, le reste, ce n'est pas mon problème, peu importe ce qui se passera ensuite.

Là, la jurisprudence a tendance, au contraire, à dire que l'architecte ne peut pas se désintéresser, même lorsqu'il ne travaille qu'en vue du permis de construire de savoir si le plan qu'il a prévu est viable ou pas, que ce soit au regard des règles d'urbanisme, au regard même tout simplement de la solidité, de la stabilité.

Je croyais qu'il était plus rare qu'un cocontractant s'engage à des choses au-delà de ce qu'il voulait. Il faudra peut-être que l'architecte revienne non pas à l'Ecole d'Architecture, mais à la Faculté. Il y a des séminaires qui sont faits qui le mettraient en garde justement contre des emballements irréfléchis.

**Me MANCIER-LHEURE** (*Avocat du Barreau d'Evry*). - Je voulais poser une question en ce qui concerne la maîtrise d'oeuvre.

Vous avez indiqué que la maîtrise d'oeuvre pouvait être éclatée ou qu'elle pouvait être représentée par un seul architecte.

Quelquefois nous avons dans des chantiers un architecte qui est chargé de cette maîtrise d'oeuvre conception, surveillance du chantier, exécution et réception, mais nous avons également des professions qui sont parallèles mais qui ne font pas la même chose, genre paysagistes, bureau d'études, etc.

Or tous ces gens-là sont considérés comme faisant partie de cette maîtrise d'oeuvre, mais ils n'ont pas les mêmes règles professionnelles, notamment ils n'ont pas le code de déontologie des architectes et il y a souvent des problèmes de responsabilité mais également d'obligations morales.

Je voulais savoir comment on pouvait harmoniser ces responsabilités sachant qu'au niveau de la loi ils sont tous constructeurs,

puisque le code civil dit bien que les architectes, tous ceux qui contractent des marchés de louage d'ouvrage, sont des constructeurs.

Je voulais savoir ce que vous en pensiez.

**M. MALINVAUD.**- La loi nous dit effectivement qu'ils sont tous co-constructeurs mais pour l'application de la garantie des articles 1792 et suivants, seulement pour cela, pas en ce qui concerne les obligations déontologiques, donc tout dépend dans le fond des dommages qui surviennent.

S'il s'agit de dommages qui relèvent des articles 1792 et suivants, il n'est pas douteux qu'ils sont soumis à la même loi, mais il peut très bien s'agir de dommages de nature tout à fait différente et qui tiendraient au fait que l'un a peut-être respecté sa déontologie et l'autre pas, je n'en sais rien. Il est certain qu'il serait souhaitable que tout le monde soit soumis à des déontologies identiques ou en tout cas voisines.

Je vois mal comment on pourrait résoudre ce problème, peut-être faudrait-il prendre des exemples très précis pour voir ce qui se passe, de quoi il s'agit exactement.

Pour l'instant, en l'état, j'avoue que je saisis mal ce qu'on pourrait faire dans ce domaine pour réaliser une homogénéité, même les introduire au sein d'un groupement de maîtrise d'oeuvre, d'abord il y en aurait qui ne voudraient peut-être pas, il n'empêche que dans ce cadre-là il faudrait ensuite débattre de ce que chacun doit faire très exactement.

J'avoue que je n'ai pas de réponse à la question, sauf si vraiment on tombait sur un exemple très, très précis.

**Me Daniel ROCHER (Avocat).**- Monsieur le Professeur, vous avez évoqué tout à l'heure dans le cadre de la maîtrise d'oeuvre éclatée, maîtrise d'oeuvre d'exécution, maîtrise d'oeuvre de conception, la responsabilité du maître de l'ouvrage en rappelant qu'effectivement il s'agissait d'un choix de la maîtrise d'ouvrage.

Vous n'avez pas explicité cette responsabilité. Est-ce que vous pourriez donc affiner votre propos et est-ce qu'il n'y aurait pas dans votre esprit une sorte d'embryon d'ingérence de la part du maître de l'ouvrage dès le moment où il opère précisément ce choix de maîtrise d'oeuvre ?

**M. MALINVAUD.**- Je n'avais pas pensé à la responsabilité du maître de l'ouvrage avant d'avoir travaillé sur ce sujet mais quand même en autopsiant le sujet, je m'aperçois que le problème de transparence et les conséquences qui en résultent, tiennent au fait que j'ai rappelé, que vous avez rappelé, qu'il y a une pluralité d'intervenants qui s'accroît de plus en plus et une pluralité d'intervenants dont on n'est pas absolument certain qu'elle soit toujours nécessaire ou inéluctable.

C'est dans un certain nombre de cas un choix du maître de l'ouvrage. Or, je pense que la maîtrise d'ouvrage est devenue aujourd'hui une activité professionnelle.

Je ne parle pas du profane qui s'adresse à un constructeur de maisons individuelles, les autres hypothèses sont des professionnels et à mon avis ces professionnels devraient quand même prendre garde au fait que la multiplication des intervenants entraîne une multiplication des interfaces et entraîne des risques supplémentaires d'erreur et c'est eux-mêmes qui devraient être extrêmement vigilants pour les faire disparaître.

Quand je parle de responsabilité du maître de l'ouvrage, il faudrait, pour bien faire, prendre des exemples. Je suppose que la plupart du temps les conséquences de la non transparence vont se traduire par des dommages subis par le maître de l'ouvrage ; donc, dans mon esprit, la responsabilité du maître de l'ouvrage signifie qu'il ne pourra pas se plaindre vis-à-vis des entrepreneurs ou de la maîtrise d'oeuvre, de défauts qui tiennent à lui.

Je ne suis pas sûr d'être suivi par la jurisprudence. Soyons clairs, lorsqu'il y a 5, 6 intervenants, il y en a un qui a souffert, donc il faut lui donner quelque chose. On a tendance à penser qu'il faut lui donner quelque chose... je vois M. VILLIEN qui est à la Cour de Cassation et qui semble dire "pas nécessairement."....

**M. VILLIEN.-** Le maître de l'ouvrage n'est pas toujours la victime.

**Me. ROCHER.-** C'est l'acquéreur, la victime.

**M. MALINVAUD.-** Si c'est l'acquéreur, il faut se centraliser sur le maître de l'ouvrage professionnel.

**Mme. Dominique BATHELOT (Consultant).-** Messieurs les Présidents, Messieurs les Architectes, Maîtres, Mesdames, Messieurs, dans le cadre de l'Europe, est-ce qu'il y a aujourd'hui des contrats types de prévus concernant le maître de l'ouvrage, le maître d'oeuvre ?

Si oui, avez-vous Maître CASTON, dans le cadre de ce que vous avez évoqué, le droit comparé, fait une étude comparative au niveau européen des contrats qui correspondraient à ce que souhaite M. Le Professeur MALINVAUD ?

Deuxièmement, concernant l'homogénéité des contrats et une meilleure traçabilité de tous les intervenants, ne serait-il pas judicieux de mettre en place un contrat où le maître de l'ouvrage, le maître d'oeuvre, les différents sous-traitants, les assureurs, responsabilité civile, responsabilité décennale soient clairement évoqués avec obligation de donner un exemplaire original des attestations d'assurance ? Qu'en pensez-vous ? Est-ce qu'il ne serait pas indispensable que l'ensemble des informations soient contenues dans le même contrat ?

Merci.

**M. MALINVAUD.-** L'Europe est pour demain, mais les contrats types pour après-demain. C'est un sujet qui est très difficile. Je crois qu'il faut le traiter de manière très sérieuse.

Il y a effectivement une réflexion qui est faite au niveau des communautés européennes sur une harmonisation, l'idée d'une harmonisation des droits peut-être, mais on n'en est pas au stade des contrats types, harmonisation des droits des différents pays composants de l'Union européenne.

Il y a eu des travaux en matière de responsabilité, assurance des constructeurs, il y a déjà cinq, six ans - éventuellement vous pourriez reposer la question cet après-midi à M. Le Professeur PERINET-MARQUET qui y a participé - ces travaux ont tourné court tellement on est devant des obstacles qui, pour dire les choses très simplement, tiennent à la décennale.

Il est hors de question qu'en France on puisse faire avaler de renoncer à la décennale, le faire avaler aux accédants à la propriété en tout cas alors qu'il est hors de question de faire avaler aux Allemands l'idée de passer de 5 ans à 10 ans. Là, on bute sur un certain nombre de problèmes qui finalement ont fait renoncer, peut-être provisoirement, car actuellement il y a effectivement un groupe de travail mais qui travaille plus sur un éventuel projet de code civil européen, un groupe de travail, je ne dirai pas qu'il est mandaté par les commissions européennes, mais qui est vu d'un assez bon oeil, groupe de travail ambitieux qui envisage de réglementer.

J'en ai entendu parler il y a quelques jours, il faut harmoniser, ils se trompaient d'ailleurs sur la situation en droit comparé mais peu importe, je pense qu'avant d'avoir des textes au niveau européen nous ne serons plus là, en tout cas la majorité d'entre nous.

**Mme Dominique BATHELOT** .- Pourquoi être si pessimiste ? S'il y a une volonté de part et d'autre, aussi bien de la part des architectes que des promoteurs immobiliers, et des assureurs ainsi que de l'ensemble des partenaires européens et des avocats, des magistrats, on arrivera à un terrain d'entente et une concertation dans ce domaine.

Est-ce qu'aujourd'hui il y a une étude comparative qui permette de savoir quel pays correspond le mieux à ce que l'on souhaiterait faire évoluer en France ?

**M. JACOMET**.- Si vous le voulez bien, je pense qu'on va clore sur ce sujet qui est quand même marginal par rapport à notre thème, puisque le thème c'était : les contrats dans les marchés privés et en France, et je voudrais vous dire qu'il y aura un petit déjeuner Justice Construction qui sera organisé au mois d'avril ou au mois de mai où un fonctionnaire des Communautés Européennes fera le point sur les perspectives où nous sommes.

C'est effectivement une question éminemment difficile. J'indique que l'association Justice Construction au cours de cette année abordera plus largement les aspects européens. Il y aura notamment en matière de droit de la construction, sans doute en janvier, un petit déjeuner qui sera consacré à une sorte d'introduction au droit de la construction espagnole et nous aurons également l'intervention d'un fonctionnaire de la Communauté Européenne.

Je vous indique ceci pour que nous ne débordions pas trop sur l'emploi du temps d'aujourd'hui.

**Me PERICAUD**.- Je peux vous donner une réponse chronologique, d'abord le rapport existe. Il a été fait par une division de la Commission des Communautés Européennes sur les directives d'un haut fonctionnaire européen qui s'appelle M.CAMPOS MORALES.

Comme vous le disait très justement M. Le Professeur MALINVAUD, on s'est aperçu, lorsque cette comparaison entre les différents droits européens a été faite, que les distorsions étaient tellement importantes qu'il était impossible de transformer ce projet en une directive ou un règlement d'harmonisation.

Le rapport qui existe, que l'association peut mettre à la disposition de ceux d'entre vous qui souhaiteraient en avoir la communication, a été volontairement mis à l'écart par la commission des Communautés Européennes et donc n'est plus d'actualité à ce jour.

On ne sait pas si un jour ce projet revivra ou non mais actuellement la position de la Commission des Communautés Européennes consiste à ne pas y donner suite.

**Mme Dominique BATHELOT**.- Je vous remercie Maître de ces précisions.

**M. GUILLOUX** (*Expert judiciaire*).- Je voudrais revenir sur la question posée par M. RAMBERT tout à l'heure, en cas de reprise de chantier quid des vices cachés ? Parce que pour les Corps d'Etat techniques notamment c'est en cours de reprise de chantier lorsqu'on a commencé, voire terminé les travaux, qu'on va découvrir ces vices. C'est lorsqu'on met en service ou lorsqu'on fait les essais que cela se découvre. Alors que se passe-t-il ?

On découvre, la reprise ayant été faite, le chantier déjà relativement avancé, des canalisations qui sont défectueuses, des réseaux électriques qui ne fonctionnent pas, et lorsqu'on aura fait la réception des travaux de l'entreprise défaillante, cela on ne le verra pas.

Quid de la responsabilité dans ce cadre de celui qui a repris le chantier, qui ne va découvrir ces problèmes que bien après ?

**M. MALINVAUD**.- Je ne voudrais pas faire de publicité mais vous pourriez consulter sur ce sujet les travaux du colloque que j'ai organisé

l'an passé sur les travaux sur existants. Il y a un rapport de M. PERINET-MARQUET dessus qui a été publié à la revue de droit immobilier, cela devait être le dernier numéro de l'année précédente.

Vous lirez que la situation est extrêmement confuse, ce qui ne vous surprendra pas.

La jurisprudence est extrêmement confuse, il est très difficile d'en tirer des enseignements. IL y a une tendance bien entendu qui consiste à faire supporter à celui qui a terminé le chantier la responsabilité de l'ensemble mais ce n'est qu'une tendance générale, et il faudrait apporter de multiples distinctions. Il n'y a pas en tout cas de solution simple.

Je vous renvoie à cet article de M. PERINET-MARQUET à la revue de l'immobilier 2000, le dernier numéro.

**M. GUILLOUX.-** Je vais m'empresse de combler cette fâcheuse lacune, Monsieur le Professeur.

**M. Pierre d'ORLYE (Architecte).-** Monsieur le Professeur, je souhaiterais revenir sur un problème que vous avez évoqué concernant les immeubles en vente, en état futur d'achèvement.

Le concepteur établit sa conception, demande le permis de construire et fréquemment la commercialisation s'effectue sur la base de ce permis. (Inaudible hors micro)

Ensuite, lorsque commence l'étude technique d'exécution, la démolition éventuellement qui n'a pas forcément de permis d'exécution, les sondages nécessaires, un certain nombre d'informations peuvent survenir, qui obligeront peut-être le concepteur à modifier totalement la conception d'origine.

Quid de la responsabilité du concepteur, si on est amené à modifier son projet, envers l'acquéreur ?

**M. MALINVAUD.-** S'agissant de ces problèmes de responsabilité, je crois que c'est une question tout simplement de loyauté. Il est permis de faire la commercialisation d'immeubles sans limitation donc on n'est pas obligé d'attendre, comme cela avait été le cas tout à fait au début de la loi de 1976, où on ne pouvait pas commercialiser avant l'achèvement des fondations, ce n'est plus le cas maintenant. Dès le premier jour, on peut commercialiser, je dirai aux risques et périls du maître de l'ouvrage car il ne peut pas savoir qu'effectivement il peut arriver des phénomènes du genre de ceux que vous avez décrits tout à l'heure et que pour des raisons techniques on est obligé de modifier.

On a aussi un exemple, cela a donné lieu à un arrêt de la Cour de Cassation, on peut le citer, c'est une hypothèse de vente d'immeuble à construire portant sur un immeuble dans son entier. Voilà qu'en cours d'opération il y a un glissement d'une partie du sous-sol qui fait qu'on ne pouvait plus réaliser un certain nombre de locaux qu'on avait promis.

Qu'est-ce qui s'est passé ? L'acquéreur - il était unique - a demandé la résolution du contrat et il l'a obtenue. Mais je ne vois pas la place pour la responsabilité de l'architecte sauf s'il a commis une faute.

Nous sommes ici à un stade de faute de l'architecte, antérieure à la réception. S'il y a eu faute, avant qu'on ne se mette à gratter le sol, là oui il pourrait être responsable vis-à-vis du maître de l'ouvrage, pas vis-à-vis des acquéreurs.

Il faut distinguer les rapports acquéreur-vendeur et les rapports maître de l'ouvrage -vendeur et architecte-entrepreneur.

En toute hypothèse, dans les rapports vendeur-acquéreur, il y a obligation de loyauté car parfois je dirai que les modifications ne se voient pas toujours et c'est au dernier moment qu'on les verra. C'est de la responsabilité du vendeur.

**M. PARLEBAS.-** IL y a encore une question et après cela nous nous arrêterons parce que nous sommes tenus par l'horaire.

**M. Valdo ROULET** (*Juriste d'Entreprise*).- J'avais une question à vous poser Monsieur le Professeur. Vous avez évoqué la sous-traitance transparente, la sous-traitance opaque. On sait qu'une certaine tendance jurisprudentielle permet de dire qu'il existe une obligation implicite du sous-traitant. Je parle de son devoir d'information et de conseil envers le maître de l'ouvrage.

Ce que je voudrais savoir c'est si on peut dire que cette obligation d'information et de conseil envers le maître de l'ouvrage existe en sous-traitance transparente et tombe en sous-traitance opaque ?

Je vous remercie.

**M. MALINVAUD.-** Monsieur ROULET, j'ai lu avec beaucoup d'intérêt l'article que vous avez publié sur ce sujet, à la Gazette du Palais et où vous commentiez un arrêt de la Première Chambre Civile qui effectivement peut être interprété comme disant : il faut distinguer suivant que la sous-traitance est occulte ou pas occulte.

Si elle est occulte, le sous-traitant ne s'occupe de rien. Si, au contraire, la sous-traitance est transparente, alors il aurait une sorte d'obligation.

Je ne suis pas certain, au vu de cet arrêt de la Cour de Cassation, que l'on doive à ce jour peut-être, si la jurisprudence est confirmée, attribuer une grande importance à cet arrêt de la Première Chambre Civile.

J'en parle d'autant plus aisément qu'ici nous n'avons qu'un représentant de la 3ème qui a compétence en la matière. Je précise que dans cet arrêt de la Première Chambre Civile il y avait 3 moyens, les deux premiers moyens étaient des moyens relatifs à l'assurance ce qui explique qu'ils aient été distribués à la Première et pas à la Troisième.

Les deux premiers moyens ne soulevaient pas de difficulté et le troisième moyen a été traité, me semble-t-il, dans la Première Chambre Civile presque comme un renvoi à l'appréciation souveraine des Juges du fond, c'était presque cela.

Ce n'est pas sur un fondement, un arrêt de ce genre, à mon avis, qu'on peut se fonder pour poser une règle. Peut-être est-ce l'amorce, je n'en sais rien, mais il faudrait demander à M. VILLIEN tout à l'heure ce qu'il en penserait s'il rapportait sur ce sujet devant la Troisième.

Honnêtement, je ne le crois pas, je vais vous dire pourquoi. A ce moment-là, vous dites que c'est une manière de sanctionner le maître de l'ouvrage qui n'aura pas fait son travail en faisant agréer, en n'obligeant pas l'entrepreneur à faire agréer son sous-traitant.

Il faudrait distinguer suivant que le maître de l'ouvrage connaît ou pas le sous-traitant et à mon avis c'est une distinction qui serait très difficilement établie.

**M. PARLEBAS.-** Une dernière question et après cela il faudra continuer avec M. VILLIEN.

**M. MALLET** (*Bouygues*).- Je vous remercie de cette grâce !

Vous avez auprès du maître de l'ouvrage un chef d'orchestre et vous avez parlé des moyens financiers, surtout lorsqu'il s'agit d'un maître de l'ouvrage professionnel, en rappelant que dans le code civil on envisageait un intervenant voire deux, l'architecte et l'entrepreneur alors qu'aujourd'hui on en a un grand nombre.

Vous dites qu'il y a peut-être des solutions juridiques en prévoyant dans les contrats que chacun est censé se préoccuper de ce qui se passe par ailleurs et il y a une solution technique avec des cellules de synthèse. On met donc tout le monde dans un même bocal.

Sur ces deux points j'aurai une remarque à formuler et une question à vous poser.

Première remarque à faire : si on les met déjà ensemble c'est très bien mais s'ils ont le même pouvoir pour parler, pour dire "ce n'est pas chez moi mais chez vous" et réciproquement, cela ne va pas tellement avancer, s'il n'y a pas véritablement un chef d'orchestre.

Est-ce que le maître de l'ouvrage ne devrait pas - la solution juridique n'est qu'une fausse solution - assumer les conséquences qu'il a provoquées parce que ce risque est accompagné de conséquences économiques ? Vous avez dit qu'un entrepreneur général est peut-être plus cher qu'un autre. Je ne me suis pas présenté, mais je représente Bouygues ! (rires).

A partir de là évidemment quand on a plusieurs personnes, on se dit qu'on se débrouillera et en fait on n'a pas de solution, cela n'avance pas, cela coûte plus cher en raison du temps qu'il faut pour identifier un expert, pour savoir qui doit faire quoi, le temps de faire intervenir les avocats.

Est-ce que ce ne serait pas au maître de l'ouvrage en réalité de supporter - c'est ce que j'ai cru comprendre - les conséquences de son choix parce qu'il est peut-être victime mais peut-être victime consentante et peut-être a-t-il provoqué la situation dans laquelle il se trouve., sachant qu'il n'y a pas forcément d'incivisme, il y a surtout des arrêts de chantier majeurs alors qu'il aurait pu y avoir des coûts supplémentaires.

**M. MALINVAUD.-** Monsieur MALLET, je suis tout à fait d'accord avec vous, j'avais quelques scrupules à dire qu'il y avait une responsabilité du maître de l'ouvrage, je crois qu'effectivement aujourd'hui les opérations de construction sont devenues si complexes que la maîtrise d'ouvrage est une profession qui doit être prise vraiment très au sérieux, qui entraîne des obligations.

Il est bien sûr que cela peut être une manière de se défaire sur les entreprises de dire : chacun ira voir ce qui rentre dans son lot et ce qui ne rentre pas dans son lot.

Il est clair que l'idéal c'est que les tâches de chacun soient définies dès l'origine et qu'on ne les découvre pas au fur et à mesure de la conception. C'est l'équipe constituée du maître de l'ouvrage professionnel et de ceux qui l'assistent au tout début de l'opération de conception, qui l'assistent lorsqu'on se met à lancer des appels d'offres, etc.

C'est à eux d'identifier les difficultés, ce qui n'exclut quand même pas une certaine responsabilité des intervenants, lorsqu'ils font apparaître qu'il risque d'y avoir un problème même aux yeux d'un intervenant partiel.

Il a l'obligation de s'inquiéter éventuellement de certains problèmes. Là, c'est une question de bon sens à gérer sur les responsabilités de chacun mais il est possible qu'aujourd'hui les maîtres de l'ouvrage n'aient pas une suffisante conscience de leur responsabilité.

**M. PARLEBAS.-** Merci Monsieur le Professeur MALINVAUD d'avoir répondu à toutes ces questions. Et je passe immédiatement la parole à M. Le Haut Conseiller VILLIEN pour traiter des obligations inhérentes au contrat.

*Les obligations inhérentes au contrat, par  
M. VILLIEN.*

M. VILLIEN.- Je ne sais pas si je vais vous parler des obligations contractuelles implicites étant donné que le thème indiqué c'est "les obligations inhérentes au contrat en matière de construction", c'est un thème plus vaste que celui des obligations contractuelles implicites.

Je vais essayer d'y répondre mais, comme d'ailleurs y a fait allusion tout à l'heure M. Le Professeur MALINVAUD, les organisateurs m'ont surtout demandé d'exposer la principale des obligations implicites découlant du contrat qui est l'obligation de renseignement et de conseil, et ensuite, je pense qu'il y aura un certain nombre de questions qui me seront posées, en élargissant un petit peu le thème puisque ces questions, du moins celles qui m'ont été communiquées, aborderont un autre sujet qui est celui de la réparation des dommages.

Avant de parler plus particulièrement de l'obligation de renseignement et de conseil, essentiellement l'obligation de conseil, je voudrais faire une sorte d'introduction me permettant de répondre au sujet d'ensemble tel qu'il figure dans le thème officiel :

I- Quelques notations sur les obligations issues des contrats souscrits en matière de construction immobilière, contrats de maîtrise d'oeuvre, bureaux d'études, contrats d'entreprise et de contrôle technique, essentiellement ceux que l'on trouve dans la pratique.

Les obligations du maître de l'ouvrage tout d'abord : M. Le Professeur MALINVAUD nous a beaucoup parlé des obligations des maîtres de l'ouvrage en axant son propos sur le maître de l'ouvrage institutionnel, c'est-à-dire celui dont il a dit qu'il s'agissait d'une véritable profession, qu'il s'agisse des maîtres de l'ouvrage institutionnels en matière de droit privé ou à plus forte raison en matière de droit public.

S'il y avait ici un collègue spécialiste du droit public, il dirait que le maître de l'ouvrage en matière de droit public, qu'il s'agisse de l'Etat ou des collectivités publiques, est toujours pratiquement un maître de l'ouvrage structuré et organisé.

Il n'en est pas de même, dans tous les cas, en matière de droit privé où l'on rencontre encore beaucoup de maîtres de l'ouvrage purement profanes, des maîtres de l'ouvrage dont la seule activité de maître de l'ouvrage a été un jour de faire construire sa petite maison ou éventuellement faire restaurer ou réhabiliter la maison de ses ancêtres.

En fait, sur le plan économique, la question de la maîtrise d'ouvrage institutionnelle est très importante, mais je dirais que sur le plan purement judiciaire nous avons encore une masse considérable de procès qui mettent face à face le maître de l'ouvrage occasionnel avec les différents intervenants à l'acte de construire.

Cette masse processuelle a été un peu limitée dans les dernières années par les effets des dispositions législatives de 1978 sur l'assurance obligatoire et notamment la dommages-ouvrage, dans la mesure où ce genre de maître de l'ouvrage souscrit une police dommages-ouvrage.

Mais malgré tout, nous avons encore au niveau du juge, judiciaire de très nombreux contentieux mettant face à face le petit maître de l'ouvrage et le constructeur - il ne s'agit pas toujours de petit constructeur, cela peut être effectivement des constructeurs aussi prestigieux que celui que nous avons entendu tout à l'heure, mais cela peut être aussi le constructeur, l'entrepreneur, je ne veux pas le mépriser en disant cela, de quartier- avec ou sans le maître d'oeuvre local. Donc il ne faut pas penser que notre travail jusqu'au niveau de la Cour de Cassation est un travail qui ne s'intéresse qu'aux grandes masses économiques, à ces maîtres de l'ouvrage compétents, ces grosses entreprises, ces grands maîtres d'oeuvre, notre travail quotidien souvent c'est quelque chose

de beaucoup plus petit, plus restreint, je ne voudrais pas dire beaucoup plus mesquin.

Les obligations du maître de l'ouvrage : vous savez tout d'abord que la première obligation c'est de donner au constructeur toute indication ultime sur la finalité du projet et éventuellement répondre aux demandes des locateurs d'ouvrage sur des diligences complémentaires que ceux-ci estimeraient nécessaires, la diligence complémentaire la plus habituelle c'est celle qui consiste à procéder dans ce cas-là à une étude des sols.

Je me place maintenant vraiment dans le cas du maître de l'ouvrage profane. Le maître de l'ouvrage s'adresse à un maître d'oeuvre et un constructeur et celui-ci -en général c'est le maître d'oeuvre, quelquefois l'entrepreneur- dit : "votre sol n'est pas très beau, il faudrait voir s'il faut faire quelque chose et s'adresser à un géotechnicien. Je vous conseille de vous adresser à un géotechnicien<sup>3</sup>. Et dans ce cas-là effectivement il appartient au maître de l'ouvrage de répondre à cette demande des locateurs d'ouvrage au sujet de ces diligences complémentaires.

L'étude des sols c'est souvent quelque chose de nécessaire. Le maître de l'ouvrage devra aussi sous l'angle de cette fourniture des indications utiles, informer si nécessaire les constructeurs sur les finalités particulières souhaitées par lui.

Finalité particulière : je me souviens d'une affaire où l'entrepreneur avait dit - il s'agissait d'un entrepreneur de carrelages - : "ce carrelage qui a été mis en place, lorsqu'on nous a demandé de le poser, nous ne savions pas qu'il s'agissait d'un magasin d'exposition pour véhicules automobiles et donc nous avons construit un carrelage banal sur lequel on peut marcher "piétonnement" si j'ose dire mais si nous avions su que des véhicules automobiles devaient être entreposés, éventuellement rouler, nous aurions construit autrement. Nous aurions donné un conseil différé au maître de l'ouvrage. Le maître de l'ouvrage le savait parfaitement." Je ne veux pas vous donner la solution qui a été retenue mais voilà ce genre de dialogue qui peut éventuellement se produire entre maître de l'ouvrage et entrepreneur : donner de la part du maître de l'ouvrage toute indication utile sur la finalité de la construction qu'il demande à son cocontractant.

Ensuite, évidemment, une fois qu'il a donné toutes ces indications, le maître de l'ouvrage a l'obligation de ne pas s'immiscer dans la construction, surtout s'il est notoirement compétent.

S'il n'est pas compétent du tout, on va dire qu'il appartient à l'architecte, à l'entrepreneur de le mettre à la porte. Ce sera dans ce cas-là relativement facile mais si le maître de l'ouvrage donne une impression de compétence, s'il est compétent, ce sera évidemment beaucoup plus difficile de le mettre à la porte.

C'est là que l'on va aboutir dans un deuxième temps, au moment où on se trouvera au niveau du contentieux, éventuellement à des partages de responsabilité dans la mesure où la responsabilité du maître de l'ouvrage notoirement compétent, qui s'est immiscé dans la construction, pourra être retenue.

Ensuite, évidemment, le maître de l'ouvrage doit payer selon le calendrier, alors qu'il s'agisse d'un calendrier légal comme ceux qui figurent en matière de construction de maisons individuelles, ou qu'il s'agisse d'un calendrier purement contractuel. Il y a des échelonnements.

D'ailleurs, les uns et les autres ont tendance à se calquer, échelonnements légaux, 5, 10 %, etc.

Les professionnels sont au courant de cela. Evidemment il faut payer à bonne date parce qu'au niveau du contentieux il est certain que si le maître de l'ouvrage laisse passer encore une échéance ou deux échéances par exemple, cela pourra entraîner l'entrepreneur, éventuellement, à cesser ses fonctions. On dira abandon de chantier et résolution judiciaire du contrat qui sera demandée par la suite, donc les responsabilités vont être appréciées au

niveau des juridictions, selon que le maître de l'ouvrage n'aura pas rempli ses obligations de paiement.

Eventuelle dernière obligation du maître de l'ouvrage, qui est celle de la loi sur la sous-traitance : lorsque le maître de l'ouvrage a connaissance de la présence d'un sous-traitant sur le chantier, l'article 14.1 de la loi du 31 décembre 1975 l'oblige à mettre en demeure l'entrepreneur principal, de le proposer à son agrément. L'acceptation du maître de l'ouvrage et l'agrément de ces conditions de paiement, les deux choses vont toujours ensemble, c'est un binôme, l'agrément du sous-traitant et l'acceptation des conditions de paiement.

Voilà en gros les obligations du maître de l'ouvrage d'une manière générale.

Les obligations des locateurs d'ouvrage : mener à bien la construction jusqu'à son achèvement. L'achèvement c'est une notion extrêmement délicate parce que c'est une notion multiforme dans notre droit de la construction .

On a l'achèvement de droit commun, 1792.6, que l'on peut appeler le parachèvement, l'obligation de parachèvement qui est une obligation très complète qui va jusqu'au bout, qui ne s'arrête pas seulement à l'habitabilité normale de la construction, qui va jusqu'au bouton de porte.

Parachèvement, le mot dit bien ce qu'il veut dire, parachèvement, achèvement complet. On trouve aussi l'achèvement, dans le cadre du vendeur d'immeuble à construire, celui de l'article R 261.1 du code de la construction et de l'habitation. C'est un achèvement un peu un cran en-dessous, c'est un achèvement un peu plus grosso modo, c'est l'achèvement de l'immeuble dans la conformité à sa destination de manière moins précise et moins détaillée que 1792.6.

Nous avons également un troisième achèvement c'est l'achèvement que l'on trouve dans le cadre du banquier garant de l'achèvement ou du remboursement, où le seul achèvement qui est exigé par l'article R 261.24 du code de la construction de l'habitation, est un achèvement certifié par un homme de l'art, certification qui est donnée par l'homme de l'art, en général l'architecte, ce qui suffit à dégager le banquier de son obligation de garantie.

Donc cette notion d'achèvement - je ne veux pas entrer dans les détails - est une notion délicate parce qu'il y a justement plusieurs sortes d'achèvement, depuis l'achèvement le plus complet, le parachèvement jusqu'à l'achèvement le moins complet. Quoi qu'il en soit, mener à bien la construction jusqu'à son achèvement, c'est un des rôles des locateurs d'ouvrage.

Autre obligation : réparer en nature , s'il se trouve dans le cadre de la garantie de parfait achèvement, lorsqu'on est entrepreneur évidemment, réparer en nature les désordres, réservés à la réception ou signalés dans l'année de garantie de parfait achèvement.

La réparation en nature, peut-être en parlerons-nous à un autre moment. Je ne veux pas entrer dans le détail de cette question.

La réparation en nature, ce n'est que dans le cadre de la GPA, Garantie de Parfait Achèvement, qu'elle peut être exigée. En dehors de cela on ne peut pas exiger de réparation en nature ni d'un côté, ni de l'autre, et la réparation des désordres se fera dans ce cas-là en équivalent en dehors du cas de la GPA.

A propos de l'achèvement, on doit noter que nous avons un contentieux très important au sujet de l'achèvement, soit que l'entrepreneur disparaisse avant d'avoir fini, ce qui va entraîner le contentieux de l'assurance bien sûr, soit que le maître de l'ouvrage lui-même abandonne le projet, à ce moment-là naissance d'un contentieux avec le maître d'oeuvre, notamment avec l'architecte, qui aura du mal à obtenir le paiement de ses diligences parce que l'architecte aura travaillé jusqu'à tel ou tel stade de ce contrat et d'un coup le maître de l'ouvrage abandonne, il aura tendance à penser que l'architecte a travaillé pour rien.

Evidemment l'architecte n'est pas d'accord, à juste titre, il dit : attention, j'en suis arrivé au niveau de tel avant-projet, etc. , je demande la rémunération de ce que j'ai fait, et donc ce contentieux va naître entre l'architecte et le maître de l'ouvrage, lorsque le maître de l'ouvrage lui-même décide l'abandon de son projet.

Soit enfin que l'entrepreneur ne réponde pas aux obligations de la garantie de parfait achèvement. Vous savez que la garantie de parfait achèvement c'est la pire chose pour l'entrepreneur. Je ne parle pas des grands entrepreneurs mais du petit entrepreneur parce qu'il va être obligé de travailler lui-même alors que s'il ne se trouvait pas dans le domaine de la garantie de parfait achèvement, c'est son assureur qui travaillerait à sa place ou du moins qui ouvrirait le portefeuille, donc la garantie de parfait achèvement est souvent ressentie comme une catastrophe par l'entrepreneur et dans ce cas-là il peut arriver - il arrive fréquemment - un contentieux relativement important lorsque l'entrepreneur n'a pas répondu aux obligations de la GPA .

Tout cela pour vous montrer que l'achèvement est une notion délicate qui donne lieu à beaucoup de contentieux.

Ensuite, autre obligation : ne pas causer de tort au voisinage. Là, nous entrons dans un domaine où il ne faut pas ouvrir la boîte de Pandore, on pourrait en faire un colloque tout entier. On a fait un petit déjeuner à ce sujet sur les troubles de voisinage avec la nouvelle jurisprudence de la Troisième Chambre, des arrêts de 1998-1999 qui ont essayé de dépoussiérer ce contentieux qui était devenu, quoi que très fréquemment, très difficilement compréhensible.

Je n'insiste pas, éventuellement si quelqu'un veut poser une question à ce sujet, nous pourrions en parler plus en détail.

Il n'y a pas d'obligation de sécurité accessoire au contrat de construction. Cela, c'est quelque chose qu'il faut savoir, parce que quelquefois on nous dit : il y a une obligation de sécurité, et la réponse obligatoirement que nous devons faire est "non", donc une réponse négative.

Cela va bientôt devenir quelque chose de très rare que de rencontrer un contrat qui ne soit pas assorti d'une obligation de sécurité. Les obligations de sécurité maintenant, on les trouve partout et avec les décisions récentes de la Première Chambre Civile en matière de transport, des décisions récentes de diverses formations de la Cour de Cassation en matière médicale, l'obligation de sécurité c'est quelque chose qui envahit notre droit. Il faut bien le reconnaître qu'on soit d'accord ou pas, cela devient colossal.

Jusqu'à présent, en matière de construction, il n'existe pas d'obligation de sécurité accessoire au contrat de construction. Un jour ou l'autre, cela va faire figure d'anomalie. La création d'un contrôleur de sécurité qui est quelque chose de relativement récent, est d'une autre nature, il s'agit d'un contrat particulier qui est différent du contrat de maîtrise d'oeuvre ou du contrat d'entreprise mais à l'heure actuelle il n'existe pas d'obligation de sécurité accessoire au contrat de maîtrise d'oeuvre ou au contrat d'entreprise.

Dernière obligation qui va faire une charnière avec ce que je vais dire ensuite sur l'obligation de conseil, remplir l'obligation d'information et l'obligation de conseil. La différence entre les deux c'est que l'obligation d'information est quelque chose de neutre, alors que l'obligation de conseil c'est quelque chose d'engagé.

Un exemple qui m'avait été donné récemment par M. PARLEBAS me paraît très éclairant, sur la différence entre obligation d'information et obligation de conseil : vous avez un maître de l'ouvrage qui demande à un entrepreneur ou maître d'oeuvre, comment il va faire pour faire aller ses clients du rez-de-chaussée au premier étage. L'obligation d'information de l'entrepreneur ou du maître d'oeuvre c'est de dire : vous avez le choix entre l'ascenseur et l'Escalator. Cela, c'est l'obligation d'information.

Ensuite, le maître de l'ouvrage va demander : qu'est-ce que vous me conseillez ? Là, vous entrez dans l'obligation de conseil et le professionnel va répondre : vous avez des clients un petit peu vieillots, pour ceux-là je vous conseille plutôt l'ascenseur, par contre si vous avez des jeunes comme clients,

là ils vont monter quatre à quatre l'Escalator, je vous conseillerai l'Escalator. Là, on est passé de l'obligation d'information à l'obligation de conseil qui est engagée, qui donne l'avis du professionnel.

II - Je vais donner une vue générale de l'obligation de conseil des locateurs d'ouvrage, maîtres d'oeuvre, entrepreneurs. Je ne vous parlerai pas, parce que je n'ai pas le temps et cela nous mènerait trop loin, de l'obligation de conseil des fournisseurs, des fabricants qui sont liés non pas par des contrats d'entreprise ou de maîtrise d'oeuvre mais par des contrats de vente.

Cela nous mènerait trop loin parce qu'il faudrait entrer dans la question des vices cachés, faire la distinction entre le vice caché et la non conformité, même si la question est réglée maintenant sur le plan de la jurisprudence, il faudrait quand même entrer dans des détails qui ne sont peut-être pas tout à fait dans l'axe du sujet.

Et puis, il faudrait parler de l'Europe et il faudrait parler de la responsabilité du fait des produits défectueux pour lesquels d'autres que moi ici présents ont une compétence bien supérieure, notamment le Professeur MALINVAUD qui a écrit une série d'articles dans le Dalloz sur la loi de 1998 .

Donc le fournisseur et fabricant, je n'en parle pas, on irait beaucoup trop loin. Je vais rester dans l'obligation de conseil du maître d'oeuvre et de l'entrepreneur, et je dirai un mot également du contrôleur technique.

C'est une création prétorienne. L'obligation de conseil ne figure pas dans les textes des codes, notamment dans le code civil et cette obligation de conseil existe au profit du maître de l'ouvrage mais également au profit des constructeurs eux-mêmes, des constructeurs entre eux, alors qu'ils ne sont pas liés eux-mêmes par contrat.

Donc vous voyez que l'obligation de conseil va déborder le cadre contractuel, et dans la mesure où cette obligation de conseil va se répercuter d'une certaine manière sur des constructeurs entre eux, qui ne sont pas liés par contrat, elle va avoir un fondement quasi délictuel.

Donc vous voyez que c'est quelque chose qui devient très important, très large. Dans la mesure où elle est contractuelle, c'est une obligation contractuelle accessoire qui se greffe sur un contrat dont le but premier n'est pas de conseiller, mais de construire.

Mais attention, l'obligation de conseil peut aussi se greffer sur un contrat ayant pour objet le conseil, par exemple celui du contrôleur technique.

L'obligation de conseil va pouvoir se greffer sur ce contrat ayant lui-même pour but le conseil et à ce moment-là ce sera un élargissement de la notion, car l'obligation accessoire de conseil va déborder le cadre précis défini par le contrat, notamment le contrôleur technique on va lui demander de contrôler la solidité par exemple, mais il ne sera tout de même pas dégagé si, au cours de sa mission, il s'aperçoit qu'il y a des éléments qui ne sont pas normaux dans des domaines autres que ceux de la solidité pure et simple que son contrat de contrôleur technique lui a demandé d'examiner.

Donc cela déborde le cadre contractuel pur et simple.

C'est une obligation autonome, s'exerçant sur des aspects de la construction qui peuvent ne pas relever du domaine d'intervention du constructeur concerné et dans cette optique-là on peut dire que l'obligation de conseil conduit ce constructeur à se mêler des affaires des autres.

Elle a pour but de pallier l'inégalité de science et de connaissance existant entre les parties, elle aboutit donc à un contrôle des fautes respectives des acteurs concourant à l'édification d'une oeuvre commune.

Est-elle de moyen ou de résultat ? Là, quand on parle d'une obligation, il faut toujours se poser cette question. Mais il est très difficile d'y répondre en l'occurrence. C'est très incertain. Un auteur, M. KARILA, dit que c'est une obligation de moyen renforcé ou une obligation de résultat atténuée ! (rires).

Ceci est effectivement plus troublant qu'éclairant !

A mon sens, il ne s'agit pas d'une véritable obligation de résultat car un conseil est fait pour ne pas être suivi, celui qui a reçu conseil, le plus souvent le maître de l'ouvrage, demeure libre de le suivre ou non. Je pense qu'il serait difficile de dire qu'il s'agit d'une obligation de résultat.

La charge de la preuve, pour terminer cette vue générale, il faut dire un mot de la charge de la preuve, parfois c'est un des problèmes que l'on oublie. Nous nous apercevons, nous autres, praticiens (quelquefois les avocats le savent bien, ils ragent de ne pas pouvoir faire la preuve de ce qu'ils souhaitent) que la question de la charge de la preuve est essentielle. C'est à cause de cela qu'on gagne ou que l'on perd un procès.

Vous savez qu'en principe celui qui se plaint de l'inexécution d'une obligation, doit le prouver. En pratique, il en va différemment. On se trouve ici devant un véritable renversement de la charge de la preuve.

En effet, le maître de l'ouvrage dit à l'entrepreneur ou à l'architecte : vous ne m'avez pas conseillé, c'est tout ce qu'il peut dire. On ne peut pas lui demander de faire la preuve d'un fait négatif. Comment établir une absence de conseil ?

A ce moment-là l'entrepreneur ou l'architecte va répondre : mais si, je vous ai conseillé, je vous le prouve par lettre du tant, je vous mettais en garde contre ceci ou cela, ou bien l'entrepreneur ne dit rien du tout, parce qu'il n'est pas capable de dire quoi que ce soit.

On en arrive à une véritable inversion de la charge de la preuve : c'est pratiquement le locateur d'ouvrage qui doit prouver qu'il a rempli son obligation de conseil et dans ce domaine comme dans bien d'autres domaines, chaque fois que j'ai l'occasion de parler devant des spécialistes de l'expertise, des spécialistes de la construction, des architectes, des ingénieurs, etc., je rappelle combien il est indispensable pour des professionnels de toujours acter par écrit ce qu'ils font.

La réponse est toujours la même : mais dans le chantier, on n'a pas le temps, ou bien on n'ose pas. Le résultat c'est qu'ensuite, lorsque le contentieux est là, on ne peut plus faire la preuve de ce qu'on allègue, et on ne peut plus établir qu'on a effectivement rempli les obligations que l'on vous accuse de ne pas avoir remplies.

Par conséquent, la nécessité d'écrire et de toujours acter ce qui est fait par les professionnels est une nécessité absolue. On a dans la pratique très souvent des dossiers qui se terminent autrement qu'avec le résultat que l'on souhaiterait leur donner, parce qu'on n'a pas la preuve de ce qui est allégué par la personne recherchée.

Voilà donc une espèce de vue générale de l'obligation de conseil.

Je vais maintenant, pour terminer, vous donner quelques cas pratiques d'obligations de conseil des maîtres d'oeuvre, contrôleurs techniques et entrepreneurs.

Vous parler d'abord du maître d'oeuvre : je vais me contenter de vous donner une espèce de tableau de cas, sans vous citer la jurisprudence parce que ce n'est pas le lieu. Je vous dis tout de suite que tous ces cas sont issus de la jurisprudence, ce ne sont pas des inventions personnelles de ma part.

Le maître d'oeuvre, Monsieur Le Professeur MALINVAUD, a dit que le maître de l'ouvrage était le chef d'orchestre, moi je dirai que c'est plutôt le maître d'oeuvre qui est le chef d'orchestre, parce que le maître de l'ouvrage peut être effectivement le chef d'orchestre lorsqu'il s'agit de maîtres de l'ouvrage très spéciaux, très compétents, très professionnels, mais lorsqu'on est en face du maître de l'ouvrage lambda qui ne connaît pas la musique, qui ne connaît pas trois notes de musique, ce serait difficile de lui donner la qualité de chef d'orchestre, tandis qu'en principe le maître d'oeuvre c'est lui qui est le chef d'orchestre. Il ne doit pas s'enfermer dans les limites de sa technicité.

On n'est pas ici dans le domaine des hiérarchies de technicité. Il faut faire les remarques utiles. Il n'y a aucune distinction à faire selon la technicité de l'auteur et du bénéficiaire du devoir de conseil, car celui qui est techniquement tout petit peut avoir l'idée salvatrice qui va sauver la

construction, alors que le grand professionnel, le grand technicien n'aura pas eu cette idée. Donc on n'est pas au niveau d'une hiérarchie.

Ce devoir de conseil du maître d'oeuvre, le plus souvent l'architecte, mais cela peut être un bureau d'études techniques, doit s'exercer un petit peu tous azimuts.

Tout d'abord le devoir de conseil de nature juridique et économique : je vais commencer à entrer dans le catalogue. Le maître d'oeuvre, le plus souvent l'architecte, je dirai l'architecte maintenant pour aller plus vite, doit vérifier les règles d'urbanisme, il n'est pas tenu toutefois à un examen approfondi des titres de propriété ou des servitudes par exemple.

S'il a un doute sur le titre de propriété, sur la contenance du terrain, sur les limites de propriété, il se dit : "on va peut-être me faire construire sur le terrain d'autrui, attention, je ne sais pas trop, il faut que je me méfie". S'il a un doute, dans ce domaine-là, il doit renvoyer le maître de l'ouvrage à consulter un notaire éventuellement. Ce sont évidemment les notaires qui sont les spécialistes dans ce domaine.

Il doit aviser le maître de l'ouvrage des conséquences éventuelles de l'ouverture tardive d'un chantier, par exemple sur l'existence du droit à bâtir, sur l'existence d'un POS, Plan d'Occupation des Sols, qui peut éventuellement limiter dans le temps s'il y a lieu le droit à bâtir.

Il doit conseiller le maître de l'ouvrage sur le choix des entreprises, quand ce n'est pas lui-même qui les choisit. Vous savez qu'il y a des entreprises qui sont choisies soit par le maître d'oeuvre soit par le maître de l'ouvrage; Si ce n'est pas le maître d'oeuvre qui choisit l'entreprise, que c'est le maître de l'ouvrage qui s'est réservé cette possibilité, il est certain que l'architecte doit conseiller le maître de l'ouvrage sur le choix de l'entreprise, sa compétence technique, sa solvabilité, et bien entendu sa couverture d'assurance, au moins décennale. C'est le minimum.

Il doit éclairer le maître de l'ouvrage sur les dépassements budgétaires, les travaux supplémentaires quand le marché est à forfait. Si le maître de l'ouvrage n'a pas agréé par écrit les travaux supplémentaires au sens de l'article 1793 du code civil et que l'entrepreneur qui les a faits, à la demande du seul maître d'oeuvre, ne peut pas être payé, la responsabilité du maître d'oeuvre peut être engagée vis-à-vis de l'entrepreneur, c'est normal.

Dans ce cas-là si le maître de l'ouvrage n'a pas conformément à la 1793 rédigé un écrit pour donner commande des travaux supplémentaires, il n'a pas à les payer mais dans les rapports entre maître d'oeuvre et entrepreneur la responsabilité du maître d'oeuvre peut être engagée dans la mesure où il s'est présenté - cela peut arriver - comme étant un mandataire du maître de l'ouvrage alors que le maître d'oeuvre n'est pas un mandataire du maître de l'ouvrage. Il peut être, il peut devenir mandataire en vertu d'un mandat spécial mais ce mandat ne résulte pas directement du contrat d'architecte, cela doit être quelque chose de spécialement prévu à l'effet de telle ou telle obligation.

Il doit mettre en garde le maître de l'ouvrage sur la recherche d'économie excessive. C'est l'articulation avec la prise de risque et le problème de la preuve de la prise de risque, puisque vous savez, je pense, vous les professionnels, que la Cour de Cassation dans les dix années récentes a mis l'accent sur la responsabilité du maître de l'ouvrage en cas de prise de risque, lorsque le maître de l'ouvrage a été avisé par le locateur d'ouvrage que ce soit celui dont la responsabilité est recherchée ou que ce soit un autre, de l'existence de risque et qu'il est passé outre, au-delà, il a donné l'ordre de faire le travail comme il l'entendait malgré les risques qui lui avaient été signalés, à ce moment-là il y a une cause d'exonération de la responsabilité des constructeurs, le maître de l'ouvrage endossant dans ce cas la responsabilité.

En ce qui concerne la recherche d'économie, vous savez que ce n'est pas quelque chose en soi qui est mauvais. Tout le monde dit qu'il faut faire des économies, il suffit d'ouvrir le poste de radio ou la télévision ou d'ouvrir son journal pour voir qu'on ne fait pas assez d'économies, l'Etat n'est pas assez économe, les particuliers ne font pas assez d'économies.

Ensuite, on va reprocher à un maître de l'ouvrage d'avoir fait des économies excessives, en soi ce n'est pas quelque chose de mauvais.

La recherche excessive d'économie deviendra anormale lorsque le cocontractant aura prévenu le maître de l'ouvrage de ce que cette recherche d'économie va entraîner pour lui des risques et que le maître de l'ouvrage aura passé outre. Il s'agira d'une exonération de responsabilité, seule est prise en compte la personnalité de celui qui exonère, c'est-à-dire le maître de l'ouvrage.

Est-il au courant ou non et ce objectivement ? Et a-t-il positivement montré une sorte d'attitude de défi ? En fait, il faut que l'on puisse établir qu'il y a un défi dans l'attitude du maître de l'ouvrage.

Il était au courant et il a défié le risque en donnant au professionnel l'ordre malgré la connaissance qu'il en avait. Vous voyez que la question de la prise de risque du maître de l'ouvrage c'est quelque chose qui n'est pas anodin, on ne va pas introduire cela dans n'importe quelle procédure, comme dans certains cas on a tendance à le voir. Il faut toujours rechercher s'il y a eu cette attitude de défi du maître de l'ouvrage : "oui je suis au courant, mais je donne l'ordre." C'est quand même extrêmement important sur le plan des conséquences pratiques, car c'est une inversion de la responsabilité, une cause d'exonération. Cela peut être une cause d'exonération totale du maître de l'ouvrage.

J'en ai fini avec les obligations de conseil de natures juridique et économique.

Obligation de conseil de nature technique : le maître d'oeuvre, l'architecte doivent avertir le maître de l'ouvrage des risques que la construction peut faire courir à son propre immeuble, notamment dans le cadre de surélévation et surtout aux immeubles voisins avec maintenant, vous êtes au courant, vous les experts notamment, les avocats également, de l'existence de cette très, très bonne institution qu'on appelle le référé préventif, qui doit toujours, dans tous les cas où on a ce genre de crainte, être généralisé.

L'architecte doit mettre en garde le maître de l'ouvrage sur l'état du sol ou du sous-sol, en insistant éventuellement - j'en ai dit un mot tout à l'heure - pour que le maître de l'ouvrage fasse appel à un géotechnicien, ou même à le dissuader carrément de construire. Ce sont des choses qui arrivent.

Quelquefois l'architecte doit dire : vous ne pouvez pas construire, il y a des carrières, si vous construisez, la construction va tomber dans le trou.

Ce sont des choses qui, malheureusement, existent, et notamment dans beaucoup de terrains de Paris et de la région parisienne.

Éventuellement, c'est une responsabilité relevant du devoir de conseil de la part de l'architecte de donner ce genre d'information.

L'architecte doit aussi mettre en garde sur les risques pouvant provenir de procédés constructifs ou de matériaux nouveaux. Qui dit nouveauté, dit risque. Évidemment, les architectes disent "on ne peut plus faire de progrès. M. EIFFEL n'aurait jamais construit sa tour s'il n'avait pas pris le risque de faire une construction métallique, etc." Oui, c'est vrai, mais toute nouveauté entraîne un risque et l'art du constructeur, du bon locateur d'ouvrage est de faire la balance entre l'intérêt en termes économiques ou peut-être même, pour un brillant architecte, son image de marque, de construire d'une manière nouvelle avec des matériaux nouveaux ou des procédés constructifs nouveaux et les risques qui peuvent découler de problèmes survenant à cette construction.

Pour échapper au maximum au danger présenté par les crues de fleuves et de rivières, l'architecte devra dissuader le maître de l'ouvrage de faire construire au-dessous du niveau maximal des eaux atteint par une crue décennale de nappe phréatique.

Cela a l'air d'être une espèce de table de la loi que je fais tomber sur vous, mais c'est tout de même la jurisprudence qui me permet de trouver ce genre de règles. Il est certain que tous les dix ans, peut-être maintenant un peu plus, il y a une crue qui est supérieure aux autres. La nappe phréatique qui remonte et les constructions en sous-sols qui sont faites notamment dans les centres villes, avec la création de parkings en sous-sol, jusqu'au deuxième,

quelquefois troisième sous-sol pour les garages peuvent faire en sorte qu'un jour ou l'autre la nappe phréatique et le dernier sous-sol vont se rencontrer, d'où catastrophe, inondation, tout est à refaire, etc.

A la Troisième Chambre, nous avons eu l'occasion de traiter cette question. C'était la Saône, c'était à Lyon. Je me rappelle que lorsque j'étais à Paris, j'ai eu l'occasion de traiter de problèmes avec la Seine. Ce sont des questions très fréquentes.

Il est certain que l'une des obligations essentielles du maître d'oeuvre lorsqu'il se trouve en face de tels projets, qu'on lui demande de construire très bas jusqu'à un troisième sous-sol, c'est d'essayer de vérifier. Il y a un intérêt économique considérable à le faire avant, parce que si le désordre survient après, si on dit qu'il est indispensable de faire un cuvelage, à ce moment-là vous voyez, les professionnels savent tout de suite quelle est l'enveloppe financière qu'il faut envisager !

L'architecte doit conseiller, s'il y a lieu, le maître de l'ouvrage d'élargir la mission du bureau d'études techniques ayant à côté de lui-même maître d'oeuvre général une mission particulière de maîtrise d'oeuvre spécialisée.

Il peut arriver que l'architecte dise : j'ai une mission très générale, cela c'est quelque chose de très pointu, cela doit relever d'un bureau d'études techniques, en matière d'électricité, de calculs de béton, et à ce moment-là il ne faut pas qu'il hésite à dire au maître de l'ouvrage : "il faut, à côté de moi, quelqu'un - c'est vous qui allez le missionner, moi je ne prend pas en sous-traitance ce genre de mission."

Cela arrive que des architectes prennent des bureaux d'études techniques en sous-traitance, mais c'est quand même relativement rare. Ils vont demander au maître de l'ouvrage de passer un contrat directement avec un bureau d'études techniques spécialisé. Et à ce propos, on doit dire que l'architecte et le bureau d'études techniques ont l'obligation de répercuter loyalement sur le maître de l'ouvrage toutes les remarques qui peuvent être faites les uns par les autres et aussi, et même surtout, par les bureaux de contrôle, parce qu'on a vu dans des procédures que les bureaux de contrôle ont fait des remarques et que ces remarques ont été occultées par l'architecte ou par le bureau d'études. Le maître de l'ouvrage n'a pas été tenu au courant. Là aussi, quand on parle d'obligation de loyauté minimale et de transparence, il faut que chacun sache ce que pensent les autres et le répercute loyalement sur les différentes parties à la construction.

Le maître d'oeuvre doit faire montre de vigilance aussi, notamment quand il y a succession dans le temps de plusieurs maîtres d'oeuvre - on en a parlé tout à l'heure - ou lorsque le maître de l'ouvrage ou autre bricoleur de ce genre s'est réservé pour lui-même une mission d'une partie du projet, par exemple l'achat de matériaux, une pose d'isolation sous les toits, etc.

Dans ce cas-là, le maître d'oeuvre ou le constructeur qui est chargé du reste, doit toujours veiller à ce que ce que va faire le maître de l'ouvrage tout seul, comme un grand, ou comme un petit, selon qu'il est un castor ou un bricoleur, soit quelque chose qui tienne le coup sur le plan technique, qui ne contredise pas ce que lui-même a fait, le maître d'oeuvre spécialisé, et éventuellement il sera débiteur d'une obligation de conseil vis-à-vis de ce maître d'ouvrage profane.

Je me souviens d'un cas que nous avons traité à la Cour de Cassation, Troisième Chambre, c'était un entrepreneur qui était chargé de construire la charpente et le maître de l'ouvrage s'était réservé la toiture. Le maître de l'ouvrage avait fait la toiture, mais il avait oublié l'isolation. Evidemment toute la charpente en avait largement souffert.

Eh bien l'entrepreneur, sa responsabilité a été retenue sur le plan de l'obligation de conseil. Ce n'est parce qu'il n'avait pas à faire la toiture, qu'il n'avait pas à conseiller le maître de l'ouvrage en lui disant ; "si vous faites la toiture, veillez aussi à ce qu'il y ait l'isolation de façon à ce que ce que vous

aurez fait sur la toiture, les désordres ne se répercutent pas sur ce que j'aurai fait en tant qu'entrepreneur de charpente."

Le devoir de conseil à la réception, il faut en dire un mot : à la charge de l'architecte, c'est une obligation essentielle de l'architecte, d'ailleurs elle fait partie du contrat lui-même. Ce n'est pas une obligation implicite, le maître d'oeuvre doit conseiller le maître de l'ouvrage au moment de la réception pour l'inciter éventuellement à la refuser ou à noter des réserves sur la réalisation des travaux.

Vous savez bien, ce n'est pas à des professionnels comme vous, experts, professionnels ou avocats que je vais parler des dilemmes qui peuvent se poser aux architectes.

Si le vice est apparent pour l'architecte et qu'il est caché pour le maître de l'ouvrage profane, que va faire l'architecte ? C'est cornélien !

Devra-t-il se taire pour obtenir l'assurance ?

Et si l'architecte pense que la révélation du vice est inéluctable, la dénonciation par lui de ce vice avec l'espoir de faire fonctionner la garantie de parfait achèvement, au lieu de faire fonctionner plus tard l'assurance, eh bien cela peut se révéler bien illusoire pour le client, notamment lorsque l'entrepreneur est peu sérieux ou qu'il est en mauvaise posture financière.

C'est quelque chose d'extrêmement délicat que ce devoir de conseil de l'architecte, il faut beaucoup de finesse, il faut sentir le vent, il faut prendre ses responsabilités.

De toute manière, là aussi, comme je vous l'ai dit tout à l'heure, il faut préconstituer les preuves. L'architecte aura toujours intérêt à acter par écrit les diligences qu'il a faites à cette occasion.

Un mot du contrôleur technique : vous savez qu'ils sont assimilés au constructeur au titre de la présomption de la responsabilité (article L 125.4 du CCH) qui joue en principe dans les limites de leur mission et au-delà. C'est là que se pose la question "au-delà" des limites de la mission.

Eh bien la jurisprudence est bien établie maintenant, depuis un arrêt de la Troisième Chambre de 1985, en matière technique évidemment, purement technique, il pèse sur le contrôleur une obligation de conseil dépassant le cadre de son contrat.

L'exemple de l'arrêt de 1985 est très typique . Le contrôleur technique a été retenu sur le fondement quasi délictuel pour n'avoir pas attiré l'attention du constructeur sur les risques que pouvait constituer la liaison des fondations avec l'immeuble voisin.

Le contrôleur technique dans cette affaire avait une mission limitée à la solidité de l'immeuble construit, il n'avait pas à s'occuper de ce qui avait pu se passer avec le voisin.

Le reproche qui lui a été fait, qui a été admis par la jurisprudence de 1985 de la Cour de Cassation, c'était de ne pas être allé regarder à côté, voir si à côté de cette obligation, du contrôleur technique portant sur la solidité on n'aurait pas dû prévenir le maître de l'ouvrage de l'existence de risques causés par la construction vis-à-vis des immeubles voisins avec tout ce que cela comporte évidemment de danger lorsqu'on entre dans le domaine du trouble anormal du voisinage.

L'idée que l'on trouve à-propos des contrôleurs techniques, on la retrouve à tous les niveaux en matière d'obligation de conseil. Celle-ci dépasse le cadre purement contractuel en ce sens qu'elle ne joue pas seulement - je vous l'ai dit tout à l'heure - entre les personnes liées par contrat, elle peut s'étendre au-delà sur un fondement purement quasi délictuel entre maître de l'ouvrage et sous-traitant ou entre locataires d'ouvrage entre eux ; dans ce dernier cas cela pourra être l'occasion de partage de responsabilité.

L'entrepreneur, j'en terminerai avec lui, est constamment à pied d'oeuvre, mais il a sa spécialisation, en principe. L'entrepreneur général, cela existe, mais de plus en plus, comme l'a dit M. Le Professeur MALINVAUD tout à l'heure, on se trouve avec de nombreux intervenants à l'acte de construire et les entrepreneurs spécialisés avec des lots bien spécifiques.

L'obligation de conseil de l'entrepreneur ne jouera évidemment que pour l'exécution de son lot. S'il n'a pas la compétence nécessaire, il doit avertir le maître de l'ouvrage de la nécessité de faire appel soit à un maître d'oeuvre, soit à un entrepreneur spécialisé plus compétent, sinon il va endosser lui-même l'habit du maître d'oeuvre, à ses risques et périls.

En fait il a une obligation de modestie. Notons que s'il n'est pas suivi, c'est-à-dire s'il a donné le conseil par exemple au maître de l'ouvrage de prendre tout de même un maître d'oeuvre et que le maître de l'ouvrage ne le fait pas, ce n'est pas une clause d'exonération de responsabilité par le fait que le maître de l'ouvrage - nous l'avons dit à plusieurs reprises, c'est une jurisprudence constante - n'est jamais fautif en refusant de prendre un maître d'oeuvre. Nous l'avons souvent rappelé.

Dans ce cas-là c'est l'entrepreneur qui assume les fonctions de maître d'oeuvre. S'il ne voulait pas le faire, il n'avait qu'à refuser de prendre ce contrat.

Mais l'obligation de conseil de l'entrepreneur ne cesse pas lorsqu'il y a un maître d'oeuvre et elle peut s'exercer aussi vis-à-vis du maître d'oeuvre, vis-à-vis de l'entrepreneur principal s'il est sous-traitant

L'obligation ne s'applique pas, dit-on - c'est ce qu'on lit - dans les bons ouvrages, c'est ce que l'on a lu également dans certaines décisions de jurisprudence, l'obligation ne s'applique pas aux faits qui sont à la connaissance de tous.

Je me suis toujours demandé quels étaient les faits qui étaient à la connaissance de tous, mais on rappelle toujours cela, l'obligation de conseil n'a pas à s'appliquer aux faits qui sont à la connaissance de tous.

Qu'est-ce que cela peut vouloir dire ? Que le soleil se lève à l'est et se couche à l'ouest ? Quelque chose comme cela... Enfin, c'est quelque chose qu'on lit dans les décisions.

C'est toujours repris par la doctrine, "cela ne s'applique pas aux faits qui sont à la connaissance de tous."

La jurisprudence est moins exigeante apparemment avec l'entrepreneur qu'avec le maître d'oeuvre, c'est un peu normal, du moins lorsqu'il ne s'agit pas d'un des entrepreneurs prestigieux dont les noms sont sur toutes les bouches, dont on peut penser qu'ils sont au moins aussi compétents que certains maîtres d'oeuvre, certains architectes, sans vexer quelques uns, qui peuvent être des architectes de quartier.

Mais en principe lorsqu'on est dans l'ordre normal des choses il semblerait que la jurisprudence soit un peu moins exigeante, pour l'obligation de conseil, vis-à-vis de l'entrepreneur que vis-à-vis de l'architecte.

L'obligation de l'entrepreneur sera d'autant plus lourde que l'entreprise est spécialisée, par exemple le conseil donné par un électricien pourra être déterminant pour la sécurité du bâtiment.

Sur le plan technique, le devoir de conseil de l'entrepreneur s'étend, comme pour le maître d'oeuvre, aux problèmes posés par l'état du sol, surtout s'il s'agit d'une entreprise de la région. Quelquefois, lorsqu'on prend une entreprise locale qui connaît bien le terrain, elle pourra dire : là, attention, vous avez des marques que l'on flambe, toutes choses que les architectes connaissent bien, méfiez-vous, il faut peut-être faire une étude du sol et cela pourra être éventuellement l'entrepreneur lorsqu'il est local, face à un maître d'oeuvre qui peut très bien ne pas l'être, qui devra donner son avis et donner un conseil à ce niveau-là, au niveau de l'état du sol, et également sur l'existant et des problèmes pouvant résulter du voisinage.

La conclusion, c'est un petit peu la même que celle qu'a donnée M. Le Professeur MALINVAUD, sauf que je ne serai pas aussi sévère que lui pour les maîtres de l'ouvrage, peut-être parce que les maîtres de l'ouvrage que je rencontre sont souvent des maîtres de l'ouvrage bien perdus et beaucoup moins ultra-compétents que ceux dont on a l'habitude de parler bien souvent dans ce genre de colloque.

En fait, la construction, il s'agit d'une oeuvre unique à laquelle tous participent, et il est certain qu'il faut s'intéresser à ce que font les voisins. Vous savez très bien qu'à notre époque, de plus en plus, on travaille sous le regard des autres.

Tout le monde travaille sous le regard des autres, la justice, de plus en plus, l'enseignement n'en parlons pas, la médecine également, on travaille toujours sous le regard de l'autre.

Eh bien en matière de construction, il ne faut pas que ce soit différent du reste. On ne pourra plus dire : "pourvu que je fasse bien moi-même, tant pis si les autres font mal." C'est quelque chose qu'il est impossible de dire à notre époque.

C'est une oeuvre commune qui engage la responsabilité de tous, c'est pour cela sans doute que l'obligation de conseil des uns vis-à-vis des autres, pas seulement vis-à-vis du maître de l'ouvrage, a pris une telle ampleur dans les dernières années.

Merci.

(Applaudissements)

**M. JACOMET.-** Avant de passer aux questions proprement dites, Maître CASTON aurait voulu réagir et ensuite nous vous donnerons directement la parole.

**Me CASTON.-** Très vite, Monsieur le Haut Conseiller, vous travaillez sous le regard de l'autre, en vous écoutant, quelques remarques me sont venues à l'esprit.

D'abord, j'ai bien compris que vous nous avez expliqué comment se faire payer une isolation ! Dans le propos que vous avez indiqué, il suffit de faire refaire sa charpente par un spécialiste, de monter sur le toit, d'oublier l'isolation et vous reprochez ensuite au charpentier de ne pas vous avoir conseillé ! C'est une application un peu pernicieuse de votre jurisprudence.

L'idée générale, plus sérieusement, est que celui qui sait doit conseiller. C'est le maître mot, il se situe dans le cadre de la hiérarchie des compétences mais on pourrait se demander quelle est la limite de cette obligation ? Vous y avez fait allusion puisque vous avez dit : danger des crues, crues décennales. Il y a un lien entre votre propos et la prévisibilité de l'événement, la prévisibilité de l'évolution soit climatique, soit technique, au regard de l'innovation à laquelle vous avez fait allusion, c'est cette notion d'obligation de conseil qui n'est pas indéfinie, qui s'arrête par rapport à ce que tout le monde sait, vous l'avez dit, s'appliquant aux faits qui sont à la connaissance de tous, ce qui veut dire que c'est une obligation qui n'est pas sans limite.

**M. VILLIEN.-** Vous allez me dire ce que cela veut dire !

**Me CASTON.-** Je serais bien incapable de vous le dire, puisque tout le monde le sait ! (rires).

Autre idée ou remarque : vous avez dit obligation de payer, cette obligation n'est pas sans limite. Obligation de payer ce qui est dû ; quand on a exprimé cette formulation on se demande quelle est la limite. On va retomber sur l'idée de l'équilibre du contrat et parfois on va vous dire que l'imprévu arrive. Ce sont des suggestions imprévues. Toutes ces affirmations ont leur limite et leur contradiction.

Il y a un point sur lequel je me permets de ne pas être totalement d'accord avec vous, lorsque vous dites que le maître de l'ouvrage a obligation de donner toute indication sur la finalité du projet. Il faut que l'on s'entende sur ce qu'on entend par maître de l'ouvrage, si c'est l'acquéreur profane, pour moi celui qui ne sait pas attend tout de celui qui sait. Donc il appartient à celui qui sait d'extirper les besoins de celui pour qui on va oeuvrer.

Si on doit construire un entrepôt frigorifique ou un entrepôt avec un dallage qui doit avoir telle ou telle utilisation, l'entrepreneur spécialiste dans ce type de construction doit interférer, se préoccuper de ce qui relève de l'activité professionnelle de son interlocuteur, maître de l'ouvrage professionnel, et lui demander quel est l'usage auquel va servir ce dallage. Il doit donc extirper la connaissance des besoins pour pouvoir mettre en oeuvre concrètement les éléments techniques permettant d'aboutir à un ouvrage adapté.

Vous avez parlé du chef d'orchestre, mon Maître Bernard SUR, auquel je suis heureux de rendre hommage, avocat de la Mutuelle des architectes et avocat des architectes depuis toujours, me disait : le chef d'orchestre est un mauvais flûtiste, il est chef d'orchestre, il peut être mauvais flûtiste.

On a eu tout un débat sur l'obligation de conseil de l'architecte face à des questions particulièrement techniques et spécialisées mais depuis un certain arrêt l'architecte face au béton armé doit tout savoir et s'il ne sait pas il s'est mis dans une situation pire encore, car il a accepté d'oeuvrer dans un domaine qu'il ne connaît pas alors qu'il avait un devoir de compétence.

Donc cette notion de chef d'orchestre a été mise à mal par la jurisprudence.

L'idée générale finalement c'est qu'on doit éclairer sur tous les aspects. Vous avez dit, permettez-moi encore d'intervenir en raison de la qualité de l'ancienneté de nos relations qui le restera lorsque j'aurai terminé, éclairer sur tout dépassement mais vous l'avez limité au marché forfaitaire.

Je voudrais dire que forfait ou pas forfait, même si le marché n'est pas à forfait le maître de l'ouvrage n'est pas une machine à payer, le maître de l'ouvrage doit être tout à fait rendu conscient par le maître d'oeuvre des dérives qui risquent de se produire.

Il y a même une jurisprudence qui dit que le maître de l'ouvrage doit se renseigner sur les facultés contributives de son client pour ne pas l'entraîner dans des dépenses inconsidérées qui pourraient lui être reprochées.

Voilà quelques remarques, quelques îlots d'observations sans intérêt sur l'océan de compliments que nous vous prodiguons tous.

**M. VILLIEN.**- Je vous dis tout de suite, je ne suis pas allé jusqu'au bout en ce qui concerne le carrelage, effectivement vous avez tout à fait raison, l'entrepreneur qui a dit qu'il ne savait pas qu'il allait y avoir des voitures sur son carrelage, on a considéré qu'il n'était pas très honnête.

Il ne lui a pas été donné raison. Je ne l'avais pas dit, mais je vous le dis maintenant.

Le chef d'orchestre, il n'empêche que l'architecte revendique, il a raison, cette qualité. Je pense que les architectes qui sont ici, mon voisin par exemple, j'en vois pas mal d'autres que je connais, ne vont pas dénier que la qualité de chef d'orchestre, n'est-ce pas Monsieur RAMBERT, est une des qualités hautement revendiquées par l'architecte.

Il faut qu'il continue à la revendiquer. C'est indispensable.

**M. PARLEBAS.**- Je vois un architecte qui a une question à vous poser.

**Un Intervenant.**- Je reviens sur le devoir de conseil du bureau de contrôle ou plus exactement du contrôleur dit agréé.

En supposant qu'il ait proposé au maître de l'ouvrage différentes catégories de missions, par exemple la solidité, la sécurité, etc. et que l'une de ces missions lui soit refusée, par exemple la sécurité.

Il a proposé la mise en sécurité, elle lui a été refusée pour des questions d'économie du maître de l'ouvrage, est-ce que son devoir de conseil porte sur la mission qui lui a été refusée ?

**M. VILLIEN.-** Là, c'est évidemment une question délicate. En principe, on devrait répondre non. En fait, malgré tout, la jurisprudence a tendance à dire : vous n'avez pas cette mission, mais cette chose-là vous n'auriez pas dû ne pas l'avoir. En fait, c'est cela le fond, c'est au niveau d'une espèce d'évidence.

S'il s'agit de quelque chose pour quoi il faut des études très approfondies, très particulières, très spéciales, là non, mais quelque chose d'évident, sautant aux yeux, et qu'au cours de l'exécution de votre mission particulière vous ne pouvez pas manquer de voir, à ce moment-là la jurisprudence dira que l'obligation de conseil du contrôleur technique s'étend jusque là.

Je sais bien que c'est assez dur.

**L'Intervenant.-** Même si on lui a refusé cette mission ?

**M. VILLIEN.-** Vous savez très bien que le maître de l'ouvrage n'est pas toujours victime.

**L'Intervenant.-** Si on lui a dit de ne surtout pas s'en occuper ?

**M. VILLIEN.-** Vous savez très bien que le maître de l'ouvrage n'est pas toujours la victime.

**M. PARLEBAS.-** Madame, vous avez demandé la parole.

**Mme Yvette AMIOT-THAN-TRONG (U.T.B).-** Monsieur le Haut Conseiller, j'ai un cas qui va vous ravir, parce qu'il est exactement dans votre propos.

Nous sommes une entreprise de plomberie et de ventilation mécanique et nous avons traité un chantier pour des logements se situant en bord de Seine, 3 ou 4 étages de logements, commençant au rez-de-chaussée et un sous-sol de parkings.

Il est prévu dans notre devis descriptif que nos canalisations passent en plancher du premier sous-sol et que nous ayons des extracteurs pour la ventilation mécanique qui soient situés dans le sous-sol.

Lorsque nous en sommes au dossier d'exécution, c'est-à-dire au moment de faire les études pour la réalisation des travaux, nous voyons dans le dossier qu'il y a des notes qui indiquent que ce sous-sol peut être inondable. Donc nous avons des conversations avec la maîtrise d'oeuvre, avec le bureau de contrôle, avec tous les intervenants, pour voir comment nous pouvons prendre toutes les précautions pour que notre matériel soit mis dans des conditions qui soient sécuritaires.

On nous dit que le parking ne sera peut-être pas inondé, qu'au lieu de mettre les moteurs au rez-de-chaussée, on va les mettre plus haut que d'habitude. Donc nous posons les moteurs à 2,50 mètres de hauteur.

Le chantier se termine, mais nous avons eu tort...

**M. VILLIEN.-** 2,50 mètres ?

**Mme AMIOT-THAN-TRONG.-** 2,50 mètres par rapport au sol, c'est-à-dire sous le plafond.

Nous avons eu le tort de ne pas écrire pour faire prendre les précautions qui s'imposaient à ce moment-là, je vous ai bien entendu.

Le chantier est terminé, il n'est pas encore réceptionné, mais certains appartements sont mis à la disposition des copropriétaires qui ont déjà acheté, et une inondation se produit, c'était l'année dernière lors de la crue.

**M. VILLIEN.-** Cela va recommencer cette année !

**Mme AMIOT-THAN-TRONG.-** Tout est inondé, l'ascenseur est inondé, les armoires électriques posées par l'électricien sont inondées et nos ventilateurs sont inutilisables.

Pour qu'il n'y ait pas interruption dans le service de la ventilation mécanique, nous remettons à la même place parce qu'on ne peut pas les mettre ailleurs, les deux ventilateurs et ensuite il y a des discussions pour savoir qui va payer.

**M. VILLIEN.-** Cela va venir en justice, l'expert dira "il faut cuveler", alors vous allez pousser des cris, vous allez dire "c'est trop cher" !

**Mme AMIOT-THAN-TRONG.-** Ce n'est même pas tout à fait cela. Nous, nous avons remis en place, sans avoir d'ordre de service préalable pour ne pas interrompre le service, dans l'immeuble, sinon il n'y avait plus de ventilation, il n'y avait plus de possibilité d'habitation ; et maintenant, un expert dommage ouvrage qui n'a pas à intervenir, mais qui intervient puisque c'était avant réception, en tant qu'amiable compositeur et dit : "untel va payer tel pourcentage, untel va payer tel autre pourcentage. "

Nous, notre préoccupation c'est de savoir comment cela va se reproduire à l'avenir, parce que je crois qu'on nous annonce que la crue de 1910 pourrait se reproduire cette année, compte tenu du niveau de la nappe phréatique.

**M. VILLIEN.-** C'est ce que l'on dit.

**Mme AMIOT-THAN-TRONG.-** Il est évident que cela va être inondé à nouveau.

Où s'arrêtent nos obligations ?

**M. VILLIEN.-** Les juridictions vont avoir à absorber la tempête de 1997, alors pour la nappe phréatique, laissez couler !

**Mme AMIOT-THAN-TRONG.-** Mais là nous sommes dans le cadre où l'obligation de conseil ne peut pas s'appliquer aux faits qui sont portés à la connaissance de tous.

Dans le dossier, il était indiqué dans de nombreuses pièces que le sous-sol pourrait être inondé. Où va s'arrêter notre obligation, c'est-à-dire que nos moteurs l'année prochaine vont être à nouveau inutilisables.

**M. VILLIEN.-** Je ne vois pas comment on peut accepter de construire sur un sous-sol dont on dit qu'il peut être inondé.

**M. LE METAYER.-** Je peux intervenir. Je suis content de répondre à votre question, parce que j'ai eu le cas similaire.

La responsabilité, malheureusement, est due au maître d'oeuvre pour la bonne raison qu'il s'agissait du Ministère de l'Environnement où le maître d'oeuvre a construit un immeuble dans une zone inondable, sans faire de cuvelage et l'absence de cuvelage automatiquement a entraîné des inondations. Voilà comment cela s'est passé.

**Mme AMIOT-THAN-TRONG.-** Le cuvelage dans ce cas-là...

**M. LE METAYER.-** Dans la construction de l'immeuble, le cuvelage c'est une obligation dans une zone inondable.

**Mme AMIOT-THAN-TRONG.-** Mais dans ce cas-là le cuvelage ne résout rien, c'est un parking au premier sous-sol. Il faut faire un coffre-fort, des portes étanches !

**M. PARLEBAS.**- Il faut que vous alliez voir votre conseil juridique parce que je crois que c'est un problème personnel, qui est très intéressant pour lequel on pourrait parler longtemps.

Je vous remercie.

Maître KALANTARIAN a levé le doigt depuis tout à l'heure. Nous vous écoutons.

**Me KALANTARIAN (Avocat à Paris).**- Monsieur le Haut Conseiller, j'aimerais que vous nous parliez de la punition, de la réparation lorsque le constructeur a manqué à son obligation contractuelle.

La punition d'abord pécuniaire, on l'a vue, vous en avez dit un petit mot tout à l'heure, est-ce que le constructeur est imposé en nature ?

Deuxième aspect de ma question : combien ? C'est-à-dire est-ce que la solution réparatoire peut comprendre une amélioration de la solution technique d'origine, si oui dans quel cas ? Est-ce quelle peut comprendre une exécution d'ouvrage non prévue et enfin est-ce qu'elle peut être généralisée, c'est-à-dire excéder le strict quantitatif des désordres ?

Voilà la question globale que je souhaitais vous poser.

**M. VILLIEN.**- J'ai parlé tout à l'heure de la réparation dans le cadre de la GPA, Garantie de Parfait Achèvement. Là, effectivement, le texte de loi prévoit la réparation en nature, mais en dehors de ce cadre-là, la réparation en nature n'est pas, ne peut pas être imposée.

L'obligation en équivalent peut être mise à la charge de la personne dont la responsabilité est retenue.

Vous avez demandé : amélioration, solution technique, solution technique d'amélioration, eh bien dans quel cas la réparation ne peut-elle comprendre cela ? C'est lorsque c'est la seule manière de parvenir à la réparation intégrale du préjudice. C'est le principe retenu par la Cour de Cassation.

C'est le principe de la réparation intégrale du préjudice et lorsque la réparation intégrale du préjudice passe par la construction de quelque chose qui n'était pas prévu au départ, l'exemple le plus typique c'est celui du drainage. Une construction qui nage dans l'eau, on s'est aperçu qu'il aurait fallu un drainage qui n'a pas été prévu. Pour que la construction puisse avoir une vie normale et sèche, le drainage est nécessaire. A ce moment-là le prix du drainage sera mis à la charge des responsables du désordre parce que le drainage est la seule manière de parvenir à la suppression du dommage.

La question de l'abattement pour vétusté, c'est un peu le serpent de mer. Je crois que pratiquement il n'y a pas un colloque ou un congrès où on n'ait une discussion, où on ne parle de l'abattement pour vétusté. On dit : pourquoi est-ce que la jurisprudence judiciaire n'admet pas l'abattement pour vétusté alors que la jurisprudence administrative l'admet ?

Je ne peux pas répondre à la place de mes collègues de la Juridiction Administrative.

Je répondrai simplement qu'en ce qui concerne la jurisprudence judiciaire, je pense que cela découle exactement du principe de la réparation intégrale du préjudice ; on ne peut pas prévoir un abattement pour vétusté, qui est une notion d'assurance.

Je sais bien que les compagnies d'assurance cherchent toujours et perpétuellement à remettre sur le tapis cette notion, mais en fait j'ai un exemple qui est très simple, qui est un exemple personnel.

Je me souviens très bien avoir eu, il y a un certain nombre d'années, un accident pour lequel je n'étais pas du tout responsable, qui m'a amené à faire changer mon radiateur de véhicule. Eh bien la compagnie d'assurance m'a payé avec un abattement pour vétusté, mais ce radiateur était superbe, je n'avais pas du tout envie de le changer, moi ! J'allais vivre avec ce radiateur jusqu'à la fin de ma voiture, je ne vois pas pourquoi on me donnait un prix inférieur parce que soi-disant ma voiture avait un an, deux ans, trois ans,

quatre ans. Je l'aimais beaucoup mon radiateur soi-disant vétuste, je ne l'aurais pas changé ! C'est exactement cela.

C'est la même chose ici, ces gens-là ne demandent rien à personne. La vétusté, qu'est-ce que cela signifie cette notion d'assurance ? Cela n'a aucun sens commun.

Le principe de la réparation intégrale veut qu'il y ait une réparation totale, globale et sans aucun abattement d'aucune sorte.

Je crois avoir répondu.

**M. PARLEBAS.-** Je vois une personne à l'extrémité qui a déjà posé une question, il en a une seconde à vous poser. Monsieur ROULET, je crois...

**M. ROULET.-** Monsieur le Haut Conseiller, je vous ai bien écouté et je vais ouvrir une boîte de Pandore.

**M. VILLIEN.-** A midi et quart, c'est dangereux !

**M. ROULET.-** Il s'agit du trouble de voisinage.

Ce que je voudrais savoir c'est si pour chacun des participants à l'acte de construire, le maître de l'ouvrage y compris, le fait de devoir créer des troubles de voisinage, si petits soient-ils, est une obligation explicite, implicite, si elle peut avoir chacune de ces deux natures et dans chacun de ces cas quelles sont les compétences ?

**M. VILLIEN.-** Cela dépend du contrat.

Effectivement, il y a des contrats passés entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur mais par lesquels l'entrepreneur s'engage à ne causer aucun dommage au voisinage.

Là, il s'agit bien entendu d'une obligation explicite. C'est toujours le cas dans les marchés de travaux publics, et en matière de travaux privés c'est toujours le cas lorsqu'on fait référence expresse à la norme AFNOR, la norme P03001, parce que la norme AFNOR PO3001 le prévoit.

Donc lorsque le contrat fait référence à cette norme, on peut dire qu'il s'agit d'une obligation explicite du contrat de ne causer aucun trouble anormal de voisinage, sinon c'est une obligation implicite, entraînant la responsabilité fondée sur le principe selon lequel nul ne doit causer à autrui de troubles excédant les inconvénients normaux du voisinage qui, depuis nos arrêts de 1998, 1999 sont fondés sur ce principe dans les rapports entre le maître de l'ouvrage et le voisin victime, et sur la responsabilité contractuelle dans les rapports entre le maître de l'ouvrage et son propre entrepreneur qui a été à l'origine des dommages causés à la victime.

Donc si vous voulez, cela dépend du contrat.

**M. PARLEBAS.-** Monsieur le Conseiller, je vois une dame qui a une question... Présentez-vous.

**Me de LAPPARENT (Avocat).** - Je voudrais revenir sur les obligations du maître de l'ouvrage.

Le maître de l'ouvrage est quand même le premier personnage, le plus en amont, d'une opération de construction. Vous avez parlé de l'obligation de renseignement, je dirai qu'il y a une obligation de renseignement mais aussi une obligation d'information qui n'est peut-être pas neutre comme celle à laquelle vous faisiez allusion tout à l'heure.

Bien évidemment, il doit formuler des indications utiles mais un peu plus que des indications utiles, des finalités particulières. Bien sûr, il doit avoir un programme car s'il n'a pas de programme, comment le maître d'oeuvre va-t-il pouvoir, lui, établir son projet de conception et comment ensuite allons-nous arriver à l'exécution ?

Donc un programme. Son programme, il peut l'établir de lui-même, il peut se faire conseiller dans l'établissement de ce programme.

S'il se fait conseiller, cela peut être un conseiller tout à fait indépendant de la maîtrise d'oeuvre mais cela peut être aussi une mission qui est donnée en complément au contrat habituel de la maîtrise d'oeuvre.

Dans ce cas-là, est-ce que son obligation ne va pas retomber sur la maîtrise d'oeuvre, car c'est à la maîtrise d'oeuvre qu'il va réserver l'ensemble des informations qu'il doit sur son programme et ensuite c'est à la maîtrise d'oeuvre de répercuter toutes ces informations utiles dans les marchés des travaux qui devront être proposés aux entreprises et signés par les entreprises.

Ma première question est de savoir : la relation maître de l'ouvrage-maître d'oeuvre change-t-elle la relation entre maître de l'ouvrage-entreprise ?

Est-ce que le maître de l'ouvrage conserve cette responsabilité à l'égard de l'entreprise s'il a transmis ces informations à la maîtrise d'oeuvre qui est en amont de l'entreprise ?

Bien sûr, cette obligation découle des dispositions de l'article 1134. Est-ce qu'une clause du marché, une clause du contrat de maîtrise d'oeuvre, peut exonérer le maître de l'ouvrage de cette obligation implicite ?

Je m'explique : nous avons dans certains marchés notamment des clauses disant que l'entrepreneur connaît tout. Elles peuvent avoir 10 lignes, elles peuvent avoir 3 lignes, elles peuvent avoir 2 pages.

Est-ce que cette clause peut exonérer le maître de l'ouvrage de toute obligation implicite d'information ?

Est-ce qu'une clause plus particulière, dans le marché de travaux disant ce que connaît l'entreprise, quels sont les renseignements que le maître de l'ouvrage a fournis soit au maître d'oeuvre, soit à l'entreprise, peut concrètement exonérer le maître de l'ouvrage de cette obligation implicite ?

**M. VILLIEN.**- En fait, il y a deux sortes de clauses, vous l'avez dit, la clause par laquelle le maître de l'ouvrage s'exonérerait de l'obligation de faire connaître à l'entrepreneur tout ce qu'il a dans la tête, en voulant faire construire dans la mesure où il s'agit d'une construction un petit peu sophistiquée.

Si c'est pour construire le pavillon du coin, je crois qu'il n'a pas grand chose dans la tête, le maître de l'ouvrage sauf à vouloir avoir un toit pour lui-même et sa famille.

Mais s'il s'agit d'une construction plus sophistiquée, il peut y avoir des cas où le maître de l'ouvrage a des idées particulières qu'il faut qu'il fasse passer sur les locataires d'ouvrages pour que la construction soit menée à bien.

Il me semble que l'exonération éventuelle du maître de l'ouvrage est peu vraisemblable. Pourquoi ? Parce qu'en général l'absence d'information de la part du maître de l'ouvrage n'est pas quelque chose de volontaire, ce n'est que le résultat d'une négligence, donc on imagine difficilement qu'il puisse y avoir une clause l'exonérant par avance alors que de lui-même il a tout intérêt à donner au constructeur tous les renseignements sur son projet. C'est évident.

A l'inverse, maintenant, la clause contractuelle stipulant la parfaite connaissance par l'entreprise de tous les éléments de la construction peut-elle exonérer le maître de l'ouvrage ?

Il ne s'agit pas d'une exonération dans ce cas-là puisque normalement le maître de l'ouvrage est présumé avoir fait le nécessaire, c'est le locataire d'ouvrage qui doit prouver le contraire ; mais évidemment, dans ce cadre, la mise en cause du maître de l'ouvrage, à ce niveau, est très difficile et l'entrepreneur qui va signer une telle clause par laquelle il reconnaît tout connaître finalement, cet entrepreneur qui s'est vraiment engagé très loin, doit avoir conscience qu'il s'est engagé totalement.

Il faut reconnaître d'ailleurs que le plus souvent les entrepreneurs et les maîtres d'oeuvre seront au courant de la finalité de la construction.

On a parlé de l'histoire de carrelage tout à l'heure, on a engagé un dialogue avec Maître CASTON, mais il est certain, comme je l'ai dit, que l'entrepreneur qui a prétendu qu'il ignorait qu'on allait mettre des voitures sur son carrelage, on lui a dit que ce n'était pas sérieux, qu'il savait très bien ce qu'il faisait.

En ce qui concerne les fournisseurs, c'est différent. Effectivement, les fournisseurs, il peut y avoir des cas, surtout quand il s'agit de fournisseurs de produits étrangers, importateurs, où le fournisseur ne sait pas exactement à quoi vont servir les objets qui font l'objet du contrat de vente qui lui est passé.

Mais en ce qui concerne l'entrepreneur, il lui sera très difficile de prouver une chose pareille.

**M. PARLEBAS.**- Je vois à ma gauche Maître BERGEL, avocat à la Cour, qui désire intervenir.

**Me BERGEL.**- Monsieur le Conseiller, je pense que ce que vous avez pu faire dans votre exposé c'était de tracer un panorama de toutes les obligations de conseil.

La question que l'on peut se poser en ce qui concerne les maîtres de l'ouvrage ou le chef d'orchestre aussi, c'est-à-dire l'architecte, c'est de savoir si un des deux a un rôle plus prépondérant que l'autre.

La jurisprudence, vous l'avez évoquée, on peut aller jusqu'à dire qu'elle a des limites, parce que c'est une construction essentiellement jurisprudentielle ce devoir de conseil et l'architecte peut être souvent responsable de tous les maux.

On s'est même rendu compte quelquefois que la jurisprudence est allée très loin. J'en ai une sous les yeux, où on dit que l'architecte doit prévoir qu'une dérogation peut être espérée. On va jusqu'au bout en demandant à l'architecte d'être extralucide, 3ème Chambre Civile 1986.

Peut-être a-t-elle évolué depuis, mais la question est quand même posée de savoir si le maître de l'ouvrage est complètement déchargé du rôle de ce maître d'oeuvre qui, lui, doit le renseigner, l'informer, et doit lui donner le conseil.

La question que je me permets de vous poser à l'issue de cet exposé, pour le bouquet final de cette matinée, c'est de savoir si le maître de l'ouvrage est totalement irresponsable quelquefois ou a-t-il sa responsabilité engagée dans la mesure où on réalise que le maître d'oeuvre, avec le panorama que vous avez donné tout à l'heure, et on en a bien d'autres, c'est-à-dire l'architecte, est responsable dans la mesure où c'est le monsieur qui sait tout ?

Autre question aussi qui peut se poser, c'est que la jurisprudence doit quelquefois donner des limites et c'est en ce sens qu'on a une jurisprudence que je vais évoquer parce qu'elle est rare : "il appartenait au maître de l'ouvrage de solliciter des explications ou de demander des précisions à l'homme de l'art".

La question que je vous pose est la suivante : n'est-ce pas là que peut se situer la limite ? Vous avez parlé de défi dans votre exposé en disant : si le maître de l'ouvrage est au courant, est-ce qu'il ne fait pas un défi dans un souci d'économie ?

Moi, je prétends, et je souhaiterais connaître votre avis sur cet angle, que le maître de l'ouvrage a un devoir de conseil aussi lorsqu'il doit prodiguer un conseil à l'accédant pour que celui-ci tire le meilleur parti de son acquisition. C'est un devoir de conseil du vendeur vis-à-vis du futur acquéreur.

Mais à l'égard du maître d'oeuvre, est-ce qu'il ne doit pas, lui aussi, poser des questions ? Et c'est bien ce que dit une jurisprudence de 1998 en précisant bien "qu'il appartenait au maître de l'ouvrage de solliciter des explications ou de demander des précisions à l'homme de l'art", car l'homme de l'art est-ce qu'il doit être responsable ou déchargé totalement ?

Autrement dit, où sont les limites ?

**M. VILLIEN.**- Les limites sont des limites de cas d'espèce, c'est finalement très difficile de répondre lorsqu'on sort deux lignes tirées d'un arrêt.

On présente quelquefois la décision de la Cour de Cassation comme étant une décision de pur fait. Untel doit faire ceci, untel ne doit pas faire cela. Jamais la Cour de Cassation ne rendra une décision de pur fait, éventuellement elle approuvera la Cour d'Appel d'avoir dit, d'avoir pu dire, etc.

Je me rappelle par exemple qu'en matière de force majeure, j'avais été extrêmement surpris - je me demande si ce n'était pas dans le petit Dalloz rouge - de lire que la Première Chambre admettait la sécheresse comme force majeure, la Troisième Chambre ne l'admettait pas, ou quelque chose comme cela.

Vous imaginez tout de suite la sécheresse admise à la Première Chambre, refusée à la Troisième Chambre, c'était loufoque quand on sait à quoi sert la Cour de Cassation !

La Cour de Cassation n'allait évidemment pas dire que la sécheresse était ou pas un cas de force majeure. Eventuellement, elle pouvait approuver ou au contraire désapprouver la Cour d'Appel d'avoir dit, avec telle ou telle motivation, que la sécheresse pouvait être ou ne pas être un cas de force majeure.

Ici, c'est la même chose, si on retire les éléments comme cela en disant : le maître de l'ouvrage doit faire ceci ou doit dire cela, un maître d'oeuvre doit dire ou faire cela, c'est un peu délicat.

Il y a beaucoup de cas d'espèces en l'occurrence et c'est justement ce qui fait un peu la richesse de cette matière, c'est que cette matière de l'obligation de conseil qui est purement jurisprudentielle, c'est la vie qui crée les cas d'espèces, la mise en forme par les avocats, contrôlés par les experts, finalement c'est la décision des juges, c'est la vie qui fait la richesse de ce domaine-là.

Je ne sais pas si j'ai répondu...

**M. JACOMET.**- On va peut-être clore maintenant nos débats, compte tenu de l'heure relativement avancée.

Je ne vais pas faire de réponses, ni poser de nouvelles questions appelant de nouvelles réponses, mais simplement vous inviter à vous restaurer après ces longs débats en vous remerciant des questions qui ont été posées.

Il est 12 heures 30, nous pourrions reprendre les débats à 14 heures 45. Je vous remercie par avance d'être présents à 14 heures 45. Nous aurons les interventions du Professeur PERINET-MARQUET et de M. LABADIE. Je vous remercie.

(Applaudissements)

(La séance est suspendue à 12 heures 30).

## TABLE DES MATIERES

Après-midi	Pages
Présentation de l'après-midi par Monsieur JACOMET	1
LES ASPECTS DES RELATIONS CONTRACTUELLES par le Professeur Guy PERINET-MARQUET	2
Débat	16
Intervention de Monsieur Jean Le METAYER Vice Président de JUSTICE CONSTRUCTION	19
Suite du débat	20
Intervention de Maître Jean-François PERICAUD Vice-Président de JUSTICE CONSTRUCTION	27
LA LIQUIDATION DES RELATIONS CONTRACTUELLES par Monsieur Guy LABADIE, Expert judiciaire	29
Débat	37
SYNTHESE DE LA JOURNEE par le professeur Laurent AYNES	51
CLOTURE	54

**COUR D'APPEL DE PARIS  
PALAIS DE JUSTICE**

0  
0 0  
0

**ASSISES "JUSTICE-CONSTRUCTION"  
"Le contrat en matière de travaux de construction et de  
bâtiments"**

0  
0 0  
0

**Jeudi 6 décembre 2001**  
**(Après-midi)**

0  
0 0  
0

*La séance est reprise sous la Présidence de M. JACOMET.*

**M. JACOMET.-** Nous allons reprendre nos travaux en remerciant tous ceux qui sont déjà installés pour écouter la suite de nos interventions.

Deux interventions sont prévues, cet après-midi, l'une qui va être traitée par M. Le Professeur PERINET-MARQUET qui est un fidèle de l'association, que je n'ai pas besoin de présenter, qui traitera la question difficile des aspects économiques du contrat.

Ceci sera suivi d'un débat, comme nous en avons eu ce matin. Nous espérons qu'il pourra s'organiser aussi bien que ce matin, en permettant des questions riches.

L'autre aspect qui sera traité, cet après-midi, est la liquidation des relations contractuelles par M. LABADIE, expert judiciaire, question non moins difficile, dont on a déjà indiqué ce matin combien elle devenait de plus en plus technique.

La synthèse sera faite, en fin d'après-midi, par le Professeur AYNES qui appartient à l'Université voisine de celle où exercent les autres enseignants et qui permettra de relier la problématique à laquelle est confronté le droit de la construction à celle plus générale du monde du droit.

C'est un aspect auquel nous sommes particulièrement attachés dans le cadre de cette association.

Je passe tout de suite la parole à Maître PERICAUD et à M. Le METAYER pour présenter les travaux de cet après-midi.

**Me PERICAUD.-** Monsieur le Président, vous l'avez déjà fait, je crois plus simple de passer la parole à M. PERINET-MARQUET.

*Les aspects économiques du contrat par le*  
**Professeur PERINET-MARQUET.**

**M. PERINET-MARQUET.**- Merci Monsieur le Président.

Le contrat n'a pas d'intérêt en lui-même. Cette technique juridique n'est que le vecteur des relations économiques qu'il organise. Certes, la cause objective de l'obligation, pour chacune des parties, est la prestation attendue de l'autre : le prix pour le constructeur ; les travaux pour le maître d'ouvrage. Mais la cause subjective du contrat est ailleurs. Elle consiste toujours, surtout si les deux cocontractants sont des professionnels, dans le gain susceptible d'être réalisé. En matière de construction, comme dans d'autres secteurs, le contrat opère un transfert de richesse de patrimoine à patrimoine lequel produit ses effets tant en matière microéconomique que macroéconomique.

D'un point de vue macroéconomique, les contrats de construction sont un élément important de la richesse nationale. Le chiffre d'affaires réalisé dans le secteur s'élevait, en 2000, à près de 80 milliards d'euros dont environ 36 milliards pour le neuf et 44 pour les travaux d'entretien. Le coût de la non qualité est évalué, quant à lui, à près de 8 milliards d'euros. L'effet macroéconomique ne se limite d'ailleurs pas au seul secteur privé. Les maîtres d'ouvrage sont pour une proportion non négligeable des personnes publiques. Les marchés publics représentent ainsi à l'échelle communautaire, plusieurs centaines de milliards d'euros, justifiant une application stricte des règles de la concurrence. Mais l'Etat intervient également en tant que percepteur d'impôt et, parallèlement, en tant que soutien du secteur de la construction. Un flux de richesse estimé à près de 20 milliards d'euros circule, en boucle, entre l'Etat et les entreprises. Les perceptions de l'Etat sont approximativement équivalentes aux sommes que ce dernier injecte dans le secteur de la construction, par des aides directes ou des avantages fiscaux.

D'un point de vue microéconomique, un transfert de richesse se réalise également. Le constructeur, par son activité, accroît le patrimoine du maître d'ouvrage et, parallèlement, le bénéficie qu'il doit logiquement tirer de l'opération augmente son propre patrimoine. Cependant, si le schéma de base est toujours le même, la taille du patrimoine et le volume du transfert de richesse peuvent être très différents. Pour prendre deux extrêmes, le contrat passé entre deux cocontractant aussi fragiles dans leur catégorie respective, un pavillonneur qui construit 5 maisons par an et le maître d'ouvrage qui s'endette au maximum pour faire construire la maison de sa vie, n'a économiquement rien de commun avec ceux ayant permis la réalisation du Stade de France ou de l'ensemble Coeur-Défense. Pourtant, les techniques juridiques utilisées sont les mêmes un contrat entrant dans la catégorie des contrats d'entreprise, l'application de la responsabilité des constructeurs et de l'assurance obligatoire, le respect des lois de 1971 sur la retenue de garantie et de celle de 1975 sur la sous-traitance. Cela ne signifie pas, pour autant, que des règles spécifiques ne s'appliquent pas à telle ou telle situation. Cependant, si l'on se place du côté du maître d'ouvrage, le droit ne fait de véritable différence qu'entre trois situations Macroéconomiques : celle où le maître d'ouvrage est une personne publique, ce qui conduit, sans exception, à ce que le contrat soit qualifié de marché public et obéisse donc aujourd'hui aux règles spécifiques du code des marchés publics, celle où le maître d'ouvrage privé ne construit pas

1' *Rapport fait au colloque annuel de l'association « Justice-Construction » , en novembre 2001*

2 *A regarder les chiffres de 1998, les 279 000 entreprises du secteur emploient en effet 1 165 000 salariés. Dans l'union européenne, en 1995, le bâtiment et les travaux publics atteignaient un chiffre d'affaires total de 4455 milliards de francs et faisaient travailler 8 741 000 personnes*

pour lui-même ou l'un de ses proches, ce qui le soumet alors au droit commun des contrats de construction privés, celle, enfin, où le maître d'ouvrage construit, à l'inverse, pour lui-même ou l'un des ses proches, ce qui le fait entrer alors dans le secteur protégé et conduit à l'application de nombreuses règles protectrices.

Ce système aboutit à ce que le petit investisseur faisant construire un immeuble de trois logements soit soumis aux mêmes règles juridiques que le maître d'ouvrage faisant construire 200 000 M<sup>2</sup> de bureaux. Cette conséquence pourrait être le signe d'une inadaptation du droit au fait et aux réalités économiques. Elle est surtout la conséquence de la grande souplesse du droit des contrats spéciaux. Un nombre de textes limité, qu'ils soient inclus ou non dans le code civil, permet d'organiser et de régir des opérations de taille et de nature très différentes.

Le droit des contrats de construction rejoint d'ailleurs, d'un point de vue général, le droit commun. Qu'il s'agisse du droit des marchés privés, du droit applicable au secteur protégé ou aux marchés publics, la règle juridique a une constante qui la rapproche tant de l'idéal juridique que de l'idéal économique, le droit des contrats recherche un certain équilibre économique, il en va ainsi tout autant des contrats de construction. Cependant, cette recherche ne peut aboutir à résoudre toutes les difficultés, ne serait-ce d'ailleurs que parce que l'équilibre économique est une notion subjective et à bien des égards évanescente (3). Faute de pouvoir la consacrer (1), le droit des contrats de construction doit donc tenter de traiter des déséquilibres économiques (11).

### 1 - LA RECHERCHE DE L'EQUILIBRE ECONOMIQUE.

Le droit général des contrats présente nombre de mécanismes qui visent à assurer, autant que possible, l'équilibre économique. Certes, à l'origine, le but des dispositions du code civil relatives au contrat n'était pas d'assurer l'équité entre les prestations de chaque cocontractant. La théorie de l'autonomie de la volonté n'aboutit d'ailleurs que très partiellement à un équilibre économique. Peu importe, finalement, le résultat concret du contrat, dès lors que les cocontractants ont agi, l'un et l'autre, en toute connaissance de cause, sans erreur, sans dol et sans violence. La liberté de s'engager, dès lors qu'elle est respectée, prime le résultat concret de l'engagement. Cette autonomie de la volonté n'a cependant jamais totalement fait abstraction de l'équité. Ainsi, l'article 1131, selon lequel l'obligation sans cause, sur une fausse cause ou sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet est révélatrice de la volonté des rédacteurs du code civil de faire régner, en imposant une raison d'être à l'obligation, un minimum d'équité entre les parties (4). Par la suite, on sait l'importance que la jurisprudence donnera à l'équité au travers d'interprétations créatrices du code civil, comme celle de l'obligation de sécurité ou d'information (5). Le pouvoir modérateur du juge, notamment en matière de clauses pénales, et la théorie, relativement récente, de l'obligation essentielle (6) vont dans le même sens.

Mais, dans ce colloque organisé par l'Association Justice Construction, il ne saurait être question de s'appesantir davantage sur ce droit général des contrats. L'accent doit désormais être mis exclusivement sur les

3 cf Ghestin, : L'utile et le juste dans les contrats D 1982 chron. 1

4 cf en ce sens, Terré, Simier, Lequette op.cit n'a 28 ; les auteurs citent le discours préliminaire de Portalis, proclameront, à propos de cet article, « il n'y a de cause dans la vente, que lorsque le prix est en proportion avec la valeur de la chose vendue »

5 cf Terré, Simler et Lequette n° 429 et 430

6 cf déjà Jacques GHESTIN L'obligation et la sanction : la recherche de l'obligation fondamentale Mélange Reynaud 1985 p 273 et s.

mécanismes propres aux contrats de construction, qui recherchent l'équilibre contractuel tantôt en l'imposant tantôt en se contentant de le proposer.

#### *A - Le droit propose des règles d'équilibre économique*

Le contrat de construction de droit commun est le contrat d'entreprise, encore appelé dans le code civil « devis et marché ». Il n'est régi que par une vingtaine d'articles dont un quart environ (articles 1795 à 1799) n'ont guère d'utilisation pratique. Si l'on ajoute que 7 textes sont relatifs à la responsabilité des constructeurs, moins de 10 articles encadrent le contrat lui-même. Cette légèreté de la réglementation est la condition première de sa souplesse.

Il n'en demeure pas moins que le contrat d'entreprise est une enveloppe vide d'autant qu'un certain nombre de textes du code civil ne sont pas d'ordre public. Ce faible maillage légal laisse une part déterminante à l'autonomie de la volonté. Il pourrait permettre un certain nombre d'abus dans la mise en oeuvre des obligations, en contradiction avec la recherche de l'équilibre économique. Cependant, le droit permet de compléter ce socle contractuel minimal, par des règles supplétives de volonté, rassurantes pour les parties, même si elles s'avèrent insuffisantes au regard de l'objectif visé.

##### *1°) Des règles rassurantes.*

Les parties peuvent rechercher une certaine forme d'équilibre contractuel en enfermant leurs relations dans un réseau de clauses beaucoup plus denses. Elles peuvent également choisir de donner un caractère définitif aux éléments fondamentaux de leur relation contractuelle. Le cumul des deux techniques est, d'évidence, également possible.

Le maillage serré de la relation contractuelle suppose que les parties choisissent d'étoffer l'application des règles du seul code civil en intégrant au champ contractuel les dispositions d'un contrat type ou la rédaction de clauses contractuelles librement négociées. Cette dernière possibilité se rencontre très fréquemment dans des contrats importants. Elle se marie d'ailleurs souvent avec le choix de clauses types. L'accumulation, parfois excessive, de cahiers des clauses de diverses natures montre d'ailleurs que les parties supportent difficilement de livrer leurs relations contractuelles aux seuls articles du code civil.

Point n'est d'ailleurs besoin, pour elles, de rédiger une à une les clauses en question. Il leur est parfaitement possible de se référer à des contrats types ou à des normes dont la plus célèbre est d'évidence la norme NFP 03 001 dont la dernière version date du mois de décembre 2000. En acceptant de se référer ainsi à une telle norme, les cocontractants multiplient les mailles du filet de leurs relations contractuelles puisqu'elles passent de moins de 10 articles obligatoires à 41 pages d'articles et de clauses diverses, sans compter les annexes. Mais ce choix d'un contrat type ou d'une norme comme la norme NFP 03 001 n'est pas seulement dicté par la peur du vide juridique. Elle est également la marque d'une recherche d'équité. Les différentes versions de la norme NFP 03 001 montrent, en effet, une évidente recherche d'équilibre contractuel entre le maître d'ouvrage et le constructeur. Cette équité est la condition même de l'adoption de la norme par les parties, donc la clé de son succès. Dès lors, l'élaboration de la norme ne peut se faire que dans la recherche d'un équilibre entre le maître d'ouvrage et le constructeur. Il n'est donc pas surprenant de relever, à de nombreux égards, des parallèles fréquents entre les obligations de chacune des parties. Un équilibre des clauses est ainsi réalisé, même s'il présente, comme toute architecture juridique complexe, un aspect nécessairement assez formel.

Le régime du forfait des articles 1793 et suivants constitue une autre technique mise par le droit à la disposition des parties au contrat. Le forfait est, en effet, à certains égards, un équilibre économique accepté par les deux parties et figé. Il suppose, d'abord, que l'équilibre de la relation contractuelle entre le prix et les travaux ait pu être suffisamment apprécié par les parties, dans sa globalité. De là découle la nécessité que la relation contractuelle porte sur des travaux d'une ampleur significative. Le texte de l'article 1793 parle de la construction à forfait d'un bâtiment. Même largement interprété(7) il ne peut néanmoins s'appliquer à des travaux épars (8). La pertinence de l'acceptation suppose également que chaque partie ait pu déterminer exactement l'objet et l'ampleur de son engagement. Ainsi le plan doit-il avoir été arrêté et convenu (9). Cette exigence implique que l'entrepreneur ait su, avec exactitude, ce que le maître d'ouvrage attendait de lui, qu'il ait pu calculer, en toute connaissance de cause, le prix de la prestation qu'il allait proposer. Le prix global et définitif devient alors, pour le maître d'ouvrage, un élément déterminant de la relation contractuelle. Son acceptation est conditionnée à la confiance dans le caractère irrévocable d'un prix qui n'est pas calculé poste par poste, mais qui est clairement énoncé une fois pour toute (10).

7 cf considérant que l'article 1793 pouvait s'appliquer à de simples *travaux de bâtiment* : cf Cass 3e civ., 3 juillet 1991, *Bull III* n°200 p 117, *RTD Civ* 1992 410 obs Gautier, *RD Imm* 1991 497 obs Dubois, pour des travaux d'installation électrique d'un hôtel en construction; 15 dec 1993 *Mon TP* 6 mai 1994 p 63 pour des travaux d'aménagement d'un magasin, CA Paris, 15 juin 1995 *Jurisdata* n°021758, pour l'installation d'un réseau de télévision interne. Cf également pour une démolition d'usine et l'évacuation de déblais, Trib. Com. Nanterre, 16 janv, 1987, *jurisdata*, n° 04671 1; pour l'entretien de bacs à raffinerie: CA Rouen, 19 mars 1987, *jurisdata*, n° 042705. pour la pose de carrelages et de faïences: CA Poitiers, 4 juin 1986, *jurisdata*, n° 046362, pour une maçonnerie de camping: CA Poitiers, 2e ch., 19 mars 1986, *jurisdata*, n° 045202-, pour des aménagements dans un bar restaurant: CA Paris 19 mars 1986, *jurisdata*, n° 021922; pour le ravalement d'un immeuble: CA Paris, 18 mars 1987 *jurisdata*, n° 021038; pour la restauration d'une couverture et l'ouverture de quatorze lucarnes considérées comme des travaux de gros oeuvre: CA Versailles, 25 nov. 1988, *Gaz. Pal*, 4-5 août 1989, p.5-, pour un ensemble de pisciculture: CA Bordeaux, 26 juin 1989, *jurisdata*, n°44965, la Cour précisant qu'un bassin peut être considéré comme im bâtiment abritant des espèces animales y naissant et y vivant; contra, pour un refus de marché à forfait concernant des fouilles: CA Paris, 14 oct. 1983, *RD Imm*, 1984, 186, obs. Malinvaud et Boubli).

8 le forfait est ainsi exclu pour des travaux effectués dans un immeuble en copropriété et consistant en une rénovation ponctuelle sur parties privatives sans intervention sur les murs de refend ni sur les planchers : Cass. 3e civ, 23 juin 1999, *Bull III* n°147 p 102 *Constr Urb* 1999 n°265 obs Sizaire, *RD Imm* 1999 403 obs Boubli. *Défrénois* 1999 art 37055 obs Périnet-Marquet; Dans le même sens: CA Paris 12 sept 1994, *bull AMF* 1995 refusant d'appliquer l'article 1793 à l'aménagement d'une pharmacie et 8 juin 1995 *Jurisdata* n°022578 adoptant la même solution pour la réalisation d'un ascenseur. Il en va différemment lors de la construction même du bâtiment. Des lots de travaux comme le lot électricité peuvent être passés à forfait : Cass. 3e civ, 11 mars 1998 *RD Imm* 1998 255 obs Boubli)

9 Cass 3e civ., 12 déc. 1978, *RD Imm*, 1979, 207; 2 nov. 1982, *RD Imm*, 1983, 344, obs. Malinvaud et Boubli-, 5 oct. 1982, *RD Imm*, 1983, 63, obs. Malinvaud et Boubli; 13 juin 1990, *Alon. TP*, 5 octobre 1990, p. 77; 19 fév, 1992 *Gaz Pal* 1992 2 pan 165; il ne peut donc y avoir marché à forfait si les plans n'avaient aucun caractère contractuel: Cass 3e civ. 20 nov 1991, *Bull III* n°283 p 167, *RD Imm* 1992 214 obs Malinvaud et Boubli ou en cas d'envoi d'une simple illustration de magazine : CA Paris, 29 mars 2000 *Jurisdata* n° 114078

10 Le caractère global du prix exclut l'application de prix unitaires aux quantités réellement exécutées (Cass 3e civ., 26 févr. 1986, *RD Imm*, 1986, 362, obs. Malinvaud et Boubli, la solution est identique dans les marchés publics cf CE 13 mai 1987, *D.S.* 1987, som. com, p. 433, note Temeyre). Il rend inefficace l'erreur de calcul commise par un entrepreneur dans l'établissement des devis (Cass 3e civ, 25 oct 1972 D 1973 495 note Mazeaud-, CA Douai, 2e ch. 20 mars 1986, *jurisdata*, n°046988). En revanche, un forfait global peut être composé de forfaits partiels (Cass 3e civ, 12 mai 1996 *Bull civ I* n°286) mais est exclu dans l'hypothèse d'un simple devis du coût des travaux poste par poste (Cass 3e civ, 7 mai 1996 *RD Imm* 1996 571 obs Boubli). Le prix global peut être très inférieur à la valeur de la prestation effectuée (CA Versailles, 17 juin 1985, *RD Imm*, 1986, 72, obs. Malinvaud et Boubli).

Dès lors que chacun a ainsi pu mesurer, au regard de la prestation de l'autre, la pertinence de son engagement, cet équilibre accepté est figé. Comme l'indique l'article 1793 du code civil, le constructeur ne peut demander aucune augmentation de prix, ni sous le prétexte de l'augmentation de la main d'oeuvre ou des matériaux, ni sous celui de changements ou d'augmentations sur ce plan, si ces changements ou augmentations n'ont pas été autorisés par écrit et le prix convenu avec le propriétaire. Ce texte est appliqué strictement et l'on sait que la jurisprudence n'accepte la sortie du forfait qu'en cas d'accord exprès (11) d'acceptation tacite et non équivoques (12) ou, à défaut, de véritable bouleversement de l'économie du contrat (13), l'augmentation, même significative, des prestations n'étant jamais considérée comme entraînant justifiant la sortie du forfait (14).

Ce gel des dispositions contractuelles n'est, cependant, qu'une option offerte au libre choix des parties lorsque les conditions de l'article 1793 sont remplies. A contrario, dans les hypothèses où le forfait ne peut pas être choisi, le droit applicable aux contrats de construction reconnaît la possibilité de modifier des engagements contractuels de manière au moins partiellement unilatérale. Le prix est alors censé s'adapter aux quantités réellement exécutées, ce qui rend l'équilibre contractuel bien fragile. Cependant, même lorsque le forfait a été choisi, et qu'il s'intègre dans un maillage contractuel plus serré, comme celui des clauses AFNOR 03 001, l'équilibre contractuel n'est pas nécessairement atteint.

11) Celui-ci doit résulter d'un *ordre écrit* (Cass 3e civ., 21 janv. 1984, *RD Imm*, 1984, p. 412, obs. Malinvaud et Boubli, CA Paris, 17 mars 1982, *RD Imm*, 1983, p. 63, obs. Malinvaud et Boubli; 13 juillet 1983, *RD Imm*, 1984, p. 4181, obs. Malinvaud et Boubli, Cass 3e civ., 6 déc. 1989, *Gaz. Pal.*, 1989-1. Pan p. 36, *JCP*, 1990, IV 43. Il peut découler de certaines clauses du contrat initial: CA Paris, 15 juin 1995 *Jurisdata* n°021758. La seule mention OK en marge d'un procès verbal de chantier est insuffisante: Cass 3e civ, 5 juin 1996 *Bull* 111 n°136 p 88) *émanant du maître d'ouvrage lui-même (Le contrat de louage d'ouvrage ne confère pas, en effet, de plein droit mandat au maître d'oeuvre de représenter le maître de l'ouvrage au fins de passer commande de travaux supplémentaires: Cass. 3e civ. 17 fev 1999 Bull 111 n°40 p 27.*

12 par exemple absence de protestation à la réception et paiement du solde du prix-. Cass 3e civ., 13 mai 1981, *RD Imm*, 1982, p. 382. CA Orléans, 17 mars 1992 *RD Imm* 1992 80 obs Malinvaud et Boubli-, présence du maître d'ouvrage lors des réunions de chantier et acceptation sans réserves: Cass 3e civ 15 nov 1995 *Mon TP* 16 FeN, 1996 p 63; déclaration d'acceptation faite par le maître d'ouvrage à l'expert commis dans le cadre du différént : Cass 3e civ', 15 jan 1997 *RD Imm* 1997 obs Boubli. Des versements effectués avant l'apurement définitif des comptes ne peuvent, en revanche, être considérés comme valant accord tacite: Cass. 3e civ, 13 mai 1981, *RD Imm*, 1981, p. 518, obs. Malinvaud et Boubli; ni, bien sûr, la simple utilité des travaux: cf pour un marché public, CE, 26 sept. 1986, D 1987, Som. com, p. 280, obs. Temeyre; cf toutefois CE, 16 janv. 1987, *Gaz Pal.*, 1987, Pan, *Mon. TP*, 15 mai 1987, p. 69

13 Tel est le cas, par exemple, pour des modifications d'une ampleur exceptionnelle effectuées à la demande du maître de l'ouvrage mais sans son accord exprès à la sortie du forfait: Cass 3e civ., 18 juin 1986, *Mon. TP*, 8 août 1986, *RD Imm*, 1986, p. 465; 4 mai 1988, *Mon. TP*, 9 sept. 1988, p. 5 l, lorsque ni les plans originaires ni les descriptifs n'ont été respectés et qu'à la demande du maître d'ouvrage la nature et le volume des prestations fournies par chaque entrepreneur ont été modifiées de manière considérable: Cass 3e civ 8 mars 1995 *Bull* 111 n°73 p 49, *RD Imm* 1995 749 obs Malinvaud et Boubli -, pour des travaux supplémentaires de 574 000 F alors que le montant du marché était de 807 000 F : Cass. 3' civ, 11 oct 2000, *RD Imm* 2001 54, *Constr Urb* 2001 n°5 obs Cornille -, ou, dans l'hypothèse d'un doublement du volume des travaux: Cass 3e civ, 12 mars 1997, *Bull* 111 n°54 p 34, *RD Imm* 1997 445 obs Boubli

14 Le bouleversement de l'économie du contrat n'est pas retenu dans l'hypothèse où un dépassement de 26,5 % est constaté : Cass. 3' civ, 20 jan 1999 *Bull* 111 n°16 p 11, *RD Imm* 1999 254 obs Boubli, *Constr Urb* 1999 n°120 obs Cornille. *Défrénois* 2 000 p 1 128 obs Périnet-Marquet ; ou pour des travaux supplémentaires de 6,5 millions de francs dans un marché de 200 millions: CA Paris, 15 mars 2000 *AJDI* 2000 435

*2') les règles d'équilibre économique proposées par le législateur sont en effet insuffisantes .*

Le choix des parties demeure, en toute hypothèse, libre sur l'aspect déterminant que constitue le prix de la prestation. Même global et définitif, celui-ci est choisi avec tous les aléas de la liberté contractuelle et, en particulier, les incidences du poids économique de chacune des parties. En vertu du forfait et des clauses types, le contenu de chacun des plateaux de la balance est connu avec précision. Pour les mêmes raisons, l'équilibre entre ces plateaux est définitivement figé durant toute la relation contractuelle. Cependant, rien ne dit que cette situation contractuelle figée reflète l'équilibre économique. Le forfait peut révéler le travail à perte de l'entrepreneur ou, à l'inverse, un prix excessif de la prestation. Le droit se doit donc d'aller plus loin et d'imposer certaines règles d'équilibre.

#### *B - Le droit impose certaines règles d'équilibre économique-*

Pour assurer l'équilibre économique, le législateur peut imposer le contenu du contrat et régir ainsi, à sa façon, les règles internes à la relation contractuelle. Mais il lui est également nécessaire d'offrir aux cocontractants un large choix de partenaires potentiels en faisant respecter, autant qu'il est possible, les règles de la concurrence.

##### *1) Règles internes.*

Un certain nombre de contraintes légales pèsent, tout d'abord, sur les constructeurs. En premier lieu, la valeur économique de chaque obligation doit nécessairement tenir compte du contenu obligatoire du contrat. L'une des prestations étant imposée, la contre prestation en est nécessairement affectée. Les exemples sont, en la matière, nombreux, même s'ils ont tous un champ d'application commun : le secteur protégé. Lorsque le maître d'ouvrage fait construire un logement pour lui-même ou l'un de ses proches, le constructeur n'a tout d'abord pas le choix du type de contrat. S'il vend le terrain au maître d'ouvrage directement, la vente d'immeuble à construire lui est imposée avec toutes ses règles impératives<sup>(15)</sup>. S'il fournit le plan de la construction, le contrat de construction de maisons individuelles est obligatoire, même s'il procure indirectement le terrain <sup>(16)</sup>. Dans ces deux hypothèses, le contenu du contrat est minutieusement réglé par la loi, notamment en ce qui concerne les prestations que doit obligatoirement fournir le constructeur. Le législateur va d'ailleurs, dans certains cas, particulièrement loin, dans la mesure où le contrat de construction de maisons individuelles oblige le constructeur à distinguer les travaux qui sont compris dans le prix et les autres, à chiffrer ces derniers, et à prendre l'engagement de les réaliser si le maître d'ouvrage le lui demande <sup>(17)</sup>. De même, dans le secteur protégé, la trésorerie du constructeur est affectée par des règles légales obligatoires. La loi lui interdit de recevoir des versements précoces, les limite ou les conditionne à la fourniture d'une garantie de remboursement. Les versements sont eux-mêmes soumis à un échelonnement obligatoire civilement et pénalement sanctionné. Cette proportionnalité impérative entre les versements effectués et l'avancement des travaux conduit nécessairement à ce que la rentabilité de l'opération, et donc le prix fixé par le constructeur, tienne compte du coût du financement bancaire corrélatif nécessaire.

15 art L 261-10 CCH

16 art L 231-5

17 art L 231-2

Mais les contraintes juridiques à impact économique ne visent pas que les seuls constructeurs. Le législateur, conscient du risque d'inexécution des contrats et des faillites en chaîne qui s'ensuivent, a adopté plusieurs règles pour tenter de sécuriser économiquement celui qui, en cas d'inexécution du contrat, ne peut reprendre sa prestation, c'est à dire le constructeur. Tel est l'unique objet de l'article 1799-1 du code civil qui s'applique aux maîtres d'ouvrage professionnels tout comme aux maîtres d'ouvrage non professionnels dès lors qu'ils recourent à un prêt. Le droit de la sous-traitance, de son côté, répartit les contraintes juridiques, et donc économiques, sur l'entrepreneur principal et le maître d'ouvrage. L'obligation de faire accepter et agréer le sous-traitant, de fournir une caution ou une délégation de paiement est, en premier lieu, celle de l'entrepreneur principal. Mais, en vertu de l'article 14-1, cette obligation pèse également, et avec les sanctions sévères que la jurisprudence lui confère<sup>(18)</sup>, sur le maître d'ouvrage.

Ces règles visant une certaine forme d'équilibre interne des prestations économiques ne permettent cependant que très partiellement d'atteindre le but d'un équilibre idéal. Deux phénomènes viennent en effet limiter leur impact.

En premier lieu, toutes les règles d'ordre public des contrats de construction ne sont que des restrictions et des habillages d'un libéralisme économique affirmé. Le principe sur lequel nos sociétés occidentales ont basé leur croissance reste en effet celui selon lequel l'Etat intervient le moins possible dans la vie économique. A cet égard, l'article 1er de l'ordonnance de 1986 conserve toute sa valeur. Les prix sont et demeureront libres. Le contrat peut donc être déséquilibré. Ce droit au déséquilibre par distorsion entre la valeur objective de la prestation réalisée (tant est qu'elle soit toujours mesurable) et le prix offert en contre partie est un corollaire nécessaire de la philosophie libérale qui est celle du législateur.

La marge de manoeuvre des pouvoirs publics est, en second lieu, d'autant plus faible que le secteur de la construction est un domaine dans lequel l'interventionnisme juridique excessif se heurte souvent à la dure réalité des faits. Ses acteurs ne montrent pas toujours un fort empressement pour adopter et supporter les contraintes nouvelles qui leur sont imposées. Une fuite devant les conséquences économiques jugées excessives des contraintes juridiques se manifeste ainsi souvent. Nul besoin de longue démonstration pour constater que la sous-assurance chronique des maîtres d'ouvrage est due essentiellement au coût de cette dernière et que des dizaines de milliers de maisons individuelles échappent au contrat censé normalement les régir en conséquence de l'impossibilité pour les constructeurs de trouver une assurance dommages-ouvrage et une garantie de livraison, ou de les obtenir à un coût acceptable. Ces dérives montrent les limites d'un alourdissement des règles obligatoires du contrat. Rien ne sert de renforcer le juridique lorsque le seuil d'intolérance économique est déjà atteint. Il paraît donc vain d'espérer une sensible amélioration des règles internes d'équilibre.

<sup>18</sup> Le maître d'ouvrage qui n'a pas rempli ses obligations doit indemniser le sous traitant qui n'a pu disposer ni d'une caution ni d'une délégation de paiement à concurrence du solde du prix des travaux lui restant dû (Cass 3e civ, 5 juin 1996, *Bull* 111 N° 34 p 87, *JCP* 1996 II 22715 obs Périnet-Marquet, *RD Imm* 1996 573 obs Boubli -, 29 janvier 1997, *BWI* 111 n°25 p 15, *RD Imm* 1997 235 obs Boubli -, 20 jan 1999 *RD Imm* 1999 255 -, 14 avril 1999 *Défrénois* 1999 art 37055 n°33 obs Périnet-Marquet -, 4 novembre 1999 *AJD* 1999 1166 ; 22 nov 2000 *RD Imm* 2001 p 57 obs Périnet-Marquet; CA Paris, 12 juin 1996 *Jurisdata* n°021 ; 28 mai 1998 *Jurisdata* n°021438 -, 12 juin 1998 *RD imm* 1998 640 obs Boubli ; 16 juin 2000 *AJD* 2000 739 ; CA Versailles 19 juin 2000 *Gaz Pal* 1 - 4 nov 2000 p 34 ; CA Toulouse, 26 mai 1997 *RD Imm* 1998 256 obs Boubli -, 753 ; CA Basse Terre 18 juin 1997 *Gaz.- Pal* 6-7 mai 1998 p 10).

## 2') Règles externes.

L'idéal libéral, en matière économique, suppose en effet, pour pouvoir développer tous ses fruits, qu'une saine et juste concurrence voit ses principes respectés. Il ne saurait, d'évidence, être question, dans le cadre de ce bref exposé, de reprendre ne serait-ce que l'essentiel des règles de concurrence applicables tant en droit interne qu'en droit communautaire. Les acteurs de la construction savent pertinemment que leur secteur est l'un de ceux où la surveillance exercée par les autorités nationales ou européenne est la plus stricte. Il n'est besoin que de rappeler les décisions rendues à plusieurs reprises par le Conseil de la Concurrence sur plusieurs séries de prix (19) où celles adoptées par la Commission de Bruxelles en matière de marchés publics. L'accent sera simplement mis sur certaines difficultés d'application du droit de la concurrence au secteur de la construction qui, sans lui être totalement propre, s'y avèrent particulièrement importantes.

Les règles de concurrence visent, d'une manière détournée mais réelle, à ce que soit choisi l'entreprise offrant au maître d'ouvrage le meilleur équilibre économique. Mais se pose alors immédiatement la question de déterminer les critères qui permettent de qualifier la meilleure offre économique. Pendant longtemps, la tendance a été de privilégier un critère purement quantitatif. Tel n'est plus le cas aujourd'hui. Ainsi, l'article 53 du nouveau code des marchés publics découlant du décret du 7 mars 2001, fournit les critères d'évaluation d'une offre suivant : *coût d'utilisation, valeur technique, délai d'exécution, qualités esthétiques et fonctionnelles, rentabilité, service après-vente et assistance technique, date et délai de livraison, prix des prestations*. Ainsi le critère quantitatif du coût est passé en dernière position et celle-ci n'est évidemment pas le fait du hasard. La législation communautaire va dans le même sens. L'accent ainsi mis sur un équilibre économique global où le qualitatif tient une place au moins aussi grande que le quantitatif, c'est à dire le seul prix, est un pas important vers une conception moderne de l'équilibre économique du contrat de construction. Il se heurte néanmoins à des obstacles non négligeables.

Le poids de l'habitude ne peut, en la matière, être méconnu. Le caractère plus aléatoire, plus subjectif, du critère qualitatif est également un élément important. En matière de marché, et notamment de marché public, le risque pénal est aujourd'hui omniprésent dans les esprits. Face à un soupçon de favoritisme, il pourra paraître difficile à certains élus de démontrer que le choix de l'entreprise la mieux disante était fondé sur des critères objectifs alors que quasiment aucune discussion ne sera possible si le marché a finalement été attribué à l'entreprise la moins disante. Le caractère objectif du critère quantitatif est rassurant pour le maître d'ouvrage. De plus, même si, passant outre ce risque, il choisit de privilégier, comme le nouveau code des marchés publics le lui impose, un critère qualitatif, il se heurte alors à la difficulté de, si l'on peut dire, quantifier le qualitatif. Globalement la démarche du maître d'ouvrage sera, en effet, dans cette hypothèse, de choisir le meilleur rapport qualité prix. Mais si le prix est facilement comparable, il n'en va pas de même de la qualité. La tâche est redoutable et sera souvent jugée trop subjective pour que le maître s'en remette à sa propre appréciation. D'où le succès des labels et qualifications auxquels les constructeurs s'adonnent volontiers. Mais se manifeste alors un paradoxe. Ces indicateurs

19 cf la décision du Conseil de la concurrence 97 D 41 BOC 30 juillet 1997 condamnant les séries de prix de certains syndicats d'entrepreneurs et celle 99 D 08 du 2 fev 1999 avion TP 2 juil 1999 TO p 360 condamnant celle de l'académie d'architecture

de qualité, instruments indispensables de libre choix en droit de la concurrence, apparaissent, en même temps, en eux-mêmes, comme des atteintes à une libre concurrence (20). Il est vrai qu'une qualification nationale, ou tout au moins délivrée par un organisme national, peut être une restriction (21) déguisée à la concurrence communautaire en défavorisant les entreprises étrangères. De plus, les enjeux économiques du système de qualification lui-même sont réels. Sans qu'il soit nécessaire d'entrer dans les détails de cette question complexe, la décision de conférer la même valeur à des qualifications professionnelles tenues par un organisme professionnel que celles qui provenaient de QUALIBAT 22 montre le malaise actuel de ce secteur et la difficulté de trouver un système satisfaisant de quantification du qualitatif.

20 La recommandation numérotée 1-99 « Maître d'ouvrage public » proposée par le G.P.E.N - travaux et maîtrise d'oeuvre et adoptée le 7 octobre 1999 par la section technique de la Commission centrale des marchés (Moniteur des T.P. supplément T.0, p 494) précise d'ailleurs que « Pour les marchés de travaux, sauf exception, il n'y a pas à exiger la certification pour faire partie du système qualité d'un candidat (référence à une norme de la série NF, EN ISO 9000). Dans les cas exceptionnels où le maître de l'ouvrage exprime une exigence relative au système qualité, les candidats doivent être admis à en justifier par d'autres moyens que des certifications. Le faible nombre d'entreprises de travaux titulaires aujourd'hui d'une telle certification conduirait à trop limiter la concurrence. Par ailleurs, ces certifications portent sur des périmètres fort variables qui sont d'appréciation difficile par les maîtres d'ouvrage et pourraient conduire à des décisions malfondées. Il est rappelé que la gestion et l'assistance de la qualité lors de la passation et de l'exécution des marchés de travaux font l'objet de la recommandation TI -8 7 de la G. C. N. ». La décision du Conseil de la concurrence du 8 février 2001 (Mon TP 2001 TO p 369) concernant les identifications professionnelles délivrées par la FNTP va dans le même sens 21 cf CJCE 26 septembre 2000, aff C225/98 Commission contre France qui précise : La Commission fait valoir qu'un grand nombre d'avis de marché examinés procèdent, sous la rubrique «Objet du marché. Désignation des lots et qualifications», par référence à des classifications d'organismes professionnels français, notamment l'OPOCB et Qualibat - Qualifélec. À titre d'exemple, la Commission cite la qualification «Qualibat chauffage 5312», qui correspond à un bureau d'étude de technicité confirmée en génie climatique disposant d'au moins quatre ans de pratique et d'une position 6 dans la convention collective ETAM des Bâtiment et travaux publics.

Certes, les autorités françaises auraient précisé, dans leur réponse à la lettre de mise en demeure, que «ces avis n'indiquent pas que les certificats susceptibles d'être pris en considération sont exclusivement les certificats délivrés par Qualibat ou Qualifélec». La Commission considère néanmoins que les spécifications techniques retenues par les pouvoirs adjudicateurs en cause peuvent avoir pour effet défavoriser les entreprises nationales, qui ont connaissance de ce système de certification de qualité et ont coutume de présenter des productions ou prestations conformes aux références demandées dans l'avis de marché...

En l'occurrence, s'il est vrai que la référence à des classifications d'organismes professionnels nationaux n'implique pas que les certificats susceptibles d'être pris en considération sont exclusivement ceux délivrés par ces organismes, il n'en reste pas moins que les spécifications techniques retenues sont tellement particulières et abstraites que, en principe, seuls des candidats français peuvent immédiatement déceler leur importance. Par conséquent, l'utilisation de ces références pour la désignation des lots a pour effet de fournir plus d'informations aux entreprises françaises sur la nature des lots, rendant ainsi plus facile pour ces dernières de soumettre des offres conformes aux références codifiées figurant dans l'avis de marché.

En revanche, il est plus difficile pour les soumissionnaires des autres Etats membres de déposer des offres dans le bref délai imparti puisqu'ils doivent d'abord s'informer auprès des pouvoirs adjudicateurs en cause sur l'objet et le contenu de ces références. En revanche, il est plus difficile pour les soumissionnaires des autres Etats membres de déposer des offres dans le bref délai imparti puisqu'ils doivent d'abord s'informer auprès des pouvoirs adjudicateurs en cause sur l'objet et le contenu de ces références.

Dès lors, dans la mesure où la désignation des lots par référence à des classifications d'organismes professionnels nationaux est, susceptible d'avoir un effet dissuasif à l'égard des soumissionnaires non nationaux, elle constitue de ce fait une discrimination indirecte et, donc, une restriction à la libre prestation des services, au sens de l'article 59 du traité.

Par conséquent, il convient de constater que le grief de la Commission relatif au mode de désignation des lots est fondé et que la République française a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 59 du traité.

22 Décidé par un arrêté du 7 novembre 2001 Cf Mon TP 23 novembre 2001 p 20. Cet arrêté vient d'être attaqué par Qualibat devant le juge administratif

Les règles externes d'équilibre si elles sont mieux respectées ne sauraient donc aboutir à un équilibre contractuel parfait. L'équilibre est d'ailleurs, à bien des égards, au moins dans sa conception la plus exigeante, un leurre. Le libéralisme économique laisse les parties libres d'instaurer leurs relations contractuelles dans un certain déséquilibre, voire un déséquilibre certain. Le droit ne saurait remettre en cause cette option sous peine d'ailleurs de se contenter de remplacer la vision subjective de l'équilibre que pourrait avoir les parties au contrat par la vision tout aussi subjective du juge. En définitive, même si le droit doit tout faire pour se rapprocher de l'équilibre contractuel, il ne saurait ériger ce dernier en absolu. Cette impossibilité, tout comme la survenance postérieure d'événements imprévus, l'obligent parallèlement à imaginer des traitements efficaces des déséquilibres les plus marquants des relations contractuelles.

## II - LE TRAITEMENT DES DESEQUILIBRES.

Le déséquilibre contractuel peut, en matière de construction, avoir une double origine. Dans une première série de cas, le contrat a été voulu par les parties, comme équilibré. Cependant, des événements postérieurs à sa signature amènent à la création d'un déséquilibre plus ou moins prononcé que le droit doit gérer. Dans d'autres hypothèses, le déséquilibre est délibérément voulu par les parties ou, plus exactement, imposé par une partie et accepté, souvent à son corps défendant, par l'autre. Le traitement de ces deux ordres de déséquilibre est évidemment de nature différente.

### A - Le traitement des déséquilibres subis.

Le traitement des déséquilibres subis, intervenant après la signature du contrat, est globalement défavorable au constructeur. A partir du moment où l'équilibre économique du contrat est fixé, fusse de manière critiquable ou injuste pour l'une des parties, le contrat doit être exécuté : *Pacta sunt servanda*. Les éléments postérieurs n'ont pas d'influence sur cette règle. Trois exemples le démontrent en matière de construction.

Tout d'abord, le constructeur, dans l'hypothèse d'un marché à forfait, prend à sa charge les travaux supplémentaires nécessaires mais qui n'ont pas été prévus ou intégrés dans la fixation du prix. Cette règle, appliquée sans aucune faiblesse par le juge judiciaire, est une garantie évidente de la stabilité contractuelle, inhérente à la notion même de forfait. Tous les éléments postérieurs susceptibles d'affecter le contrat, même ceux qui s'avèrent imprévisibles, sont à la charge de l'entrepreneur. Cette règle, qui n'est pas suivie dans les marchés publics 24 peut paraître extrêmement sévère. Cependant, elle est corroborée par celle posée par l'article 1788 du code civil. Ce texte précise que *si, dans le cas où l'ouvrier fournit la matière, la chose vient à périr de quelque manière que ce soit, avant d'être livrée, la perte en est pour l'ouvrier, à moins que le maître ne fut en demeure de recevoir la chose. Il n'est en définitive que l'application de l'adage res perit debitori*. L'ouvrage non encore livré, qui disparaît par force majeure, ne peut être payé par le maître d'ouvrage. Cette perte en est donc pour le constructeur. Il est dès lors logique que les difficultés d'exécution du contrat, même

23 Il décide, en effet, que le manque de prévision de l'entrepreneur n'est pas de nature à entraîner la modification du caractère forfaitaire du contrat (Cass. 3<sup>e</sup> civ, 6 mai 1998 Bull 111 n°94 p 64, RD Imm 3/98 obs Boubli). L'entrepreneur a l'obligation de prévoir, dans le montant de son forfait tous les travaux nécessaires à l'exécution de l'ouvrage selon les règles de l'art (Cass 3<sup>e</sup> civ, 17 nov 1999 RD Imm 2000 52)

24 art 19 du nouveau code des marchés publics et art 255 bis de l'ancien code

imprévisibles, suivent le même régime que la destruction tout aussi imprévisible et extérieure de l'ouvrage déjà exécuté en partie mais pas encore livré. La même règle a d'ailleurs été étendue par la jurisprudence à l'hypothèse où, pour une raison indépendante de sa volonté, le vendeur d'immeuble à construire se trouve dans l'impossibilité de livrer à l'acquéreur le bien promis (25). Bien que le terrain soit immédiatement transféré à l'acquéreur et que, en vertu de l'article 1601-3 du code civil, les constructions deviennent immédiatement sa propriété par accession, la Cour de Cassation a refusé ici d'appliquer l'adage *Res petit domino*. Elle a considéré, en effet que, quelle que soit sa qualification et sa place dans le code Civil, le contrat était avant tout un contrat d'entreprise. Devait donc s'appliquer, là encore, l'adage *Res perit debitori*. Le vendeur d'immeuble à construire, dans l'incapacité de livrer la construction promise, ne peut donc, pas davantage que l'entrepreneur, en réclamer le prix.

Cette sévérité à l'égard du constructeur, conforme aux règles générales du droit contractuel, est cependant atténuée dans deux cas. Le prix peut tout d'abord être redéfini dans l'hypothèse d'un bouleversement de l'économie du contrat. Le contrat de construction est pourtant un contrat commutatif assorti de nombreux aléas techniques. Cependant, lorsque les aléas proviennent du maître d'ouvrage lui-même (26) lorsque le bouleversement de l'économie du contrat découle de ses propres désirs informels et excessifs, la Cour de Cassation considère que l'équilibre initial du contrat disparaît et que ce déséquilibre créé par le maître d'ouvrage lui-même doit être supporté par lui. Mais encore faut-il que ce bouleversement soit d'une importance telle qu'il ne prête pas à discussion (27). L'importance du changement doit en effet être la preuve même de la volonté du maître d'ouvrage qui ne s'est traduite ni dans un ordre exprès ni dans une acceptation tacite mais non équivoque. De ce point de vue, le bouleversement de l'économie du contrat n'est pas une exception au traitement globalement défavorable au constructeur des déséquilibres subis. Elle est simplement l'illustration de ce que le constructeur n'a pas à supporter les conséquences d'un contrat qui n'a pas été respecté par le maître d'ouvrage lui-même.

Le nouvel article 9.1.2 de la norme AFNOR de décembre 2000 se situe dans une perspective différente. Il précise que *le prix rémunère l'entrepreneur de tous ses débours, charges et obligations normalement prévisibles*. Il vise, en effet, à anticiper le traitement des déséquilibres contractuels postérieurs à la signature du contrat. Il instaure une sorte de forfait imparfait. L'engagement des parties est, en effet, limité à ce qui était prévisible au moment où il a été conclu. La théorie administrative de l'imprévision a sans doute fait des émules en droit privé. Par ce biais, la norme AFNOR, en traitant différemment du déséquilibre résultant d'un événement subi, aboutit, en fait, à modifier le point d'équilibre des relations contractuelles. Les risques ne sont plus supportés par le débiteur de l'obligation mais par le maître lui-même. *Res perit domino* sauf que le *dominus* n'est pas, en l'espèce, le propriétaire mais le maître d'ouvrage qui peut être juridiquement une personne différente. Se confirme ici l'idée, émise plus haut, selon laquelle le recours à la norme AFNOR peut être considéré comme la marque d'une volonté d'équilibre entre les parties. Cependant, cette recherche d'équilibre peut être perturbée par un déséquilibre voulu alors par l'une des parties, dont il faut maintenant voir le traitement,

#### *B - Traitement des déséquilibres voulus.*

25<sup>e</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ, 11 oct 2000 *Bull III* n° 163 p 113, *JCP* 2001 *II* 10465 note Malinvaud, *Constr Urb* 2000 n°292 obs Sizaire

26 Le bouleversement du marché à forfait ne doit cependant pas provenir d'un tiers au contrat : Cass. 3<sup>e</sup> civ, 6 déc 2000 *Bull III* n°183 p 129

27 cf, supra la jurisprudence citée note 12

Deux situations de déséquilibre sont envisageables selon que la partie désavantagée est l'entrepreneur ou le maître d'ouvrage. Le déséquilibre au profit de l'entrepreneur ne se constate en réalité, que dans deux situations bien différentes. Il peut se manifester, tout d'abord, pour des travaux d'entretien ou de réalisation de petits ouvrages lorsque le constructeur, l'entrepreneur, abuse de sa position de professionnel à l'égard du consommateur. Ce prix excessif de petits travaux relève, alors, du droit de la consommation. Une certaine forme de déséquilibre économique peut également se constater dans les périodes, hélas, trop rares pour les constructeurs, où ceux-ci se trouvent dans l'impossibilité de satisfaire toutes les demandes qui leur sont formulées et disposent alors, d'une marge de négociation des prix plus importante. Mais dans le plupart des cas, au moins depuis les années 80, le marché de la construction s'avérant relativement difficile, le pouvoir économique appartient davantage au maître d'ouvrage qu'au constructeur. Le déséquilibre est donc, souvent, imposé par le premier au second.

Des marchés de travaux peuvent donc être conclus à des conditions économiques impossibles pour le constructeur. Pour employer une expression technique usuelle, le prix devient anormalement bas. Or, la lutte contre ce phénomène est extrêmement difficile, comme le montre le droit des marchés publics. L'intérêt à court terme du maître d'ouvrage joue, ici un rôle déterminant. Certes, un prix trop bas peut avoir des conséquences néfastes pour lui. Lorsque le marché dont les prix ont été trop tirés ne peut être réalisé par l'entrepreneur lui-même, un recours massif à la sous-traitance occulte se produit, pouvant conduire le maître d'ouvrage vers les sanctions de la non-application de l'article 14-1 de la loi de 1975 citée plus haut. Mais la conséquence la plus évidente, celle de la mauvaise qualité du travail réalisé, ne sera pas toujours supportée par le maître d'ouvrage.

La conclusion délibérée d'un marché à un prix anormalement bas pourrait être considérée comme une prise de risques, au sens juridique du terme, supprimant toute responsabilité des constructeurs en cas de mauvaise exécution du chantier. Cependant, la jurisprudence est, en la matière, très claire. La prise de risques suppose que le maître d'ouvrage ait été clairement averti, par au moins un des constructeurs, des conséquences néfastes de ses choix (28). Tel ne sera pas le cas en matière de prix normalement bas. Un entrepreneur, peut difficilement avertir le maître d'ouvrage que, au prix proposé, la construction ne peut être de qualité. La nécessité pour lui d'obtenir le marché le conduira au silence. Faute de conseil donné, la théorie des risques ne pourra donc s'appliquer. Le constructeur sera ainsi responsable de la mauvaise qualité de sa construction.

Mais, en réalité, cette responsabilité théorique sera, en pratique, souvent déviée sur un tiers. Le droit de la responsabilité des constructeurs et de l'assurance construction permet, en effet, un transfert aisé de cette conséquence de la non qualité. Le constructeur et le maître d'ouvrage qui acceptent, en connaissance, plus ou moins grande, de cause un prix irréaliste savent pertinemment que les inévitables désordres seront couverts par l'assurance construction. Cette dernière ne manquera pas de prendre à sa charge non seulement les malfaçons réalisées mais également les ouvrages manquants nécessaires pour éviter au dommage de se reproduire(29).

28 Cass. 3<sup>e</sup> civ., 9 juin 1999, *Bull* 111 n°132 p 90 *RD Imm* 1999 410 obs Malinvaud, *Constr Urb* 1999 n°269 obs Cornille, *Défrénois* 1999 art 37055 obs Périnet-Marquet ou le conseil donné par un bureau d'études exonère l'architecte; CA Paris, 14 mai 1997 *RD Imm* 1997 587 obs Boubli, 589 obs Malinvaud

29 Cf. Cass Ire civ., 1er déc. 1987, *RGAT*, 1988, 54, obs. Bigot; Cass Ire civ. 22 nov 1989 *Bull* 1 N° 354 p 238, *RGAT* 1990 135 obs Bigot-, 3 fev 1993 *Bull* 1 n°50 p 33, *RD Imm* 1993 239 obs Leguay, *RGAT* 1994 304 obs Bigot. Toute clause contraire d'un contrat d'assurance obligatoire est donc réputée non écrite: CA Paris, 14 juin

Un transfert de risque sur l'assureur se produit donc. Il ne peut d'évidence se perpétuer. L'assureur, échaudé par la mauvaise qualité des réalisations d'un constructeur, refusera à l'avenir de l'assurer ou lui appliquera un tarif dissuasif. Mais le maître d'ouvrage qui aura utilisé ce mauvais constructeur en tirera tout le bénéfice qu'il avait escompté.

De plus, dans une opération un tant soit peu importante de construction, les entrepreneurs ne sont pas seuls en cause. Architectes et techniciens les accompagnent de leurs prestations intellectuelles. Une autre forme de transfert de responsabilité se produit alors fréquemment. Face au mauvais travail de l'entreprise ayant traité à bas prix, les juges font supporter à l'architecte une part de responsabilité, soit au titre d'un mauvais choix d'entreprises, soit au titre d'un défaut de surveillance. De même, le contrôleur technique sera rarement épargné. Dans l'hypothèse d'une assurance insuffisante, voire inexistante, de l'entrepreneur responsable, le maître d'ouvrage se retrouve donc face à plusieurs *solvens* potentiels et, quant à eux, parfaitement assurés. Le prix anormalement bas de la prestation de l'entrepreneur conduit alors, quelques années plus tard, à une prime d'assurance de l'architecte ou du contrôleur anormalement haute. L'interdépendance économiquement existante entre les contrats passés par les divers constructeurs avec le maître d'ouvrage se mesure ainsi. L'article 1165 précise pourtant que *les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; Elles ne nuisent point autrui et ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121*. Mais l'application de ce texte doit être fortement nuancée au regard de ce qui vient d'être dit en matière de contrat de construction. Le déséquilibre d'un contrat voulu par le maître d'ouvrage ne manquera pas d'avoir un impact certain tant dans le contrat d'assurance dommages ouvrage que dans d'autres contrats de construction et d'assurance de responsabilité, ce qui est anormal.

En conclusion, les aspects économique du contrat dépendent, on le voit, beaucoup des rapports de force des signataires du contrat. Or, le droit de la construction est de ce point de vue trop encore marqué par l'idéologie du code civil. Aujourd'hui, le bon père de famille qui doit être protégé contre l'entrepreneur, l'est au titre des contrats spéciaux du droit de la construction. Mais, fréquemment, le maître d'ouvrage professionnel, souvent une personne morale, dispose d'une autre puissance économique que la plupart des constructeurs et peut imposer son point de vue. Cette réalité doit, compte tenu du principe fondamental de liberté des prix, être acceptée dans son principe. Il est parfaitement normal qu'un constructeur qui a mal calculé ses coûts fasse une mauvaise affaire contractuelle ou que s'applique aux relations contractuelles l'adage *res perit debitori*, dès lors que les conséquences de cette règle juridique peuvent être, d'un point de vue global intégrées dans les coûts des entreprises. Il est en revanche peu satisfaisant que le choix délibéré et imposé de prix artificiellement bas n'ait pas de sanctions directes et que des tiers à une relation contractuelle puissent se retrouver otages économiques de ce choix avantageux. Dans une logique libérale, l'adoption d'un prix bas n'est pas interdite en elle-même, les entreprises et les professionnels étant présumés libres de leur choix. En revanche, celui qui accepte et surtout celui qui impose un prix totalement déconnecté de la réalité économique doivent supporter seuls les conséquences qui peuvent en résulter. La mauvaise qualité des travaux effectués ne doit pas être transférée sur d'autres constructeurs ou leurs assureurs

---

2000 AJDI 2000 740. cf sur la question les articles de S. C. Chetivaud-David, JCP, 1985, I, 3175 et G. Leguay. " la question de l'absence d'ouvrage ", *RD Imm*, 1987, p. 15; G. Leguay et J.M. Berly, " État de la jurisprudence judiciaire en matière d'absence d'ouvrage ", *RD Imm*, 1989, p. 13-, J Bigot Assurance de dommages et principe indemnitaire *RGA T* 1993 606 ; J.M. Berly: L'absence d'ouvrage *Gaz Pal* 10-12 avril 1994 p 2

Jusque là, les tribunaux ont toujours considéré que la prise de risques était, pour le maître d'ouvrage, le refus du conseil donné. Ne serait-il pas possible d'aller plus loin et de faire supporter les conséquences d'un contrat délibérément déséquilibré (surcoûts et réparations des malfaçons inévitables pour aboutir à une qualité conforme à la destination de l'immeuble) au maître d'ouvrage professionnel qui, compte tenu de sa compétence économique dans le domaine de la construction, ne pouvait ignorer que le prix du marché était sans commune mesure avec celui habituellement pratiqué pour des prestations comparables. L'adoption d'un délai totalement irréaliste devrait entraîner les mêmes conséquences. Dans les deux cas, le juge pourrait considérer que le maître d'ouvrage a pris un risque délibéré, en connaissance de cause, dont il doit seul assumer les conséquences. Ce risque ne pourrait, d'évidence, être lié à un conseil du cocontractant car on voit mal un entrepreneur désireux d'obtenir un contrat, mettre en garde contre la mauvaise qualité de son travail (30). Il entraînerait deux conséquences : Tout d'abord, les conséquences néfastes d'un tel contrat ne pourraient être supportées par d'autres que les cocontractants. Ensuite, même s'il paraît normal que l'entrepreneur ayant accepté de travailler à un prix ou dans un délai irréaliste supporte une part de responsabilité des désordres dus à son mauvais travail, un partage de responsabilité devrait pouvoir intervenir avec le maître d'ouvrage.

Le juge doit veiller à ce bien précieux qu'est la liberté contractuelle. Il doit respecter les inégalités économiques qui peuvent en découler. Il pourrait, néanmoins, poser quelques limites à ce qui apparaît parfois comme une loi de la jungle libérale. La jurisprudence a inventé la théorie du bouleversement économique du contrat lorsque celui-ci intervient après sa signature. Ne pourrait-elle pas, dans les cas les plus flagrants, et seulement dans ceux-là, sanctionner de la même manière le bouleversement, a priori, de l'équilibre économique normal du contrat lorsque les conditions économiques initiales de ce contrat sont sans commune mesure avec celles de contrats similaires et ne peut aboutir à une exécution sérieuse de celui-ci. Le libéralisme économique sera d'autant mieux protégé que ses excès les plus criants seront sanctionnés.

-----  
30 De plus, l'obligation de conseil n'existe qu'une fois le contrat signé

*(Applaudissements)*

**M. JACOMET.-** Merci infiniment Monsieur le Professeur de cet exposé riche, qui se termine en interpellant le juge mais d'abord les questions. Monsieur DEBARY....

**M. DEBARY.-** Nous venons d'entendre un exposé extrêmement riche, comme vient de le souligner M. Le Président JACOMET et comme ce matin, nous allons donc vous donner la parole pour vous permettre de vous exprimer mais sous forme de questions.

J'en ai déjà reçu quelques unes, mais vous avez les uns et les autres reçu des petits papiers qui vous ont permis d'écrire votre question. S'il en est parmi vous qui ont des questions à poser à M. Le Professeur PERINET-MARQUET, je vous demande de bien vouloir vous lever, vous disposerez d'un micro.

Une petite précision, essayez de formuler votre question de la manière la plus concise possible, que ce ne soit pas un exposé mais une véritable question.

Y a-t-il des questions de la part des uns ou des autres ?

Maître HUET... Je ne vous demande pas de vous nommer parce que tout le monde ici vous connaît !

**Me HUET.-** Très flatteur ! Merci.

Ma question concerne cette fameuse notion d'équilibre par la qualité que brillamment M. Le Professeur PERINET-MARQUET évoquait : ne pensez-vous pas que le débat doit être porté aussi sur le problème de la qualité des prestations de maîtrise d'oeuvre dans le cadre de ce qui se passe aujourd'hui aussi à Bruxelles, je crois, où on voit une tentative que nous avons un peu évitée dans notre nouveau code des marchés publics, qui est de fondre à la fois ce qui est marché de travaux, marché de fournitures et marché de prestations intellectuelles, car c'est là, je crois, le combat aujourd'hui.

Peut-être que si on traitait autrement la prestation intellectuelle en lui gardant le fait qu'on est en marché négocié, c'est-à-dire que la qualité est au niveau du choix d'un projet au départ et ensuite voir le prix négocié, on éviterait les écueils qui sont en train d'être le Titanic de la construction que vous avez si bien évoqué.

**M. PERINET-MARQUET.-** Il est évident que mon exposé portait sur le contrat d'entreprise de travaux, mais qu'on peut parfaitement le transposer au contrat de maîtrise d'oeuvre, aussi bien d'ailleurs dans les marchés privés que publics ; c'est vrai qu'il y a un risque de dérive lorsqu'on a une prestation globale car celle-ci va avoir aussi un prix global qui va forcément être tiré vers le bas et le fait d'éviter cette prestation globale, donc avoir un véritable contrat de maîtrise d'oeuvre, peut logiquement permettre, en principe, d'éviter cette dérive.

Mais malheureusement, je ne suis pas sûr qu'on puisse toujours l'éviter, l'air du temps est quand même à une espèce de forfaitisation de l'opération de construction vue du côté du maître de l'ouvrage.

On verra, mais je crois que la problématique est la même et les réponses peuvent être aussi les mêmes.

**Un Intervenent.-** Monsieur le Professeur, est-ce que vous ne craignez pas que si ce que vous venez de nous dire avait application, cela serait dévastateur, en ce sens que si le maître de l'ouvrage dit : liberté contractuelle, je négocie avec tout le monde, mais si je me retrouve devant le juge, on va dire que je suis un grand promoteur, je suis très compétent, et j'ai en face de moi une petite entreprise, donc a priori il y a déséquilibre, donc le promoteur va être condamné ?

Vous ne croyez pas que cela va conduire à ce qu'on ne passe plus commande à des entreprises en-dessous d'un certain niveau ?

**M. PERINET-MARQUET.-** Je me suis peut-être mal fait comprendre, mais il est évident que ce n'est pas parce qu'il y a deux parties économiquement déséquilibrées que le contrat est lui-même économiquement déséquilibré, cela va de soi.

Il y a souvent des parties qui sont tout à fait différentes par leur taille, qui passent un contrat équilibré. Je dirai même, en plus, pour être clair, qu'il ne me paraît pas anormal qu'une des deux parties au contrat fasse "une bonne affaire", et le juge n'a pas à s'immiscer dans une recherche de l'équilibre parfait.

Un maître de l'ouvrage a le droit d'avoir une prestation à un prix qui est bas par rapport au marché. Heureusement, mais il y a une différence entre un prix bas, une bonne affaire, et puis quelque chose où on voit vraiment qu'on est en dehors des normes, complètement en dehors des normes d'un marché donné ou d'un type de marché, qui a été accepté parce que l'entrepreneur n'avait pas tellement le choix.

Ce qui me gêne ce n'est pas tellement que l'entrepreneur se "fasse avoir contractuellement" par cela, le juge n'a pas forcément à se faire le chantre de cette liberté contractuelle-là, mais ce qui me gêne en l'espèce c'est que ce soit des tiers qui payent ce choix contractuel qui a été fait entre deux personnes.

C'est pour cela que je dis que dans l'hypothèse où on a vraiment un déséquilibre extrêmement significatif, il faut vraiment que ce soit un exemple qui ne se discute pas, où on est complètement en dehors du prix normal d'un marché. Si on fait cela en se disant : de toute façon, ce n'est pas grave, parce que s'il manque un ouvrage nécessaire, c'est l'assurance dommage-ouvrage, l'assurance R.C. qui paiera, s'il y a des malfaçons de toute façon c'est l'assurance qui paiera ou ce sont les autres intervenants qui paieront, je trouve quand même que là il y a une dérive grave.

Entendons-nous bien, il ne s'agit pas de rechercher un équilibre entre deux parties, il y a une règle qui est tout à fait normale, une règle de liberté des prix. Le juge n'a pas à s'immiscer là-dedans, le juge, me semble-t-il, pourrait simplement dans des cas vraiment typiques, pour faire peur une fois, se dire : là vraiment, c'est un contrat tellement déséquilibré qu'on a l'impression que les parties se sont dit "de toute façon, ce n'est pas grave, ce sont d'autres qui paieront, ce sont les tiers qui paieront" et cela, au regard de l'équité basique, me gêne un peu.

**M. DEBARY.-** Y a-t-il d'autres questions ?

**Me Hubert GASNOS (Avocat).-** Je voudrais revenir sur le problème du contrôleur technique qu'on a évoqué rapidement ce matin.

La jurisprudence tend à lui imposer une partie de la responsabilité, quelle que soit l'étendue de sa mission. Même s'il a une mission limitée, on insiste sur la nécessité pour lui, dans le cadre de son devoir de conseil, d'attirer l'attention du maître de l'ouvrage sur les éléments évidents qu'il aurait pu apercevoir au cours de cette mission restreinte qui pourrait avoir des conséquences sur la sinistralité future.

On nous a dit que le contrôleur technique dans cette hypothèse-là ne pouvait pas s'exonérer de sa responsabilité, qu'il avait une obligation de conseil.

Je suis assez choqué par cette situation, parce que le volet contrôle technique et prévention dans la loi Spinetta était à mon avis un élément essentiel de la réforme, qui avait pour objectif justement d'éviter les dérives, de prévenir et de réduire les causes de sinistralité, en ayant une relecture en amont du projet de construction.

Je me demande si dans la situation actuelle et vu la jurisprudence, les contrôleurs techniques vont continuer à proposer des missions restreintes à la sécurité des personnes ou à la solidité sans tenir compte de la mission sur

existant ou de la mission conformité de construction et s'ils n'ont pas intérêt évidemment à proposer un tarif tout compris et à dire : c'est tout ou rien.

Le législateur n'a pas voulu imposer des missions obligatoires, sauf dans certains cas très particuliers et on avait choisi un système d'incitation dans lequel le maître de l'ouvrage qui avait recours au contrôleur technique volontairement, se voyait appliquer une réduction corrélative de la prime d'assurance. Il y avait une certaine logique.

Je trouve que dans l'application qui en est faite aujourd'hui cette logique n'est plus du tout suivie.

**M. PERINET-MARQUET.-** C'est vrai que la situation du contrôle technique aujourd'hui n'est pas du tout celle qui avait été envisagée dans la loi Spinetta.

Il y a sans doute beaucoup de raisons à cela, mais ce qui compte c'est d'essayer de voir quelles en sont les conséquences économiques et la suite qui peut intervenir.

D'abord, on constate que, quant à la responsabilité qui est mise à la charge des contrôleurs techniques en cas de sinistre, cette responsabilité, qui est au libre choix du juge quant au quantum de responsabilité, a tendance à augmenter.

On était parti à 5 %, maintenant on est à 10, 15, 20 %. On trouve même des décisions du juge du fond qui seraient sans doute cassées s'il y avait Cassation, qui disent : on n'a aucune faute à lui reprocher mais quand même on lui met 10 % parce qu'il est là, ou 5 %, donc il y a une tendance à ce que tous les intervenants à la construction - je le disais tout à l'heure - soient regroupés ensemble et qu'on leur mette forcément une partie de responsabilité.

Quelle conséquence cela peut avoir ? Il est bien évident que le coût de la mission n'est plus aujourd'hui en adéquation avec les responsabilités et on peut effectivement essayer de modifier un peu la mission, faire plus ou en faire moins, mais je dirai que cela ne changera pas fondamentalement la question parce que, que le contrôleur technique se fasse rémunérer à 0,5, à 1 ou à 5, cela ne changera pas, me semble-t-il, la problématique d'ensemble qui est aujourd'hui qu'il encourt une responsabilité qui est complètement disproportionnée par rapport à son rôle.

Il serait très intéressant d'un point de vue économique de regarder sur un certain nombre de contrats et d'affaires, compte tenu de la jurisprudence, quel est le ratio, coût de l'intervention, coût final de la responsabilité.

Je pense qu'on aurait beaucoup de surprises et qu'il n'y a pas du tout corrélation entre le coût de l'intervention et le coût de la responsabilité. Bien sûr c'est la loi qui le veut, c'est un peu choquant parce qu'il est quand même logique que celui qui profite d'un contrat, en assume aussi une part importante de responsabilité. En justice commutative, c'est ainsi que cela doit marcher.

Quel est le risque ? Le risque, ce n'est d'ailleurs pas propre au contrôle technique, c'est que le système finit par exploser parce que les contrôleurs techniques ne trouveront plus que des prix exorbitants d'assurance ou finiront par ne plus trouver d'assureurs qui seront prêts à prendre ce risque, c'est un risque énorme pour l'assureur, dans le mesure où l'assureur, là encore, ne peut pas augmenter éternellement ses primes et de toute façon des primes fortes sur un coût de travaux faible, cela ne fait jamais que des primes fortes, la prime est proportionnelle, il ne faut pas l'oublier, au montant de la rémunération.

Donc je dirai 2 % sur ce qui est payé par un entrepreneur, ce qui est touché par l'entrepreneur, c'est plus élevé que 2 % ou 5 %, même 10 % de ce qui est touché par un contrôleur technique.

Si demain on en était là - on n'en est peut-être pas très loin - comment est-ce que le législateur fera assurer le contrôle technique si le

contrôleur dit : "nous, cela ne nous intéresse plus, on ne prend pas le risque", je dirai que dans certaines professions, cela peut être le cas pour les échographes par exemple, après la loi Perruche.

**M. JACOMET.-** Maître CASTON voudrait réagir.

**Me CASTON.-** Juste un mot pour réagir, pour dire que ce n'est pas le coût de la prestation qui fait la causalité du dommage. Il peut y avoir une prestation infime qui provoque un grand dommage, donc le débat a été placé, et M. PERINET-MARQUET a eu raison, c'était son sujet, sur un critère économique. C'est un débat de responsabilité, un débat de causalité.

On est obligé par le système lui-même qui inclut, quoi qu'on en dise, qu'on en veuille, les contrôleurs techniques dans le champ de ceux qui sont assujettis à la responsabilité des constructeurs.

Il est donc nécessaire, soit au titre du contrat, soit au titre du devoir de conseil, de l'inclure sur l'itinéraire causal qui a provoqué le dommage, quel que soit le montant de leur prestation. C'est un raisonnement qui est imparable, même s'il peut économiquement choquer, juridiquement il est imparable.

**M. PERINET-MARQUET.-** Je suis tout à fait d'accord, juridiquement il est imparable, mais ce n'est pas ici le fait qu'il soit pour partie à l'origine de la responsabilité qui me choque, ce n'est pas cela l'origine du problème, c'est le mécanisme juridiquement imparable de l'aspect in solidum.

Quand un contrôleur technique a 5 % de responsabilité, même s'il paye intégralement au maître de l'ouvrage, s'il peut se retourner pour le tout contre les autres, il n'y a pas de problème. On est dans la logique classique.

Le fait que l'assurance R.C. ne soit pas toujours aujourd'hui correctement souscrite fait qu'on se retrouve avec des distorsions entre précisément la causalité en sinistre et ce qui est payé, mais cela c'est juridique, il n'y a rien à dire. Economiquement, cela peut poser à terme des problèmes.

**Me CASTON.-** Qu'est-ce que 5 % de responsabilité à l'heure de la causalité adéquate ?

**M. PERINET-MARQUET.-** Oui, mais enfin...

**Me CASTON.-** Cela n'existe pas.

**M. DEBARY.-** On va peut-être donner la parole à M. IMBERT qui a un certain nombre de questions écrites qu'il a préparées depuis longtemps, auxquelles il aimerait avoir une réponse.

Monsieur IMBERT, vous avez la parole.

**M. LE METAYER.-** Je vais auparavant prendre la parole.

Vous avez constaté que les exposés précédents confirment la causalité de l'ensemble de ces intervenants et apportent au débat des éléments indispensables aux différents thèmes qui ont été exposés tant sur les sujets que sur les questions qui ont été posées.

Dans cet objectif, M. Yves IMBERT a préparé une série de questions relatives à l'économie de marché qui est le thème de cet après-midi, notamment sur les valeurs économiques du contrat, sur les ruptures d'évaluation contractuelle dans les deux cas bien distincts, soit avant la

commande passée à l'entreprise, soit après les notifications du démarrage des travaux.

Dans ces deux cas bien distincts, il y a lieu de mettre en évidence un règlement contractuel qui pratiquement n'existe que dans le deuxième cas, puisqu'il y a notification de l'ordre de service dans le premier et qu'il n'y a pas de notification sur la formule de révision à retenir pour évaluer la variation éventuelle du prix du fait du retard important provenant du maître de l'ouvrage.

Nous considérons qu'un paragraphe du contrat doit en traiter, de même que l'augmentation de la masse des travaux non prévisibles issue de l'obligation constatée et demandée par le maître de l'ouvrage.

L'ensemble de ces aspects spécifiques feront l'objet par M. Le Conseiller DEBARY et les personnes intéressées d'un exposé.

Il y a un point que je voulais tout de même aborder, et à ce sujet M. Yves IMBERT aura une série de questions, c'est le sujet du maître de l'ouvrage professionnel de loi privée qui lance un appel d'offres. Il retient provisoirement une entreprise puis il confie finalement le marché à une autre entreprise qui ne remplit pas les critères définis au moment de la consultation.

On me demande comment évaluer le préjudice de l'entreprise évincée. Il faut dire une chose : tant qu'il n'y a pas de document écrit, il n'y a rien. S'il y avait un document écrit disant "nous avons retenu votre proposition", là il est évident qu'on pourrait avoir un préjudice parce que les dispositions que l'entreprise aurait prises constitueraient un préjudice du fait qu'elle n'a pas le marché.

Tout cela, à mon avis, est tout de même lié à un contrat ou un courrier qui doit être adressé à l'entreprise. Malheureusement, souvent ce sont des décisions verbales.

Quand il y a une décision verbale, je ne vois pas ce qui pourrait être fait dans ces cas-là.

Vous avez un autre cas, un promoteur conclut un marché de travaux à forfait avec une entreprise, puis il annule l'opération immobilière et résilie le marché, après notification de l'ordre de service. Démarrage, mais arrêt avant le commencement des travaux, là le problème est tout à fait différent. Le marché est passé.

Dans ces conditions, l'entreprise peut présenter un état de préjudice, de temps perdu, de temps passé, de personnel mis à disposition. Cela se chiffre. Sinon, il n'y a pas d'indemnité, de calcul prévu pour ces affaires-là. Dans ce cas, il y a effectivement une indemnité de rupture de contrat.

Quant aux autres questions, je passe la parole à M. Yves IMBERT...

**M. IMBERT.**- J'ai un certain nombre de questions qui portent sur l'estimation du préjudice. Monsieur LE METAYER a abordé sérieusement ces questions, je voudrais apporter quelques précisions.

Dans le premier cas, première question : c'est un maître de l'ouvrage professionnel qui établit un règlement de consultation avec des critères précis, qui retient provisoirement une entreprise, il établit une lettre d'intention de commande et qui, au final, passe le contrat à une autre entreprise concurrente qui, elle, ne respecte pas les critères du règlement de consultation.

Il y a deux aspects, d'une part sur le plan des motivations, est-ce qu'au plan du droit, cela permet à l'entreprise qui a été évincée, de prétendre à une indemnité ? C'est M. Le Professeur PERINET-MARQUET qui peut me répondre.

Le deuxième aspect, l'objet de ma question c'est : comment évalue-t-on le préjudice ?

L'évaluation du préjudice dans ce cas-là existe bel et bien, l'expérience que j'en ai, c'est qu'avant la passation du marché et avant sa

programmation, le préjudice de l'entreprise est constituée par sa perte en marge nette, son bénéfice escompté qui est au maximum de 10 % ; le deuxième cas, qui était la question parallèle, c'est : si le promoteur annule l'opération, après avoir passé le marché à une entreprise donnée et après lui avoir délivré un ordre de service, l'entreprise se retrouve avec une commande qui est programmée, et du jour au lendemain on lui annule cette commande, mais avant qu'elle ait commencé les travaux.

L'estimation du préjudice, avec l'expérience que j'en ai également, est possible, c'est la perte d'exploitation qui correspond sur la masse des travaux qui est éliminée.

**M. DEBARY.-** Je crois que M. Le Professeur PERINET-MARQUET peut d'abord répondre sur une partie de votre question et M. LE METAYER pourra peut-être compléter en ce qui concerne l'aspect technique.

**M. PERINET-MARQUET.-** Sur l'évaluation du préjudice de l'entreprise évincée, dans les marchés privés, soit le contrat a prévu quelque chose, soit il n'a rien prévu. Dans le marché public, c'est différent. Mais dans les marchés privés, a priori, sauf à faire application du droit commun des contrats en rupture brutale dont vous parliez, il n'y a pas d'indemnisation possible, en dehors du contrat, en dehors de stipulations contractuelles.

**Me CASTON.-** Excusez-moi, mais si j'ai un marché conception-construction, même en droit privé, et que la conception dont va s'emparer le maître de l'ouvrage qui m'a consulté a été effectuée, et qu'il rompt le contrat alors qu'il a des éléments qui sont utilisables pour l'opération en question, sur le fondement de l'enrichissement sans cause, on peut envisager une indemnisation.

Cela permet à l'entreprise de trouver une argumentation juridique permettant de présenter de sérieuses réclamations dont elle a le secret, ce que je ne saurais lui reprocher, et qui permettra effectivement d'établir dans le cadre de diverses catégories d'indemnisation, la perte qu'elle a subie, le gain dont elle a été privée, et l'immobilisation des heures perdues .

**M. PERINET-MARQUET.-** Je suis d'accord, dans votre hypothèse, c'est-à-dire dans l'hypothèse où une entreprise a déjà apporté une valeur.

Je me situe dans l'hypothèse de base où on est au niveau de la négociation du contrat, donc avant que le contrat ait commencé à être mis en oeuvre.

Il est évident que si le contrat a commencé à être mis en oeuvre, bien sûr s'applique le mécanisme classique du droit commun des contrats, et d'ailleurs même si le contrat n'avait pas été mis en oeuvre et qu'il y a rupture brutale dont vous parlez, on négocie le mécanisme normal de mise en oeuvre des contrats.

Je crois qu'ici il n'y a pas de règle spécifique applicable au marché de construction, c'est le droit commun des contrats qui s'applique.

**Me CASTON.-** Vous punissez la rupture de fiançailles !

**M. PERINET-MARQUET.-** Je punis la rupture de fiançailles quand le droit commun des contrats la punit !

**M. DEBARY.-** Monsieur LE METAYER, vous vouliez ajouter quelque chose ?

**M. LE METAYER.-** Non, je ne voulais rien ajouter parce que je partage tout à fait le point de vue de M. Le Professeur PERINET-MARQUET, et il est évident que lorsque nous avons une rupture, comme je l'ai dit, d'un contrat qui est passé, à ce moment-là il y a indemnité.

Lorsqu'il n'y a rien officiellement, ni sur le papier, ni autrement, je crois qu'il est difficile d'envisager une indemnisation.

**M. DEBARY.-** Deux autres questions de M. IMBERT s'il veut bien les formuler...

**M. JACOMET.-** On peut peut-être laisser entre deux M. VALDES s'exprimer..

**M. DEBARY.-** Monsieur le Haut Conseiller VALDES, vous voulez dire quelque chose....

**M. VALDES.-** J'aurais souhaité évoquer autre chose que la responsabilité des constructeurs, en raison des désordres qui relèveraient de la responsabilité décennale.

Je voulais évoquer les problèmes des comptes de construction et non pas seulement les problèmes de responsabilité des constructeurs, responsabilité légale ou responsabilité contractuelle, évoquer également le problème, en dehors de la négociation du contrat.

Lors de l'appréciation des comptes, ne croyez-vous pas tout de même qu'il est possible au juge de rétablir un certain équilibre qui est compromis a priori, par cette loi d'airain que constitue l'article 1793, à savoir que l'entrepreneur doit exécuter à ses frais les travaux indispensables à la réalisation du programme, bien qu'il ne les ait pas envisagés lorsqu'il a fixé le prix.

Je crois que le juge dispose d'un certain volant pour rétablir l'équilibre détruit par ce contrat, ou en tout cas compromis.

En dehors de l'hypothèse que vous avez évoquée où des événements imprévisibles sont d'une importance telle que le caractère de l'entreprise est supprimé et dans ce cas la jurisprudence admet que le forfait est écarté. Mais en dehors de cette hypothèse, vous parliez tout à l'heure de la malignité contractuelle, eh bien la malignité contractuelle lorsqu'elle est retenue me paraît un moyen peut-être de rétablir l'équilibre.

Je pense plus spécialement au maître de l'ouvrage qui bénéficierait d'un contrat d'un marché à forfait, qui attendrait trop longtemps pour le versement des acomptes.

Ne croyez-vous pas qu'au stade de l'exécution, il est possible au juge de compenser un peu l'équilibre compromis par ce marché, car si le maître de l'ouvrage est convaincu d'avoir retardé le programme ou même d'en avoir réduit l'étendue en cours d'exécution alors je crois que cette malignité contractuelle doit aboutir même à rétablir l'équilibre qui est a priori compromis par le contrat ?

Je voulais simplement souligner ce fait.

**M. PERINET-MARQUET.-** Effectivement, la malignité contractuelle dans l'exécution du contrat bien sûr on peut la prendre en compte, puisque les contrats doivent être exécutés de bonne foi, on voit souvent dans les normes de type AFNOR sur le paiement des acomptes, etc, mais cela ne peut jouer qu'à partir du moment où précisément le maître de l'ouvrage pousse la malignité jusqu'à ne pas jouer le jeu du contrat. A partir du moment où il exécute correctement un contrat qui est à la base déséquilibré, je ne vois pas bien aujourd'hui en tout cas, quand on regarde la jurisprudence de la Cour de Cassation, comment le Juge peut faire.

Il est évident qu'il y a quand même une marge d'appréciation, mais au regard des principes juridiques si le contrat est correctement exécuté à partir du moment où le prix a été mal fixé, il n'y a rien à faire.

Ce n'est pas - je tiens à le répéter - choquant en soi, on est dans un système de liberté, on est dans un système où les cocontractants ne sont pas tous obligés de faire de bonnes affaires. Le problème n'est pas là, le problème

c'est dans l'excès de la liberté et de ses conséquences et non pas sur le principe de la liberté et sur le principe du déséquilibre.

**M. DEBARY.-** Je reviens à M. IMBERT qui est toujours dans l'attente de réponses à d'autres questions. Monsieur IMBERT, si vous voulez bien prendre la parole pour nous formuler vos questions aussi rapidement que possible parce que l'heure tourne.

**M. IMBERT.-** C'est le cas d'une entreprise de gros oeuvre à Tours. Pour survoler la propriété voisine, il faut demander l'autorisation au voisin. Quelle indemnité proposez-vous à ce voisin ?

Je ne sais pas si c'est une question qui est du ressort du Professeur PERINET-MARQUET. C'est l'expert qui fixera l'indemnité.

Monsieur LE METAYER...

**M. LE METAYER.-** C'est difficile à fixer pour la bonne raison que cela ne peut être qu'un préjudice accidentel. Dans ces cas-là, l'expert propose au Tribunal une indemnité forfaitaire. C'est le Tribunal qui décide.

Lorsqu'on demande à la partie qui a subi le préjudice qu'elle nous donne des justificatifs ; elle n'en a pas, sauf cas exceptionnel.

C'est pourquoi nous proposons une indemnité forfaitaire et c'est tout. Il n'y a pas de méthode de calcul pour fixer une indemnité de cet ordre.

**M. DEBARY.-** Autre question ?

**M. IMBERT.-** Oui, une dernière question, en ce qui concerne la variation des prix qui a été abordée rapidement par M. LE METAYER, c'est le cas d'un marché dont les travaux sont prolongés du fait du maître de l'ouvrage.

Le maître de l'ouvrage pour des raisons diverses a modifié son projet, il allonge le délai alors que le contrat de base, le marché de base ne prévoit pas de formule de variation de prix, mais à cause de l'allongement du délai l'entreprise subit un préjudice.

Question : quelle formule de variation de prix peut-on appliquer sachant qu'il n'y a rien de prévu dans le marché ? Est-ce qu'on applique les usages à savoir les annexes B.P. ou BT, ou est-ce qu'il y a d'autres systèmes pour évaluer ce préjudice ?

**M. DEBARY.-** C'est encore une question technique, je pense que M. LE METAYER est à même d'y répondre.

**M. LE METAYER.-** Le cas m'est arrivé dans une affaire que j'ai eue, où justement il y avait des indemnités de retard, mais ces indemnités de retard je les ai suggérées au Tribunal sur des éléments qui figuraient dans la convention.

Or, c'était une affaire assez importante, et par jour de retard 160.000 F étaient versés à celui qui subissait les préjudices.

Cela, c'était prévu dans le contrat. Dans le cas contraire, nous devons demander à l'entreprise ou au maître de l'ouvrage qui a subi du retard, qu'il nous donne ses indemnités, qu'il les justifie, parce que là non plus, sauf cas exceptionnel, s'il y a une formule dans le contrat, mais s'il n'y en a pas, ce sont soit des frais de perte de location, soit des pertes de vente, tout un tas de justificatifs qui peuvent être pris en compte et à ce moment-là c'est à celui qui a subi le retard de les produire.

Je n'ai pas de formules toutes prêtes ou des formules à appliquer pour arriver à ces calculs autres que ce que je viens d'exposer.

**M. DEBARY.-** Indépendamment des questions qui viennent d'être traitées, j'ai recueilli au cours de la préparation de ce colloque d'autres

questions que je vais soumettre rapidement à M. Le Professeur PERINET-MARQUET.

Une question : un marché de travaux de bâtiment est conclu à forfait, en cours d'exécution des travaux supplémentaires sont exécutés sans ordre formalisé du maître de l'ouvrage.

A partir de quel seuil d'augmentation de la masse des travaux y a-t-il bouleversement d'économie du marché et dénaturation d'un forfait ?

Deuxième question qui se relie à la première : le bouleversement de l'économie d'un marché est souvent caractérisé dans les décisions de jurisprudence par une variation dans la masse des travaux.

La modification des conditions d'exécution sans modification de la masse des travaux peut générer des dépenses supplémentaires très importantes, en perte de productivité et immobilisation des moyens de l'entreprise.

Le montant de ces dépenses supplémentaires est-il de nature à caractériser un bouleversement de l'économie du marché et à partir de quel seuil ?

Monsieur le Professeur est-ce que vous pouvez nous donner quelques explications à ce sujet ?

**M. PERINET-MARQUET.**- Sur l'augmentation nécessaire de la masse des travaux pour qu'il y ait bouleversement de l'économie du contrat, c'est une question sur laquelle les Juges sont souverains et c'est normal. Il n'y a pas de pourcentage fixe.

Quand on regarde la jurisprudence, on s'aperçoit simplement de manière très claire que si bouleversement il y a, ce n'est pas une augmentation importante, cela va au-delà. Et il y a un arrêt de la Cour de Cassation de 1999, je crois, où on avait une augmentation de l'ordre de 25 % et on a considéré que ce n'était pas un bouleversement. A l'inverse, dans plusieurs autres affaires, où il y a eu doublement des travaux, on a dit qu'il y avait bouleversement et même la Cour d'Appel de Paris dans une affaire où il y avait une augmentation de l'ordre de 60 % du coût des travaux. Donc ce sont des ordres de grandeur, on ne peut pas être plus précis.

C'est une question qu'apprécie souverainement le Juge en tenant compte d'un certain nombre d'éléments mais ce qui est sûr c'est qu'il faut bien voir que cela ne peut être que nécessairement très important, car sinon on enlève toute portée au forfait.

Il ne faut pas oublier que le bouleversement d'économie du contrat ne joue que dans l'hypothèse où il n'y a pas eu un accord express, une acceptation implicite, c'est-à-dire que le bouleversement de l'économie est une façon d'aller chercher une acceptation encore plus implicite que ce qui pourrait être implicite, si je puis dire.

Il faut vraiment que le Juge soit convaincu que le maître de l'ouvrage n'a pas pu ne pas accepter un tel bouleversement.

Sur l'autre point, modification des conditions d'exécution ; eh bien si cette modification provient tout simplement du fait qu'on découvre par exemple - c'est quand même très souvent le cas - que le terrain n'était pas si évident qu'on le pensait, que les techniques de réalisation de construction qu'on pensait utiliser ne sont pas les bonnes, tout cela rentre dans le forfait inévitablement.

Sinon, il n'y a plus de forfait, c'est-à-dire que l'entrepreneur doit, dans le cadre du forfait, vérifier que le prix qu'il propose pour la prestation qu'on lui demande, couvre tous les aléas et il est responsable de tous les aléas. Et donc il est obligé de changer les conditions d'exécution du marché ; cela rentre dans le forfait, sauf si ce changement d'exécution provient d'éléments qui sont dus au maître de l'ouvrage et qui entraînent un bouleversement de l'économie du marché qui serait ici un bouleversement dans lequel le maître de l'ouvrage réclame ; parce que si c'est uniquement des éléments extérieurs, là on a vu que c'est pour l'entrepreneur.

C'est la théorie du forfait qui est un peu dure mais qui est ainsi.

**M. DEBARY.-** Quelques questions encore avant d'en terminer sur ce sujet.

Question : un maître de l'ouvrage fait réaliser des études de sol avec sondage, selon un quadrillage similaire à celui utilisé dans la zone concernée, puis conclut un marché de travaux à forfait imparfait pour le gros oeuvre compris terrassement et fondations.

Lors de la réalisation des terrassements des cavités non détectées par les sondages se révèlent, elles entraînent une augmentation du dimensionnement des fondations et l'entreprise réclame paiement des surcoûts au maître de l'ouvrage en invoquant une suggestion technique imprévue.

Quel est le seuil d'augmentation du coût à partir duquel cette demande peut aboutir ?

Vous avez bien compris que c'est un cas pratique qui évidemment peut être résolu un peu diversement....

**M. PERINET-MARQUET.-** Si on regardait en matière de responsabilité, on pourrait utiliser un arrêt de la Cour de Cassation qui doit avoir une dizaine d'années, qui avait décidé que c'était un cas de force majeure dans un cas à peu près similaire.

Il y avait une étude de sol faite très correctement dans des conditions absolument normales et aucune étude de sol faite dans des conditions normales n'aurait permis de détecter une grotte parce qu'il se trouve que la grotte remontait à un endroit, entre deux forages et que sauf à faire un forage tous les mètres ou 5 mètres, ce qui n'aurait pas été très bon pour le terrain, c'était vraiment impossible de la découvrir.

Là, on est face à un cas de force majeure. Le tout est de savoir si ce cas de force majeure constitue un bouleversement de l'économie du contrat ou pas. Or, pour la jurisprudence, les travaux supplémentaires qui sont nécessités par des éléments extérieurs, sont pris en charge par l'entrepreneur.

On est encore dans la théorie du forfait et là il faut donc faire une distinction entre ce qui s'appliquerait au regard de l'article 1793 et l'article 1792.

**M. DEBARY.-** Pauvre entrepreneur !

Voilà encore une question qui a trait à une entreprise qui est titulaire d'un marché de travaux qui se réfère à la norme O3001 de 1991 : des retards de paiement sont constatés et l'entreprise revendique les intérêts moratoires. Le juge du contrat peut-il augmenter ou diminuer le montant de ces intérêts moratoires comme il le fait avec les pénalités de retard en application de l'article 1152 du code civil ?

**M. PERINET-MARQUET.-** Tel que c'est présenté, j'aurais tendance à dire que c'est une clause pénale moratoire simplement, parce que ce n'est pas le taux d'intérêt légal mais c'est un taux d'intérêt conventionnel et que le taux d'intérêt conventionnel répare les préjudices qui sont liés aux retards, donc on est dans une clause pénale.

**M. DEBARY.-** Dernière question : une entreprise subit des retards de paiement issus du mauvais vouloir caractérisé du maître de l'ouvrage, ce qui entraîne pour l'entreprise une suppression de son découvert bancaire autorisé et donc des difficultés que n'indemnisent pas les intérêts moratoires.

Comment se calculent les dommages et intérêts compensatoires prévus par l'article 1153, alinéa 4 du code civil ? Question précise !

**M. PERINET-MARQUET.-** J'aurais tendance à répondre ici : comme le Juge le décidera, parce que c'est lui qui, en fin de compte, aura la maîtrise de la décision.

On a un intérêt moratoire, on a des dommages qui ne sont pas intégrés, qui sont différents, il faudra démontrer la mauvaise foi ; mais telle que la question est posée, il semble bien qu'on puisse dire qu'il y a cet aspect.

Effectivement aussi il y a un dommage extérieur à ce qui est réparé par les intérêts moratoires.

Maintenant, comment le Juge appréciera-t-il ? Il l'appréciera souverainement, en fonction des éléments de fait qui lui sont présentés. Cela dépend des cas d'espèce.

**M. DEBARY.-** Donc la parole est en dernier ressort au Juge si je comprends bien sur beaucoup de ces problèmes.

J'ai épuisé ma série de questions. Est-ce que dans la salle il y a encore des personnes qui veulent intervenir sur les problèmes qui viennent d'être discutés ?

**M. JACOMET.-** Si je peux me permettre, une seule intervention, pour ne pas mobiliser la parole.

On a beaucoup parlé de la responsabilité du Juge et je pense qu'il y a un domaine qui commence à poser une grande difficulté au juge, c'est l'ampleur que prend maintenant la responsabilité quasi délictuelle, à travers l'obligation de conseil parce qu'on passe insensiblement d'une responsabilité contractuelle, réparation des dommages prévisibles, à une responsabilité quasi délictuelle puisque le passage se fait de façon presque insensible où l'exigence d'établir une faute est plus grande, et on a tendance à partir de l'idée que la faute, la responsabilité contractuelle étant acquise, le fait qui a entraîné la responsabilité contractuelle va entraîner la responsabilité quasi délictuelle.

Il y a un passage qui ne devrait pas être systématique.

Il y a aussi l'ampleur des dommages dits immatériels qui est quand même considérable ; surtout que la tendance actuelle de notre droit, le droit consommériste et le droit général nous éclairent beaucoup : c'est d'être beaucoup moins stricts sur le lien de causalité directe entre préjudice et faute.

On se retrouve de temps en temps, notamment pour des intervenants qui ont des rôles mineurs - je pense au terrassier qui va intervenir sur une bute, c'est le problème aussi du contrôleur technique - avec un problème qui se pose non seulement en droit de la construction mais en droit général, donc je pense qu'il y a une difficulté, peut-être des moyens à trouver pour cantonner la responsabilité quasi délictuelle, car sinon à terme elle va envahir pratiquement la totalité de notre droit.

Je ne sais pas si c'est tout à fait satisfaisant surtout au regard des dommages immatériels dont on sait qu'ils sont très mal pris en charge par les assurances.

Je crois que là, pour les dommages immatériels, cela va des nuisances sonores, à un certain nombre de préjudices économiques.

Cela, c'est une première source de réflexions pour lesquelles il ne semble pas qu'il y ait de réponse juridique facile.

**M. DEBARY.-** Je voudrais maintenant clore cette partie de notre colloque, en vous remerciant de votre participation à tous, en remerciant tout particulièrement Monsieur le Professeur PERINET-MARQUET pour la clarté et l'approfondissement de cette question.

Merci.

*(Applaudissements)*

**M. JACOMET.-** Nous allons passer à la dernière intervention, celle de M. DABADIE.

Maître PERICAUD, je vous cède la parole.

*Présentation par Maître PERICAUD.*

**Me PERICAUD.-** Mesdames, Messieurs, vous avez remarqué que depuis le début de ce colloque, ce matin, quels que soient les exposés traités, on revient toujours sur la même notion, qu'on n'a pas énoncée clairement, mais qui est sous-jacente, me semble-t-il, à tous les exposés qui sont intervenus.

Cette notion c'est la notion d'équilibre dans les rapports contractuels entre les parties, dans les rapports entre les parties même s'ils ne sont pas contractuels, en somme il s'agit de l'équité par rapport au droit.

Ceci implique nécessairement des interventions, c'est-à-dire que lorsque cet équilibre n'est pas respecté, on va chercher dans l'ordre public une solution pour compenser le déséquilibre et rétablir l'équilibre dans les rapports entre les parties.

Nous avons plusieurs manières d'y parvenir, les différents exposés les ont évoquées successivement.

Nous avons un ordre public qui peut venir du législateur, et M. PERINET-MARQUET en a cité un certain nombre d'exemples, notamment en matière de garantie de paiement, de garantie de livraison, et si cela ne suffit pas nous avons - et il s'agit du thème même de notre colloque d'aujourd'hui- l'équilibre qui procède du contrat.

Le code civil nous dit : "*le contrat c'est la loi des parties*", par conséquent à côté de l'ordre public législatif, nous avons un ordre public contractuel, toujours dans la même idée de faire prévaloir l'équité, c'est-à-dire d'assurer l'équilibre entre les droits et obligations respectives des parties.

Mais il y a un troisième ordre public qui va apparaître dans le dernier exposé qui va vous être fait maintenant par M. LABADIE, expert judiciaire, en ce qui concerne la liquidation des relations contractuelles entre les parties et ce dernier équilibre il est à la fois très encourageant et très inquiétant.

Il joue lorsque les deux premiers ordres publics sont insuffisants, lorsque le législateur est silencieux, n'a pas tout dit, n'a pas tout réglé, donc l'ordre public législatif est insuffisant pour rétablir l'équilibre des droits entre les parties - on vous en a donné quelques exemples -.

Il joue également lorsque l'ordre public procédant du contrat est également insuffisant pour assurer cet équilibre des droits et des obligations des parties.

C'est alors, nous dit-on, que doit intervenir le Juge et à côté donc des deux ordres publics dont on a parlé, l'ordre public législatif, l'ordre public du contrat, apparaît un troisième ordre public qui est l'ordre public judiciaire.

L'ordre public judiciaire c'est un ordre public encourageant mais inquiétant, car normalement le juge ne peut qu'interpréter le contrat, il ne peut pas créer le contrat.

Normalement le Juge doit appliquer la loi, il ne peut pas suppléer à l'absence de loi. Or ce qu'on va lui demander de faire en cas de conflit, parce qu'il faut bien que le conflit soit réglé en équité, lorsque le droit est insuffisant, lorsque l'ordre public législatif et contractuel est défaillant, c'est non pas simplement d'interpréter la convention des parties, mais de la créer, non pas simplement d'appliquer la loi, de l'interpréter, mais de la créer, de pallier à l'absence de loi.

Il est incontestable que ce problème va surtout apparaître à l'instant fondamental où il faut régler les comptes, je dirai même presque entre les locataires d'ouvrage d'un côté et de l'autre les sous-acquéreurs, régler ces comptes, c'est le moment où le chantier est terminé.

Pendant le chantier, on se ménage, mais une fois le chantier terminé, tous les coups sont bons !

Si on prenait l'exemple d'une pièce de théâtre, on pourrait dire que jusqu'à présent nous étions dans la salle de théâtre elle-même, maintenant, si vous le permettez, nous allons passer dans les coulisses, derrière le rideau et chercher en quelque sorte où se trouve "le fantôme de l'Opéra !"

Sur ce sujet très intéressant et tout à fait juridique bien entendu, nous allons d'abord entendre un expert judiciaire qui va vous faire un exposé, M. LABADIE, en tant qu'ingénieur et expert judiciaire, précisément sur deux thèmes principaux, les malaises actuels dans le bâtiment et les dispositions à prendre pour y pallier en l'espèce par un personnage dont on a entendu à plusieurs reprises parler cet après-midi, par le maître d'oeuvre.

Monsieur LABADIE, vous avez la parole.

*La liquidation des relations contractuelles.*  
*Par M. LABADIE.*

**M. LABADIE.** - Pour clore cette journée « JUSTICE CONSTRUCTION » consacrée aux marchés privés de travaux dans le bâtiment, il était logique que le dernier sujet portât sur :

**LA LIQUIDATION DES RELATIONS CONTRACTUELLES**

Vaste sujet, difficile à traiter de manière exhaustive, dans le temps qui m'est imparti de par la diversité des opérations immobilières, des marchés et des délais pour les réaliser.

Si à une époque déjà lointaine la liquidation des relations contractuelles entre Maître d'ouvrage et entrepreneur s'opérait généralement à l'amiable, force est de constater aujourd'hui que le climat dans le bâtiment ne s'y prête guère.

En effet, le Maître d'œuvre se voit confronter de plus en plus souvent à des difficultés dans l'accomplissement de sa mission en raison notamment de conflits « Maître d'ouvrage - entreprise » et d'événements survenant **en cours de travaux avec comme conséquence au moment de solder les comptes**, de suspendre la liquidation des relations contractuelles entre tous les intervenants à une décision de justice.

Ainsi, dans cette période économique, il est très fréquent de voir les relations contractuelles entre le Maître d'ouvrage et l'entreprise se rompre prématurément à la suite de la résiliation du marché de travaux soit à l'initiative du Maître d'ouvrage, soit à cause de l'abandon de chantier délibéré de l'entreprise ou, forcé à la suite d'un dépôt de bilan.

Certes plus rare, mais il arrive aussi que des Maîtres d'ouvrage professionnels s'avèrent défaillants avec les conséquences qu'on peut imaginer pour les acquéreurs et intervenants à l'acte de construire.

Les pièces contractuelles font généralement référence au Cahier des Clauses Administratives Générales bien connu sous le nom de Norme Française P 03.001 dont la dernière édition est applicable depuis le 5 Décembre 2000, ce qui va m'amener dans cet exposé à quelques commentaires et, sans doute conduire, si ce n'est déjà fait, les Maîtres d'ouvrage à une refonte de leurs propres pièces administratives.

On est cependant surpris de l'absence ou de l'insuffisance de clauses spécifiques de nature à régler des situations à la suite d'événements anormaux qui viennent régulièrement nuire au déroulement normal d'un chantier, alors que plusieurs pages de la norme sont consacrées aux dépenses et recettes relatives aux travaux d'intérêts communs.

Ainsi pas de clauses sur la manière d'arrêter le coût des travaux d'un marché interrompu traité à forfait ou sur les pièces à produire pour être en mesure de traiter une réclamation.

Il est donc de l'intérêt du Maître d'œuvre d'inciter le Maître d'ouvrage à ce que soit élaboré ensemble le Cahier des Clauses Administratives Particulières spécifique à l'opération plutôt que d'avoir un montage « copie-collé » au marché.

Comme en toute période de crise qui perdure, des changements s'opèrent :

Il convient donc de prévoir les dispositions adéquates pour faire face aux événements.

Ainsi le Maître d'œuvre se doit de conduire son chantier avec une vigilance permanente et accrue pour éviter d'être considéré comme responsable des surcoûts et pertes financières supportés par le Maître d'ouvrage et les entreprises.

**I - LES MALAISES DANS LE BATIMENT**

**I.1. LA NATURE DES TRAVAUX**

La construction d'immeubles neufs a été progressivement supplantée par les travaux de rénovation, de réhabilitation voire de

restauration d'immeubles existants qui selon les statistiques représenteraient aujourd'hui 60 % de l'activité du bâtiment.

A noter que la nouvelle norme article 2.1. « *Type de marché* », précise qu'elle s'applique aux travaux neufs ainsi qu'aux travaux de réhabilitation de transformation et, de réparation

Pour ma part, je serais favorable à une norme spécifique aux travaux sur immeubles existants, tellement les différences sont importantes avec les travaux neufs.

Les entreprises spécialisées dans les travaux neufs ont été contraintes et forcées de s'intéresser aux marchés de travaux sur existants pour ne pas disparaître.

Seulement ces travaux ne relèvent pas des mêmes techniques et impliquent une main d'œuvre plus spécialisée, d'où une période d'adaptation à tous niveaux avant d'acquérir une bonne connaissance du bâti et l'expérience pour estimer ce type de travaux où il est clair que les aléas sont plus importants que dans le neuf.

### 1.2. LES MARCHES

Compte tenu de la récession, il s'ensuit une concurrence dure et difficile entre les entreprises, qui n'est pas sans relation avec la pratique des Maîtres d'ouvrage dont la tendance est de retenir systématiquement le « moins disant ».

Les entreprises traitent à « vil prix », trop souvent sans même prendre de marge.

Dès lors que les entreprises font l'impasse sur les risques inhérents aux aléas inévitables en cours de chantier en sachant pourtant qu'un projet aussi bien étudié soit-il reste un prototype, il faut s'attendre à un climat difficile sur les chantiers et à l'utilisation de moyens pour pallier au manque à gagner.

Ainsi en matière de travaux sur existants, rares sont les Maîtres d'ouvrage qui financent avant l'appel d'offres, une campagne de sondages pour un diagnostic du bâti. Préfèrent que soit insérée une clause au C.C.A.P. laissant à l'entreprise le soin d'assumer ses investigations en complément des prescriptions du Maître d'œuvre. Il en résulte que les entreprises soumissionnaires ne tiennent pas trop à faire ces sondages de peur d'avoir à chiffrer des travaux pour lesquels les autres concurrents vont faire l'impasse pour emporter le marché.

A cet effet, la nouvelle norme dans son article 9.1.2., précise . . .

« *que les prix du marché sont réputés tenir compte de toutes les circonstances « de l'implantation des particularités du projet et des délais et rémunèrent « l'entrepreneur de TOUS SES DEBOURS, CHARGES ET OBLIGATIONS « NORMALEMENT PREVISIBLES..... ».*

Les juristes ne vont pas manquer de commenter le **normalement prévisible** », d'autant que la norme N.F. P 03.001 est applicable aux travaux de réhabilitation sur existants.

Doit-on en déduire que tout ce qui n'est pas prévisible pourrait faire l'objet de suppléments ?

On peut déjà se poser la question de savoir si, la notion de forfait peut s'appliquer à certains travaux de réhabilitation ou souvent, la découverte d'une structure au bord de l'effondrement va conduire à des reprises en sous œuvre immédiates, sans certitude du tout pour l'entreprise d'en être réglées avec en plus le risque de se voir appliquer des pénalités pour retard en résultant.

Si l'on se réfère à l'article 1793 du Code Civil qui dispose que .  
« *Lorsqu'un Architecte ou un entrepreneur s'est chargé de la construction d'un « bâtiment à forfait d'après un plan arrêté et convenu avec le propriétaire du « sol, il ne peut prétendre sous aucun prétexte à des suppléments..... »*

Cet article concerne la réalisation de travaux neufs selon des plans d'exécution.

La réhabilitation ne consiste pas à construire, mais souvent à consolider l'existant.

Ne serait-il pas de bon ton dans des cas d'espèces de traiter les marchés :

- une partie à forfait pour les travaux parfaitement définissables.
- au mètre pour ceux imprévisibles sur la base d'un bordereau de prix unitaires contractuels.

Ce serait une façon d'assurer l'équilibre du contrat, sinon tous les risques reposent sur les épaules de l'entrepreneur avec la menace de dépôt de bilan.

### 1.3. LES DELAIS CONTRACTUELS

Les délais contractuels sont trop courts, souvent impossibles à respecter sans tolérance, mais certes acceptés par les entreprises pour avoir le marché.

Avec la main d'œuvre actuelle qui ne cesse de se dégrader, les listes de finitions et de malfaçons s'allongent d'où des reprises longues et coûteuses en fin de chantier et des dépassements de délai entraînant l'application de pénalités prévues maintenant à tous les stades du chantier pour retard :

- en cours de travaux
- à la fin du chantier
- dans la levée des réserves

Tant et si bien comme je l'ai constaté dans des expertises, des entreprises se voient privées d'acomptes en cours de travaux de par le montant exorbitant des pénalités retenues sur les situations mensuelles.

Autant dire que déjà déficitaires, on peut s'attendre au pire.

A cet effet la nouvelle norme article 9.5.pénalités, stipule . . .

*« Il est appliqué, après mise en demeure, une pénalité journalière de 1/1000<sup>ème</sup> »* « du montant du marché.

*« Le montant des pénalités est plafonné à 5 % du montant du marché ».*

Sur cette base le plafond est atteint en 50 jours calendaires.

Cinq pour cent c'est très très lourd quand on sait qu'aujourd'hui les entreprises sont déjà satisfaites quand elles font un point de bénéfice.

Je serais partisan qu'au marché soit motivée la clause pénale eu égard au préjudice subi par le Maître d'ouvrage en cas de retard dans la livraison des travaux, façon pour l'entrepreneur de prendre conscience du risque encouru.

De même le Tribunal en cas de contentieux pourra apprécier et, comme l'y autorise l'article 1152 du Code Civil, modifier la clause pénale en hausse comme en baisse.

Maintenant je demande au Maître d'œuvre en concertation avec le Maître d'ouvrage de mesurer les conséquences d'une application trop rigoureuse de la clause pénale en cours de travaux, notamment si l'entreprise se révèle sérieuse et solvable.

Ce qui reste primordiale, c'est une bonne et juste appréciation des ouvrages réalisés et de la somme restant au marché pour les parachever.

Ceci est un changement radical, car en période faste du bâtiment l'application des pénalités était très rare.

### 1.4. LES TRAVAUX SUPPLEMENTAIRES ET LES RECLAMATIONS

De ce qui précède, les entreprises contraintes de traiter sans marge, sont amenées pour ne pas aggraver leur déficit voire pour tenter de le combler, de montrer de la vigilance sans ménagement à l'encontre du Maître d'œuvre et du Maître d'ouvrage pour l'application à la lettre des pièces contractuelles (*plans, devis descriptifs*), d'où un climat tendu sur les chantiers.

N'hésitent plus à solliciter en cours de travaux des suppléments pas forcément fondés au regard des pièces contractuelles, pouvant amener un

ralentissement voire à une suspension des travaux ou encore, comme c'est souvent pratiqué maintenant, joindre une réclamation à leur mémoire définitif de travaux, qui va conduire à des discussions longues et difficiles.

A une époque maintenant révolue, les entreprises prenaient soin de prévoir une marge déjà pour éviter les comptes inter-entreprises, afin de préserver une bonne entente sur le chantier, salulaire au moment d'établir les décomptes définitifs.

## **1.5. LES RESILIATIONS DE MARCHÉ**

### **1.51. Abandon de chantier**

Il n'est pas surprenant de voir maintenant des entreprises qui pour avoir traité à prix tirés, n'hésitent plus, dès lors que les travaux se déroulent mal, à abandonner purement et simplement le chantier pour ne pas aggraver les pertes financières.

Les dépôts de bilan bien que momentanément stabilisés, sont la cause de la majorité des résiliations de marché. Il est bien rare qu'en cours de chantier on n'ait pas à déplorer un dépôt de bilan d'entreprise, plus particulièrement les sous-traitants pour avoir traité encore plus bas que l'entreprise principale.

### **1.52. Conséquence**

Ces ruptures de marché ont bien entendu une incidence financière pour le Maître d'ouvrage mais aussi pour les autres intervenants telles les entreprises co-traitantes qui peuvent voir leurs travaux suspendus et le Maître d'œuvre, à qui il revient pour une reprise rapide du chantier :

- de préparer la réception des travaux de l'entreprise défaillante
- de procéder à l'état d'avancement précis des travaux pour établir le décompte définitif qui souvent fait apparaître un trop perçu à l'entreprise
- de consulter et traiter avec une nouvelle entreprise pour achever les travaux

- de chiffrer les surcoûts, (travaux - honoraires), à inclure dans la déclaration de créance du Maître d'ouvrage en cas de dépôt de bilan de l'entreprise

- d'informer la compagnie d'assurances auprès de laquelle la police « dommages- ouvrage » a été souscrite pour éviter les litiges en cas de désordres en période de garantie décennale.

## **1.6. LA QUALITE DE LA MAIN D'ŒUVRE**

Ne perdons pas de vue la qualité de la main d'œuvre qui ne cesse de se dégrader sur les chantiers, ce qui n'est sans doute pas sans rapport avec les prix tirés, d'où les inconvénients évoqués en matière de finitions et malfaçons au moment des visites avant réception.

Ce problème grave semble sans solution à court terme.

De ce qui précède si on ne peut que supporter la conjoncture actuelle, il n'en demeure pas moins que tant dans les pièces du marché qu'en cours de travaux, des dispositions sont à prendre pour parer au mieux à ces changements notoires, si l'on veut espérer réduire les conflits au moment de liquider les comptes.

## **II - LES DISPOSITIONS A PRENDRE PAR LE MAITRE D'ŒUVRE**

### **2.1. DES LA SIGNATURE DU MARCHÉ**

#### **2.11. Le devis quantitatif-estimatif (D.Q.E.)**

Certes il s'agit d'une pièce non contractuelle au marché ; n'empêche qu'elle sert de référence pour établir les situations mensuelles de travaux et régler les acomptes aux entreprises.

De même que les prix unitaires ont une valeur contractuelle, dès lors que le C.C.A.P. prévoit que les travaux supplémentaires assimilables seront facturés sur la base de ceux du D.Q.E.

Plus que jamais, le Maître d'œuvre doit s'assurer que le D.Q.E. est le reflet des tâches à réaliser avec les prix spécifiques qui s'y rapportent.

Révolu le temps où l'on fermait les yeux devant les entreprises qui faisaient en sorte que les ouvrages réalisés au début du chantier soient surestimés pour leur assurer de la trésorerie.

Sans conséquence pour le Maître d'ouvrage si l'entreprise achève le chantier, même si pour cette dernière c'est de la mauvaise gestion.

Mais aujourd'hui si l'entreprise abandonne le chantier c'est assurément un risque de surcoût important pour le Maître d'ouvrage ; exiger des quantités et des prix unitaires par tâche s'impose.

#### 2.12. Planning financier de l'entreprise

Dès lors qu'il est devenu coutumier d'avoir un mémoire en réclamation au moment du décompte définitif, il convient d'avoir des pièces probantes au marché pour permettre au Maître d'œuvre d'apprécier le bien fondé de la demande de l'entreprise.

Un planning financier doit être ainsi élaboré avec le Maître d'œuvre pour déterminer le montant mensuel prévisionnel des travaux et l'effectif du personnel de chantier avec des marges de tolérances à convenir, afin de pouvoir comparer le moment venu avec l'avancement réel des travaux.

#### 2.13. Autres pièces à produire

- pourcentage des frais généraux (*siège*)
- pourcentage des frais généraux (*chantier*)

certifiés par l'expert comptable ou le commissaire aux comptes de l'entreprise.

- le décompte main d'œuvre et matériaux découlant du D.Q.E.
- salaires main-d'œuvre et encadrement
- coût immobilisation du matériel sur le chantier :
  - . grue
  - . bétonnière
  - . compresseurs
  - . banches
  - . cantonnement etc . . .

Ce n'est certes pas exhaustif, mais déjà ces renseignements seront précieux pour apprécier la recevabilité de la réclamation de l'entreprise et ainsi éliminer des discussions stériles au moment du décompte définitif.

Ce sont des tâches fondamentales qui devraient être confiées à un économiste.

## 2.2. PENDANT LES TRAVAUX

### 2.21. Règlements d'acomptes en cours de travaux

On se situe dans le cadre de marchés traités à forfait pour être les plus fréquents.

A la limite on pourrait s'en tenir au seul montant global.

Mais comme en matière de travaux l'entreprise n'a pas les moyens d'attendre la fin de son marché pour facturer, le Maître d'ouvrage délivre des acomptes sur la base de situations mensuelles vérifiées par le Maître d'œuvre suivies de propositions de paiement. Profitons-en pour préciser qu'il ne s'agit pas de travaux facturés, confusion à l'origine de contentieux en matière de cession « loi Dailly ».

Si, en période faste du bâtiment, cette vérification n'était pas rigoureuse, car sans crainte quant à l'issue du chantier, aujourd'hui il convient d'éviter les trop-perçus à l'entreprise que le marché s'accomplisse ou s'interrompe.

C'est pourquoi, il est impératif à l'aide du D.Q.E. détaillé que chaque fin de mois un état d'avancement contradictoire soit dressé sur le chantier en présence de l'entrepreneur et du Maître d'œuvre, ce qui en outre a l'avantage de pouvoir contrôler la qualité des travaux et d'estimer l'importance des finitions dont la valeur est à déduire des situations mensuelles de travaux.

#### 2.22. Le règlement des travaux d'un marché résilié

L'entreprise a traité à forfait, elle peut donc prétendre à ce que lui soit réglé la partie exécutée de son marché.

Mais la résiliation du marché ne doit pas conduire à passer d'un marché traité à forfait (estimation avant travaux) à un marché au mètre (estimation après travaux réalisés).

Initialement l'entreprise a élaboré son offre de prix d'après un dossier de consultation entreprises (DCE) dressé par l'Architecte.

Puis réalise ses travaux d'après des plans d'exécution de son bureau d'études techniques différents de ceux du DCE.

Si l'enjeu financier le justifie, il convient alors après un état d'avancement si possible contradictoire avec un représentant de l'entreprise, de métrer par exemple les travaux exécutés sur la base des plans d'exécution béton et ensuite métrer la totalité des travaux à partir de ces mêmes plans pour en tirer un pourcentage d'avancement à appliquer à la valeur des travaux correspondants au D.Q.E., annexé au marché pour ne pas dénaturer la notion de forfait.

#### 2.23. Les finitions - les malfaçons

L'ampleur des finitions et malfaçons a tendance à augmenter pour les raisons déjà indiquées, elle représente un coût de parachèvement et un délai pour y remédier parfois difficile à apprécier. C'est pourquoi, il est impératif pour le Maître d'œuvre d'imposer à l'entreprise les reprises à l'avancement et ne pas attendre la fin des travaux toujours pour éviter des surcoûts importants si le Maître d'ouvrage se voit contraint de faire intervenir une tierce entreprise pour y remédier.

C'est encore plus sensible quand l'entreprise abandonne le chantier car, la période qui précède cet événement, l'encadrement pour faire de la trésorerie a tendance à donner des consignes pour que l'on ne s'attarde pas sur les reprises, de même que le personnel de chantier informé de la situation de l'entreprise a malheureusement tendance à « saboter » (le mot n'est pas trop fort).

Malgré ces précautions, l'expérience montre qu'on ne peut éviter des découvertes lors de la poursuite des travaux avec la nouvelle entreprise.

Je pense qu'une clause au C.C.A.P. devrait prévoir à ce titre un pourcentage d'abattement à définir, sur le solde censé dû à l'entrepreneur.

#### 2.24. Les attachements

C'est une pratique quasi abandonnée qu'il convient de reprendre pour disposer au moment du mémoire définitif de pièces probantes.

En cas de litige en cours de travaux portant sur des suppléments susceptibles d'être réglés par le Maître d'ouvrage, cette pièce permettra d'avoir les éléments indiscutables si on a pris soin de se conformer à l'article 15.4. de la nouvelle norme N.F. P 03.001.

##### « 15.4. Attachements

##### « 15.4.1. Sont à prendre en attachement « figurés ou écrit »

« 15.4.1.1. Tous les travaux temporaires ou cachés, désignés au Cahier des « Clauses Administratives Particulières et, d'une manière générale, tous les « travaux cachés qu'il sera impossible ultérieurement de relever ou de métrer « Si l'attachement, par refus ou par défaut du Maître d'œuvre, n'est pas signé « en temps voulu, l'entrepreneur, pour éviter les retards dans l'exécution des « ouvrages, l'adresse au Maître d'œuvre par lettre recommandée avec avis « de réception et poursuit les travaux ».

Ce sont ces pièces précieuses qui font défauts au mémoire en réclamation.

#### 2.25. Travaux supplémentaires sur série de prix

Certains C.C.A.P. en cas de désaccord sur les prix unitaires, font références à ceux de la Série Centrale des Architectes affectés d'un rabais selon le corps d'état.

Signalons que depuis l'arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 08/02/2000, l'Académie d'Architecture s'est vue interdire l'édition de la Série Centrale des Architectes et qu'il convient donc d'avoir recours à un autre recueil de prix de préférence avec la valeur des fournitures et de la main-d'œuvre.

#### 2.26. Le règlement des litiges en cours de travaux

Une pratique a tendance à s'instaurer concernant les opérations immobilières importantes : le Maître d'ouvrage et l'entreprise générale, ou le contractant général prennent l'engagement de soumettre tous litiges survenant en cours de travaux à un ou plusieurs techniciens désigné d'un commun accord dans les pièces contractuelles dont l'avis devra être rendu à bref délai sans que les parties puissent le contester ultérieurement.

C'est assurément une façon de préserver le bon déroulement du chantier et de régler les problèmes liés aux suppléments de travaux et au délai contractuel plutôt qu'attendre le décompte définitif.

Sans doute est-ce la solution pour réduire les réclamations des entreprises en fin de travaux.

### 2.3. FIN DES TRAVAUX

#### 2.31. Réception des travaux

##### A/ Marché résilié

Si la jurisprudence a admis la réception de travaux interrompus pour cause de résiliation, c'est bien révélateur de l'importance des dépôts de bilan conséquence de travaux trop souvent sous estimés par les entreprises.

Là encore, le Maître d'œuvre a une charge supplémentaire non prévue à son contrat, qui consiste à déterminer précisément sur plans ou au moyen de descriptions détaillées, les travaux réceptionnés de l'entreprise défaillante pour en cas de désordre durant la période de garantie décennale, éviter la confusion avec ceux de l'entreprise qui aura achevé le chantier.

##### B/ Levée des réserves

En fonction de l'opération, il nous paraît indispensable de fixer au C.C.A.P. le délai imparti à l'entreprise pour lever ses réserves et celui à partir duquel le Maître d'ouvrage pourra faire appel à une tierce entreprise pour y remédier.

##### C/ Constat de levée de réserves

C'est une pièce à joindre au procès-verbal de réception des travaux dont un exemplaire sera adressé par le Maître d'ouvrage à la compagnie près laquelle a été souscrite la police « dommages-ouvrage » pour éviter notamment les litiges ultérieurs avec l'Expert de la compagnie sur la question des vices apparents.

#### 2.32. Le décompte définitif

##### A/ Délais

Les articles 19.5. et 19.6 de la nouvelle norme fixe respectivement à 60 jours (au lieu de 120 jours à la précédente de Septembre 1991) à dater de la réception des travaux, le délai imparti à l'entreprise pour produire son mémoire définitif au Maître d'œuvre, et à 45 jours (au lieu de 60 jours) au Maître d'ouvrage à dater de la réception du décompte définitif établi par le Maître d'œuvre, pour le notifier à l'entreprise.

Mais comme le Maître d'œuvre n'est pas partie au marché de travaux, la norme est muette concernant le délai imparti au Maître d'œuvre pour produire ce décompte au Maître d'ouvrage ce qui doit conduire à porter cette précision à son contrat, voire au C.C.A.P. sinon manque un maillon à la chaîne des délais respectifs.

##### B/ Le coût des réserves non levées

La date de production du décompte définitif devrait être alignée sur celle du délai imparti à l'entreprise pour lever ses réserves (*finitions*) ou à celui des entreprises intervenant à la demande du Maître d'ouvrage pour

ce faire, surtout si le coût en résultant dépasse la retenue de garantie de 5 % de l'entreprise défaillante.

C/ Le compte prorata (marché en corps d'état séparés)

L'article 14.2.3. de la nouvelle norme, précise . . .

*« Dans les 90 jours qui suivent la réception des travaux, la personne chargée « de la tenue du compte prorata adresse au Maître d'œuvre une attestation « faisant apparaître la situation de chaque entrepreneur vis à vis du compte « prorata. Cette attestation, que le Maître d'œuvre joint au décompte définitif adressé au Maître d'ouvrage . . . »*

**En fait, le Maître d'ouvrage se doit de ne pas solder le marché de l'entreprise sans cette attestation ou alors déduire de son décompte définitif la quote-part lui incombant de régler au gestionnaire.**

D/ Modifications dans l'importance et la nature des travaux

L'article 11.1.1.1., précise . . .

*« En cas de l'augmentation de la masse des travaux, l'entrepreneur est tenu « d'exécuter les travaux supplémentaires tant que l'augmentation, évaluée aux « prix initiaux n'excède pas le quart (25 %) du montant initial des travaux..... »*

L'article 11.1.1.2., ajoute . . .

*« ..... S'il y a lieu, les délais d'exécution sont modifiés en conséquence ».*

L'article 11.1.2.1. . . .

*« En cas de diminution de la masse des travaux, l'entrepreneur ne peut élever « aucune réclamation tant que la diminution, évaluée au prix de base du marché « n'excède pas 15 % du montant initial prévu ».*

C'est une situation spécifique aux travaux sur existants où le Maître d'ouvrage s'efforce d'aboutir à un bilan des plus et moins values égal à ZERO.

Reste que pour y parvenir, l'entreprise engage des dépenses tant pour les plus que pour les moins values.

D'autre part, ces modifications de programme à petites doses répétées peuvent générer un bouleversement du marché de nature à remettre en cause prix et délai du forfait.

En d'autres termes, les plus et les moins values devraient plutôt s'additionner pour apprécier l'indemnisation due à l'entreprise et accorder une prolongation de délai.

#### CONCLUSION

Comme rien ne laisse présager un avenir plus faste pour l'industrie du bâtiment, il n'est guère probable, que l'on se dirige vers la politique « du mieux disant » ; résultat d'analyses minutieuses des offres, pourtant prônée depuis des lustres par ses partisans dont je fais partie, que ce soit en marché privés ou publics d'ailleurs.

Sans doute serait-ce une des solutions pour parvenir à la liquidation des relations contractuelles des intervenants avec moins de difficultés, d'autant qu'on peut se poser la question de savoir malgré . . .

- les mémoires en réclamation,
- le remplacement d'entreprises défaillantes et les retards en résultant,
- la qualité des travaux qui se dégrade,
- les contentieux,

dont les surcoûts pèsent sur le bilan des opérations, si les maîtres d'ouvrage y trouvent néanmoins leur compte en retenant le moins disant.

Pour ce qui est des Maîtres d'œuvre, il est clair que cette question ne se pose pas, tellement les tâches s'alourdissent dans tous les domaines pour accomplir au mieux leur mission.

Ceci dit j'espère que ces remarques auront retenu votre attention et qu'elles vous conduiront peut-être à revoir vos prochains C.C.A.P.

Je voudrais vous lire une lettre que beaucoup connaissent, qui n'est pas jeune puisqu'elle est du 17 juillet 1685, M. Vauban s'exprimait à Louvois

en ces termes : "Il y a quelques queues d'ouvrages des années dernières qui ne sont point finis et qui ne finiront point, et tout cela, Monseigneur, par la confusion que causent les fréquents rabais qui se font dans vos ouvrages, car il est certain que toutes ces ruptures de marché, manquements de paroles et renouvellement d'adjudications ne servent à vous attirer comme entrepreneurs tous les misérables qui ne savent où donner de la tête, les fripons et les ignorants, et à faire fuir tous ceux qui ont de quoi, qui sont capables de conduire une entreprise.

Je dis de plus qu'elles retardent et renchérissent considérablement les ouvrages, qui n'en sont que plus mauvais, car ces rabais et bon marchés tant recherchés sont imaginaires d'autant qu'il est d'un entrepreneur qui perd comme d'un homme qui se noie, qui se prend à tout ce qu'il peut ; or se prendre à tout ce qu'on peut en matière d'entrepreneur, c'est ne pas payer les marchands chez qui il prend des matériaux, mal payer les ouvriers qu'il emploie, friponner tout ce qu'il peut, n'avoir que les plus mauvais parce qu'ils se donnent à un meilleur marché que les autres, n'employer que les plus méchants matériaux, chicaner sur toutes choses, et toujours crier miséricorde contre celui-ci et celui-là.

En voilà assez, Monseigneur, pour vous faire voir l'imperfection de cette conduite, quittez-là donc et au nom de Dieu rétablissez la bonne foi : , donnez le prix des ouvrages, ne refusez pas un honnête salaire à un entrepreneur qui s'acquittera de son devoir, ce sera toujours le meilleur marché que vous puissiez trouver".

(Applaudissements)

Je ne crois pas que les choses ont beaucoup changé.

**Me PERICAUD.-** Merci Monsieur LABADIE.

Y a-t-il des questions dans la salle. Maître MARGANNE....

**Me MARGANNE.-** Je voudrais rendre hommage à l'exposé de M. LABADIE, exposé lucide et courageux, notamment par la conclusion d'une vieille lettre de Vauban qui était affichée dans toutes les cabanes de chantiers, c'est-à-dire la lettre adressée par Vauban à Louvois.

A l'heure actuelle, on est bien loin de cette lettre, parce que Monsieur LABADIE, on est passé du consensualisme prévu dans le cadre des marchés à un esprit consumériste qui a été consacré par la réglementation sur la maison individuelle.

Mais il n'empêche quand même que je dois rendre hommage à la distinction que vous avez établie sur le marché forfaitaire entre d'une part les travaux neufs et d'autre part les travaux de réhabilitation.

Les travaux neufs, je partage tout à fait votre sentiment, en ce sens que les travaux supplémentaires c'est clair, net et précis et on sait ce que l'on doit.

En revanche, pour les travaux de réhabilitation, on navigue dans une zone obscure et ambiguë qui n'est pas dénuée de toute innocence, lorsqu'ils sont rédigés par le maître d'oeuvre de façon à pouvoir induire en erreur l'entrepreneur.

A ce sujet, j'émettrai deux corrections, la première qui est d'une part que la limite de prestation dans le marché forfaitaire pour des travaux de réhabilitation cela s'appelle le plan arrêté et convenu.

Si le maître d'oeuvre n'a pas su traduire les besoins, les contraintes fonctionnelles d'utilisation de celui à qui est destiné l'ouvrage, il en prend la responsabilité.

Deuxième correction, c'est que je crois qu'il faudrait soumettre un jour cette affaire à la Cour de Cassation, je crois que nous avons tous dans nos cabinets ce genre d'affaire, c'est-à-dire de préciser qu'en cas de clause imprécise, mal définie, le code civil dit que la clause qui est imprécise doit s'interpréter en faveur de celui qui l'a contractée et par voie de conséquence toutes ces clauses alambiquées, en disant que toute imprécision dans les

marchés constitue un engagement inconditionnel à la charge de l'entrepreneur, pourraient être écartées par ce principe de code civil qui dit qu'en cas d'imprécision la clause doit être interprétée favorablement dans le sens de celui qui l'a contractée.

En revanche, après vous voir fait des éloges, Monsieur LABADIE, maintenant je vais rester plus perspicace sur un problème que vous n'avez pas abordé, qui est une calamité sur les chantiers, c'est-à-dire le délai qui entraîne - vous avez parlé de liquidation des comptes- la liquidation des entreprises par l'application abusive de pénalités de retard et d'allongement de délais parce que les projets ne sont pas définis, ne sont pas maîtrisés, qu'on n'a pas commercialisé le programme.

Quelles sont les solutions que l'on peut proposer ? Eh bien, il n'y en a pas beaucoup puisque finalement on arrive à une certaine automaticité de l'application des indemnités de retard. On ne peut que recommander au Juge d'avoir un peu de circonspection sur la façon dont les indemnités de retard sont appliquées et par exemple de cautionner ou de les mettre entre parenthèses dans un fonds de caution en attendant qu'on administre la preuve du retard de l'entrepreneur.

D'autre part, il est évident - cela me paraît le plus important - qu'on entend toujours en cours d'expertise que l'on parle d'un calendrier enveloppe avec un calendrier délais d'exécution mais on ne parle jamais, on ne demande jamais en expertise le calendrier décisionnel du maître de l'ouvrage qui doit être calqué sur le calendrier détaillé d'exécution qu'a remis l'entrepreneur de façon à ce que les décisions ne soient pas tardives et ne se situent pas au-delà du champ critique.

Et enfin, la dernière observation : lorsqu'il y a un allongement de délai indépendant de la volonté de l'entrepreneur - naturellement si l'entrepreneur est en retard, on doit lui appliquer des pénalités de retard, si l'entrepreneur n'est pas diligent, il doit subir la sanction de l'application des pénalités de retard - en raison de causes tout à fait étrangères à la volonté de l'entrepreneur, je crois qu'il faut aujourd'hui appliquer non seulement les problèmes d'immobilisation pour les débours, l'encadrement et le reste mais appliquer ce qu'on appelle la perte d'industrie, c'est-à-dire l'absence de la recette de chiffre d'affaires qui aurait dû être produite par l'entrepreneur pendant la durée du délai qui ne couvre pas une part de ces frais fixes qui sont les frais généraux sur lesquels il n'y a pas de couverture.

Je rappelle à cet égard, à notre digne Assemblée, que le contrat d'entreprise s'appelle un contrat de louage ouvrage et d'industrie.

Je voudrais avoir votre réponse sur ce point.

**M. LABADIE.-** Tout d'abord, j'ai quand même parlé de ces délais, j'ai déjà parlé du fait que les entreprises signent des plannings qui sont quasiment irréalisables. C'est une chose.

Quant aux pénalités, j'ai également dit qu'il fallait quand même réfléchir en cours de travaux pour le maître d'oeuvre, en concertation avec le maître de l'ouvrage, pour éviter d'appliquer des pénalités comme je l'ai vu il n'y a pas très longtemps dans une entreprise où l'entreprise attendait depuis trois mois, elle n'avait pas eu de règlement depuis trois mois parce qu'on lui avait appliqué des pénalités de retard pour l'appartement témoin, 600.000 francs, bref c'était affreux.

Pour ce qui est des délais, malheureusement l'entreprise signe et s'expose bien entendu à ce genre de situation.

Maintenant si le retard n'est pas de son fait, je le disais tout à l'heure, je peux vous dire que je n'ai pas vu beaucoup dans mes mémoires de réclamations des attachements bien préparés. C'est pour cela que je suis partisan, je le disais tout à l'heure, que les problèmes et que les règlements des litiges se fassent en cours de travaux.

Tout le monde veut que cela aille vite, qu'on ne perde pas de temps et on est plus enclin à accepter une prolongation de délai et un supplément à

l'entreprise alors qu'à la fin du chantier, on a déjà oublié les événements et l'entreprise a beaucoup de mal à justifier.

Je donne un exemple : quand une entreprise vous dit : "j'ai passé 50.000 heures, j'en avais prévu 20.000, on m'en doit 30.000", non, à ce moment-là on s'est trompé de marché. Il fallait le traiter en régie.

C'est pour cela que je disais tout à l'heure qu'il fallait passer le temps nécessaire et suffisant pour que le devis quantitatif estimatif de l'entreprise soit extrêmement précis, que ce soit fait par l'économiste, je pense que c'est le bon terme, c'est un économiste parce qu'il va bien voir si véritablement cela colle bien par rapport au planning et puis si véritablement il y a un dérapage, s'il est inhérent à l'entrepreneur ou au maître de l'ouvrage, eh bien à ce moment-là on voit beaucoup plus facilement les problèmes lorsqu'on les soumet à l'expert un an et demi après, en cas de litige.

C'est tellement vrai qu'on le voit bien, une entreprise demande 10.000 francs, de mémoire en réclamation, cela se termine toujours par des sommes de 1.000 ou 2.000 F. Pourquoi ? Parce que l'entreprise elle-même n'a pas pris le soin, au fur et à mesure du chantier, de bien constituer son dossier précis.

Voilà quel est mon sentiment.

**Me MARGANNE.-** Je partage tout à fait votre avis sur la préparation, mais vous n'avez pas répondu à ma question sur la non couverture des frais généraux qui là sont indiqués par le commissaire aux comptes et ne sont pas couverts par une recette de chiffre d'affaires pendant le chantier.

**M. LABADIE.-** Dès lors que l'entreprise a une perte, il faut la dédommager, dès lors que l'entreprise ne peut pas faire son chiffre d'affaires, bien entendu on retient cette perte qui est indiscutable, du moins on le propose dans notre rapport, cela paraît fondamental.

**Me PERICAUD.-** Il faut distinguer deux choses, pour répondre à la question de Maître MARGANNE.

Il y a d'une part le marché, M. PERINET-MARQUET disait "le marché et la norme AFNOR si on est en marché public", qui prévoit différentes dispositions. A partir du moment où elles sont visées dans le contrat, elles deviennent des dispositions contractuelles.

Il en est ainsi des pénalités de retard notamment.

La question est posée de savoir si les pénalités de retard réparent l'intégralité du préjudice. Maître MARGANNE nous dit "pas forcément, s'il y a d'autres sources de préjudice, frais généraux, etc." Je pense que la réponse à ce moment-là a déjà été évoquée tout à l'heure : indépendamment du contrat, de la norme AFNOR ou du CCAG des marchés publics, qui régleront le problème des pénalités de retard, les autres préjudices, s'ils sont prouvés, devront l'être selon les termes du droit commun, c'est-à-dire selon les notions habituelles de réparation de tout préjudice sous forme de dommages et intérêts.

Il faut donc poser le principe que les pénalités de retard c'est une chose, cela répare un poste de préjudice mais les pénalités de retard ne sont pas exclusives d'autres formes de dédommagement.

**M. JACOMET.-** Je crois que c'est une question qui demeure ouverte, tout dépend de la façon dont sont définies les pénalités de retard, selon qu'elles sont analysées à certains égards comme des clauses pénales qui ont un caractère à la fois indemnitaire et de sanction et je crois qu'il faut faire très attention de ne pas s'exposer à ce qui est une double réparation du préjudice.

Il faudrait, à ce moment-là, déterminer ce que couvrent les pénalités de retard, mais on ne peut pas à la fois prévoir une indemnisation contractuelle et puis sortir de ces indemnités.

En tout cas c'est un débat qui risque d'être ouvert, qui ne paraît pas aussi évident que cela. Il faut bien le déterminer.

En revanche, sur la question de la prise en compte de la totalité du préjudice, indépendamment des pénalités de retard, les tribunaux prennent en compte ce préjudice dans le cadre d'annulation des contrats de sous-traitance, c'est une démarche qui doit être faite systématiquement et on aboutit à des résultats extrêmement curieux, c'est que sortant du cadre d'un contrat de sous-traitance, annulant le contrat et calculant les travaux au prix réel de ce que cela a coûté, on s'aperçoit que ce coût est multiplié par 4 ou par 5.

A ce moment-là, on se demande quelle est la sincérité du contrat, au moins intellectuellement. On s'aperçoit que dans certains cas, la demande d'annulation du contrat de sous-traitance est un moyen de négociation du coût de travaux supplémentaires qui ont été convenus.

Il y a une discussion uniquement sur le montant, presque tout le monde est d'accord sur la légitimité des travaux supplémentaires et à ce moment-là je n'ai pas reçu la caution intégrale, il n'y avait eu que 95 % de la caution, je demande l'annulation du contrat de sous-traitance, tentative de prise de force, donc négociation contractuelle se rattachant au marché qui n'avait pas été fait.

On s'aperçoit à partir de ce moment-là que le coût du marché peut être multiplié par 4 ou 5 alors que sur la quasi totalité du marché tout le monde était d'accord sur son coût.

On se demande à ce moment-là et on voit qu'il y a un problème dans la définition et dans le montant - on l'a suffisamment abordé au cours de ces travaux - sur l'absence de marge que font les entrepreneurs sur le marché, le risque de déséquilibre économique qui résulte de pénalités de retard et j'ai ajouté tout à l'heure que les délais sont compris mais qu'ils ne sont pas tenables, même si on est dans le cadre d'un fonctionnement relativement normal.

Je crois que cela pose un vrai problème. Dès l'instant où il y a un préjudice éprouvé, on peut le prendre en compte, cela a été dit, c'est une question de preuve, mais ce n'est pas une question de légitimité.

Si on a prévu des pénalités de retard qui ont pour objet de couvrir la totalité du préjudice subi, si on n'a pas dit que les indemnités de retard ne couvriront que tel ou tel aspect, il est extrêmement difficile de prendre d'autres sources de réparation de préjudice car on aboutirait à une double indemnité de retard.

En tout cas il devrait y avoir, d'après le juge, un débat sur ce point. C'est un débat qui n'est pas simple. L'indemnité de retard ne couvre que tel ou tel aspect. Si on n'en a pas discuté contractuellement avant, le juge pourra prendre en compte n'importe quelle autre indemnité.

**Me PERICAUD.**- Sur ce point, nous avons là un conflit qui est intéressant, Messieurs les universitaires, M. PERINET-MARQUET, M. MALINVAUD et M. AYNES, vous avez peut-être une réponse à fournir parce que là ils sont taisants, ils se reposent.

Alors, Messieurs, le fantôme de l'Opéra, c'est peut-être vous !  
Monsieur Philippe MALINVAUD....

**M. MALINVAUD.**- Comme vous l'avez fort bien dit, Maître, je me repose !

**Me PERICAUD.**- Monsieur PERINET-MARQUET avez-vous une réponse ?

**M. MALINVAUD.**- Il était de garde !

**Me PERICAUD.-** Est-ce qu'on peut cumuler les pénalités et dommages et intérêts pendant les bouleversements économiques du contrat ?

Enfin, c'est l'observation de M. Le Président JACOMET.

Est-ce que la clause pénale épuise le préjudice ?

**M. VALDES.-** Je crois qu'il ne faut pas perdre de vue que la clause pénale traduit la volonté des parties, est conçue par celles-ci pour ne pas s'exposer à un arbitraire du juge, dans la détermination du préjudice indemnifiable et du montant de la réparation.

C'est finalement parce qu'on ne fait pas confiance au juge que les parties tentent de se prémunir contre ce risque, en stipulant la pénalité de retard.

Je veux dire ceci, c'est que la pénalité de retard ou la cause pénale est à double tranchant, elle est forfaitaire. Elle couvre l'intégralité du retard dans tous ses aspects. Il ne faut pas dire qu'une partie du préjudice issu du retard rentre dans le champ d'application de la clause qui est de la volonté contractuelle et qu'il pourrait y avoir tout de même une autre partie du préjudice qui serait soumise, qui resterait soumise à l'appréciation du juge du fond. C'est tout ou rien.

Le juge du fond apprécie le préjudice en dehors de tout aspect forfaitaire, comme le prévoit la clause pénale, la seule chose que peut faire le juge c'est en présence d'une clause pénale excessive de la réduire ou d'une clause pénale dérisoire de l'augmenter. Cela ne va pas plus loin.

Maintenant, je voudrais répondre aux propos de Maître MARGANNE qui attend de la Cour de Cassation une intervention quant aux règles d'interprétation des contrats.

Là, je n'ai pas de peine à souligner que de deux choses l'une encore, ou le contrat est clair et on l'applique, ou le contrat est ambigu et on l'interprète. C'est au juge du fond de le faire selon le double degré de juridiction.

Mais attention, la Cour de Cassation n'est pas un troisième degré de juridiction, par conséquent tout moyen qui tend à lui faire interpréter un contrat est impitoyablement rejeté puisque l'interprétation du contrat relève du pouvoir souverain du juge du fond, seule l'interprétation de la loi et de la loi seule relève de la Cour de Cassation.

Il ne faut pas attendre des miracles de ce côté-là, Maître MARGANNE, je crois.

**Me PERICAUD.-** Dans le même sens, à moins que M. PERINET-MARQUET ne veuille intervenir, Monsieur AYNES...

**M. AYNES.-** Je profite de ce que mes collègues se reposent et que je me mets en jambes pour revenir un instant sur cette question de clause pénale.

Je crois qu'il faut distinguer deux sortes de clause pénale. Il y a la clause pénale pour simple retard qui ne répare que les conséquences du retard. Nous avons donc des décisions qui admettent que par conséquent si le préjudice tient à d'autres causes que le retard, il n'est pas réparé par la clause pénale, par conséquent il doit faire l'objet d'une indemnisation.

Si, au contraire, nous avons à faire à une clause pénale sèche, tout manquement, etc... sera réparé par... en principe tous les préjudices sont couverts effectivement de manière forfaitaire par cette clause. La seule issue c'est le caractère dérisoire de cette clause par rapport au préjudice qui pourrait éventuellement autoriser une augmentation.

Mais il y a deux régimes, la clause pénale pour retard et la clause pénale en général.

**Me PERICAUD.-** Merci beaucoup de cette précision.

Maître HUET...

**Me HUET.-** Je voudrais revenir sur un élément plus général dans l'exposé de M. LABADIE, vous avez très bien mis en avant les dysfonctionnements qui peuvent exister, entre contrats de maîtrise d'oeuvre et marché d'entreprise pour les préjudices.

Ce qui est essentiel, c'est le point de départ pour liquider un contrat, cela ne se passe pas toujours si mal lorsqu'au départ l'opération a été bien conduite par le maître de l'ouvrage

Il existe de bons maîtres de l'ouvrage. Il existe de bons maîtres d'oeuvre et de bonnes entreprises. Encore faut-il qu'au départ, dès le montage de l'opération, il y ait cohérence entre les pièces marchés.

Je me suis amusé dans mon dernier petit livre sur "l'architecte, maître d'oeuvre" à faire la comparaison entre les différents marchés types ou les normes, comment établir le DGD ?

Déjà si vous regardez la règle du jeu dans les marchés publics, dans les CCAG, dans l'ensemble des pièces qui sont celles de la maîtrise d'oeuvre, le CCAGPI-maîtrise d'oeuvre, si vous regardez ce qui se passe par rapport à un marché privé à la norme AFNOR, dans le cadre des contrats d'architectes, etc., sur le problème des DGD pour la liquidation du marché, on s'aperçoit qu'il y a des règles du jeu totalement différentes et qui deviennent contradictoires..

Il convient donc d'essayer de dépasser les intérêts corporatifs et de servir l'opération dans la logique européenne axée sur la défense des citoyens ou des consommateurs. C'est cela l'objectif.

C'est le rôle des juristes, des juristes d'entreprises d'abord, des avocats ensuite sous le contrôle, a posteriori, des magistrats de rédiger et négocier des contrats et des marchés qui soient cohérents. Aussi ma question à Monsieur LABADIE est la suivante : "lorsque vous appelez de vos voeux une nouvelle norme pour les travaux sur existant, ne pensez-vous pas qu'il y ait suffisamment de normes, de contrats types ?"

Sans doute est-ce utile pour établir des relations contractuelles, mais ne faut-il pas développer avec courage (c'est Maître MARGANNE qui en a parlé) l'esprit de construction des marchés pour répondre aux besoins d'une opération en essayant de s'extraire de ces contrats types. Ne pas faire rentrer nos opérations dans ces contrats types, mais adapter des relations contractuelles en fonction de chaque opération. N'est-ce pas là le gage de l'équilibre du contrat et de la réussite de l'opération ?

**M. PERICAUD.-** Merci Maître de ces précisions..

Votre question en induit peut-être une autre.

Cette autre question induite est de savoir s'il existe une assurance qui couvre le risque résultant des pénalités de retard. C'est peut-être une question, s'il en est d'accord, que je vais poser à Maître Hubert GASNOS ou à M. De BECHILLON-BORAUD...

**Me GASNOS.-** Je crois que ce problème des pénalités de retard et des conséquences dans l'exécution d'un chantier, si on l'apprécie du point de vue du maître de l'ouvrage promoteur professionnel qui a conclu une vente dans l'état futur d'achèvement avec un utilisateur, est un souci.

Au niveau du promoteur professionnel, il a un intérêt primordial à se prémunir contre les conséquences de ces retards.

On a vu tout à l'heure qu'il a plusieurs possibilités, il a une première possibilité c'est dans le marché d'entreprise qu'il a passé avec son cocontractant, d'appliquer les pénalités de retard. Ces pénalités sont plafonnées, elles sont soumises à l'appréciation du juge.

Dans une autre voie, on peut chercher ce qu'il peut y avoir comme garantie au niveau de l'assurance. Au niveau de l'assurance, si on examine les différentes polices, dans la police responsabilité civile professionnelle d'un promoteur, il y a une exclusion de garantie expresse qui dit clairement que les

conséquences de retard de livraison ne sont pas couvertes par la police RCP du promoteur dans ses relations vis-à-vis de son acquéreur en l'état futur d'achèvement.

Donc de ce point de vue là nous n'avons pas de solution.

L'assurance dommages-ouvrage : certains ont imaginé de mettre en oeuvre la garantie des dommages immatériels qui figurent dans les contrats d'assurance dommages-ouvrage au titre des garanties facultatives mais qui ne figurent que dans la partie postérieure à la réception et qui n'est absolument pas prévue dans la période avant réception.

La Cour de Cassation, dans un arrêt récent du 4 avril 2001, si ma mémoire est bonne, a expressément rejeté cette prétention et a indiqué clairement que l'assurance dommage-ouvrage ne comporte pas dans la période avant réception une garantie d'assurance pour les dommages immatériels.

Si le maître de l'ouvrage est avisé, il peut essayer d'obtenir dans le cadre de la police "tous risques chantier" une garantie. La police "tous risques chantier" pourra garantir des pénalités de retard qui pourraient être consécutives à un sinistre lui-même pris en charge par la "tous risques chantier", un accident, un incendie en cours de construction.

Ce ne sera pas suffisant, notamment dans l'hypothèse où mon promoteur professionnel aura vendu en l'état futur d'achèvement à un institutionnel, un immeuble de bureaux, que celui-ci avait prévu de mettre en location à la date de livraison qui était contractuellement fixée au contrat de vente en l'état futur d'achèvement.

Dans cette hypothèse, il a la possibilité de souscrire un avenant à la police garantissant la perte d'exploitation anticipée qui, au cas particulier, ne fera pas beaucoup de difficultés à être établi puisque par définition on aura la possibilité lors de la souscription de la police de décrire très précisément le montant du risque garanti. Il s'agira d'une perte locative correspondant au loyer mensuel de l'immeuble de bureaux en question.

Quel autre type de solution pourrait-on trouver ? Il y en a une autre, c'est celle de la caution. C'est une garantie du type "performance bond", on garantit le maître de l'ouvrage qui n'a contracté avec une entreprise que dans l'hypothèse où si cette entreprise était défailante en cours de chantier, la caution paierait les sommes nécessaires à la conclusion d'un nouveau marché avec un nouvel intervenant se substituant au premier constructeur, et prévoyant toutes les conséquences financières de cette modification. C'est la dernière solution.

**Me PERICAUD.-** Merci de ces explications.

Je crois qu'on peut compléter, Maître GASNOS, vos observations en disant que la garantie que vous venez d'invoquer n'est quand même possible dans la pratique que dans les très gros chantiers. Merci de votre intervention.

On parlait tout à l'heure de modération de l'indemnité de retard, modération si les indemnités de retard sont excessives ou augmentation de celles-ci, est-ce que M. De BECHILLON-BORAUD a une précision à nous donner à ce sujet ?

**M. de BECHILLON-BORAUD.-** On a évoqué la norme tout à l'heure, la nouvelle norme de décembre 2000 qui effectivement prévoit ce plafonnement à 5 % pour les pénalités de retard, ce qui n'existait pas dans la norme précédente.

On peut également comparer ce plafonnement avec l'absence de plafonnement dans le CCAG travaux des marchés publics et on peut également comparer ces deux types de traitement de la pénalité avec ce que l'on peut voir assez régulièrement dans les contrats de travaux qui est un plafonnement de 10 % de la pénalité.

Evidemment, la question est de savoir si la norme telle qu'elle est maintenant rédigée, servira de référence au juge pour finalement apprécier le caractère manifestement excessif ou dérisoire de la clause.

Par sa définition même, l'appellation qu'elle porte, je pense que le juge se référera, me semble-t-il, à cette norme comme référentiel pour apprécier s'il y a un caractère manifestement excessif ou dérisoire d'une clause de pénalité dans un contrat.

Par contre, je pense que ce sera à chaque fois une question de fait, une question d'espèce. Dans les documents que l'on peut consulter à ce sujet, on voit bien que chaque fois ce sont des cas particuliers qui sont donnés à titre d'exemple pour savoir s'il a un caractère manifestement excessif ou dérisoire dans le montant de la pénalité contractuelle.

**M. JACOMET.-** Je crois qu'il ne faut pas oublier l'un des termes, excessif ou dérisoire, cela a déjà un sens mais manifestement cela signifie bien ce que cela veut dire.

Un des problèmes qui semble se poser dans une très large mesure, dans l'exécution d'indemnités donnant lieu à litige, c'est l'absence d'organisation, il serait intéressant de voir dans les chantiers qui marchent bien, que précisément ces chantiers ont bien marché parce qu'il a été possible contractuellement de s'organiser.

La difficulté que l'on retrouve dans les chantiers qui marchent mal, c'est que chacun a pensé d'abord à la propre responsabilité qu'il encourait et qu'il a été oublié le but qui est de réaliser l'oeuvre.

Il faut faire très attention, lorsqu'on dit qu'effectivement "plus je multiplie de documents et plus je serai en mesure de justifier que j'ai bien fait mon travail et je pourrai ainsi éviter une responsabilité éventuelle".

Précisément, le but c'est d'aboutir à la finition du chantier sans qu'une quelconque responsabilité soit mise en cause.

La tendance actuelle est effectivement de recourir au juge dans le cadre de l'exécution même du chantier pour trouver des solutions, précisément pour empêcher que le chantier ne s'arrête.

C'est déjà, me semble-t-il, d'une certaine manière une réponse, car celui qui devrait faire en sorte que normalement ces difficultés ne se posent pas c'est le maître d'oeuvre, dont le sens de l'intervention est certes d'être lié au maître de l'ouvrage par un contrat, mais également de donner en principe une garantie suffisante à l'ensemble des entreprises qui interviendront pour qu'elles n'encourent pas un risque abusif, et je dirai même qu'au-delà des entreprises c'est le problème de tous ceux qui interviennent sur le chantier, car si le maître d'oeuvre n'a pas eu les moyens suffisants pour assurer cette mission elle risque de devoir être assumée par les autres intervenants à l'opération de construction.

On tombe là sur un problème économique. Il y a des armes juridiques suffisantes pour le faire. Le problème c'est le rôle du maître d'oeuvre et le poids économique qui lui permettrait effectivement d'assurer sa véritable mission.

Là, nous n'avons pas de véritable solution à cette situation là, face à des maîtres de l'ouvrage structurés ou organisés ou une entreprise structurée, ou à des chantiers extrêmement importants pour lesquelles l'exigence d'une réussite dans un délai précis est particulièrement importante.

C'est l'un des problèmes des grands chantiers. Mais attention à ne pas faire du juge un intervenant permanent dans le chantier. Ce n'est pas sa mission, ce n'est pas son rôle et n'oublions pas, à mon sens, que l'objectif est de réussir le chantier et non pas qu'il s'arrête ou qu'une entreprise soit contrainte en quelque sorte, parce que le poids économique sera trop important.

C'est un peu cela le cadre du débat.

Vous voulez peut-être réagir....

**M. LABADIE.-** Je voudrais dire une chose qui me paraît simple et pourtant fondamentale.

Premièrement, il faut que le maître d'oeuvre ait déjà des honoraires pour faire un dossier particulièrement élaboré. Cela, c'est le premier point.

Deuxième point, faire une chose qui est fondamentale, c'est une analyse fine de toutes les offres de prix de telle façon que le maître d'oeuvre puisse prendre le temps d'arriver à dégager les entreprises qui ont prévu des quantités et les prix unitaires qui tiennent la route, si un maître d'oeuvre voit que l'on traite un mètre cube de béton à 500 francs, il y a forcément un problème. Il faut l'éliminer.

Une fois que se dégage le mieux disant, c'est là où le maître de l'ouvrage doit prendre position. Effectivement, si c'est le mieux disant, ce n'est pas le moins disant, entre le mieux disant et le moins disant, surtout s'il a répondu n'importe quoi, on est assuré, vous pouvez faire tout ce que vous voulez, d'avoir un mauvais chantier. Cela, c'est certain.

Ensuite dans la phase travaux, une chose est aussi fondamentale, ce sont les réservations que l'on appelle maintenant les cellules de synthèse. Eh bien, c'est la même chose, on l'a dit ce matin, avant on avait un dizaine de corps d'état, maintenant on en a 20, pour peu que vous fassiez un hôpital, vous avez 30 lots. Il est évident que là aussi il faut que la cellule de synthèse soit rémunérée pour faire les allers et retours avec les fonds de plan.

Déjà quand vous avez fait cela, vous avez quasiment toutes chances que ce chantier réussisse. Le maître de l'ouvrage gagnera sa vie et vraisemblablement les entrepreneurs aussi.

**Un Intervenant (Architecte) .-** Pour compléter ce qui vient d'être dit.

J'ai eu l'occasion de rencontrer sur des chantiers un problème qui est arrivé à plusieurs reprises, le chantier se passe bien et un jour un des intervenants vous annonce qu'il ne peut plus continuer parce qu'il a un dépôt de bilan non pas à cause du chantier, non pas à cause du marché qui était bien préparé, mais simplement parce que sur un autre chantier vous vous retrouvez avec un maître de l'ouvrage qui ne l'a pas payé.

Or, le problème que je pose est le suivant : je pense que quand on parle des intervenants aujourd'hui, il est évident qu'au niveau des entreprises nous savons tous qu'il est difficile de trouver des entreprises avec de la main d'oeuvre qualifiée, la main d'oeuvre est rare, n'est pas évidente, mais il y a de très bon maîtres de l'ouvrage, de très bon maîtres d'oeuvre.

Seulement souvent les problèmes - je l'ai constaté - viennent d'un maître de l'ouvrage qui n'a pas, lui, obligation d'avoir une qualification pour exercer son métier et qui n'a pas mis en place sa trésorerie.

Autrement dit, cela se traduit concrètement par le fait que sur ce chantier-là, non pas celui que vous évoquiez, un chantier annexe, le maître de l'ouvrage n'a pas la trésorerie. Que fait-il ? Tout simplement, il pousse l'architecte à faire un avant-projet très, très loin sans le payer et c'est au moment où l'architecte commence à en avoir assez que pour déposer le permis de construire, à ce moment-là, le contrat est signé avec une exigence de délai extrêmement court ce qui fait que concrètement il n'y a pas de projet, c'est un avant projet qui sert pratiquement à démarrer les travaux, simplement pour une question de délais exigés par le maître de l'ouvrage et comme le maître de l'ouvrage n'a pas précommercialisé, je ne parle pas du bon maître de l'ouvrage, avec lui il n'y a pas de problème, que se passe-t-il ? Bien sûr il fait de la trésorerie sur le compte des entreprises.

Or, les trois quarts des contentieux que nous avons tous viennent simplement de maîtres de l'ouvrage qui n'avaient pas la trésorerie pour commencer une opération. On leur délivre une autorisation de construire et personne ne s'inquiète de savoir s'ils ont réellement la capacité de maître de l'ouvrage.

Est-ce qu'il n'y a pas, quelque chose à voir, une proposition à faire pour que le maître de l'ouvrage ait l'obligation lorsqu'il obtient des droits à construire d'avoir bouclé également leur financement ?

Dans mon pays, en Belgique, quand on lance une entreprise il faut d'abord déposer un business plan avant d'avoir le régime de commerce.

Je ne dis pas que c'est idéal, tout n'est pas idéal chez les autres, il y a d'autres points qui ne vont pas mais il y a tout de même des exemples où concrètement parlant les problèmes peuvent être évités.

Vous avez tout organisé, vous avez le meilleur maître de l'ouvrage, le meilleur maître d'oeuvre, les bons entrepreneurs, mais si un entrepreneur se plante sur un autre chantier, car il n'a pas que notre chantier, il a une multitude de chantiers...

**M. LABADIE.**- Simplement un mot, c'est que maintenant avec la garantie de paiement, article 1799-1, les entreprises disposent d'un élément précieux et je peux vous dire qu'elles forcent pour avoir absolument cette caution.

Les entreprises maintenant comme elles en ont la possibilité, peuvent s'arrêter si elles n'ont pas cette garantie de paiement. C'est quand même un élément très positif pour avoir une assurance d'être payé.

J'ai une affaire justement où des entreprises avaient bien obtenu leur garantie de paiement, les autres étaient un petit peu frileuses parce qu'elles connaissaient bien le maître de l'ouvrage, elles ne l'ont pas demandée, il s'avère que le maître de l'ouvrage - c'est l'inverse - prenait l'argent des acquéreurs pour payer un autre chantier où il était déficitaire.

Je pense qu'avec la garantie de paiement c'est un progrès très sérieux.

**Me PERICAUD.**- Je ne pense pas qu'on pourra évoquer toutes les questions.

Je vous propose de terminer par deux questions qui sont quand même au coeur de notre débat. On a parlé des pénalités de retards, couverture d'assurance, vous venez de mettre en cause le promoteur, le maître de l'ouvrage, cela pose la question notamment des travaux supplémentaires, des travaux modificatifs en fin de chantier.

Il y a précisément la question de savoir comment le promoteur, le maître de l'ouvrage peut contraindre l'entrepreneur à exécuter en cours de chantier et encore plus en fin de chantier des travaux supplémentaires, voire des travaux modificatifs réclamés par les sous-acquéreurs.

C'est une question que je pose à M. MAILLARD, vice-président de la Fédération Nationale des Promoteurs constructeurs, car évidemment on cherche toujours le fantôme de l'Opéra, on va le trouver mais on ne sait pas encore qui !

**M. MAILLARD.**- Vous voyez que je ne suis pas un fantôme !

Effectivement la question, qui vient d'être posée sur le rôle du maître de l'ouvrage mériterait à elle seule d'être le sujet d'un colloque. L'exposé que M. LABADIE nous a présenté de manière fort intéressante le point de vue du maître d'oeuvre sur les incidents de chantier. Il a fort justement souligné que l'intervenant qui va in fine supporter les principaux surcoûts, celui qui va se coltiner avec les acquéreurs mécontents, c'est le maître de l'ouvrage.

Aussi, comme je l'ai dit l'année dernière, il me semblerait utile de consacrer une assise spéciale aux problèmes du maître de l'ouvrage que l'on pourrait intituler "Grandeurs et servitudes du maître de l'ouvrage" !

Je vais maintenant m'efforcer de répondre à la question posée par Maître PERICAUD. C'est vrai que le maître de l'ouvrage, que ce soit pour des opérations complexes mais aussi pour de petites affaires, est amené en cours de chantier à demander des modifications ou des travaux non prévus au départ et, cela, pour de multiples raisons : besoins complémentaires exprimés par l'acquéreur qui est celui qu'il convient en premier de satisfaire, incidents de

chantier, mauvaises surprises sur la qualité du sol, découvertes archéologiques nécessitant des fouilles , etc.

C'est à lui qu'incombe le respect des délais. D'autre part, il se heurte aux réticences de l'entreprise pour des motifs parfois tout à fait légitimes : la modification demandée bouleverse son planning et augmente ses responsabilités, sans qu'elle sache très bien où cela va la conduire. En tel cas le promoteur se trouve en position délicate.

Enfin, très souvent l'exécutant des travaux supplémentaires ne sera pas l'entreprise de gros oeuvre elle-même mais une entreprise de second oeuvre, sous-traitante. Il faudra la consulter, consulter d'autres entreprises concurrentiels afin d'établir un prix convenable, obtenir l'aval du maître d'oeuvre, etc. Pendant ce temps, le délai court. Bien souvent, quand enfin tous les éléments sont réunis, il est trop tard, les délais sont passés ou cela va devenir prohibitif.

Le promoteur est ainsi confronté à un problème vraiment difficile à résoudre. Une première solution à laquelle le promoteur est fortement incité consiste à travailler non en entreprise générale mais en corps d'état séparés. Cela lui permet de s'adresser directement à l'exécutant effectif des travaux qui connaît exactement la responsabilité qu'il peut prendre.

Deuxième précaution à prendre : établir un descriptif contractuel. Dès qu'il est question de travaux supplémentaires, se pose la question de savoir qui va payer : le maître de l'ouvrage va dire : "c'était compris dans le forfait", et l'entreprise va lui répondre "il n'en a jamais été question.". D'où l'intérêt d'un descriptif précis prévoyant le maximum de cas possible. Mais le contrat ne peut pas tout prévoir. Aussi doit-il indiquer la manière de traiter "l'imprévu" par exemple fixer en cas de travaux un délai forfaitaire supplémentaire de prise de décision sur les factures établies par l'exécutant effectif de l'opération.

Troisième point décisif : le choix des entreprises. On revient à ce qui a été dit ici à plusieurs reprises : le "moins disant" n'est pas forcément le "mieux disant". Plus on a tiré les prix moins facilement on obtiendra de l'entreprise des efforts supplémentaires en cas de modification.

L'objectif du maître de l'ouvrage ne doit pas être de chercher à traiter au mieux une opération avec une entreprise avec laquelle il cessera toutes relations le chantier terminé. Tout au contraire, il doit chercher à se constituer un "vivier d'entreprises" qui savent que leur meilleure récompense en cas de satisfaction, si elles ont su montrer une certaine adaptabilité, leur meilleure récompense est d'avoir l'assurance d'être bien placée pour obtenir à l'avenir de nouveaux chantiers.

On peut cependant aller encore plus loin. Je vais vous donner un scoop : entre la Fédération régionale des promoteurs-constructeurs de l'Île-de-France et la Délégation régionale des entreprises générales d'Île-de-France, va être signée dans les prochains jours une charte de bonne conduite. Ce texte très court, 3 ou 4 pages, ne sera pas un document juridique contractuel mais un guide qui indique l'attitude que chacun doit adopter pour se bien conduire dans ce domaine.

Entre autres dispositions, il est prévu : un engagement à respecter une transparence réciproque et de maintenir des rapports cordiaux, l'organisation de réunions préalables à l'exécution et en cours d'exécution des travaux afin de prévenir les problèmes qui risquent de se poser, la désignation d'un responsable "travaux modificatifs acquéreur" chez le maître de l'ouvrage et d'un autre "travaux modificatifs acquéreur" chez l'entreprise .

Ces responsables seront chargés notamment de formaliser très clairement les demandes de travaux complémentaires, de veiller à la compatibilité technique calendaire et de réaliser un bordereau spécifique pour les travaux modificatifs acquéreurs habituels.

Bien entendu, la mise en place de cette charte ne va pas, comme par enchantement, permettre de résoudre tous les problèmes et d'épuiser notre sujet. Mais elle devrait constituer néanmoins un incontestable progrès

répondant à nos préoccupations. Puisque j'ai la parole, je vais en profiter pour aborder un autre sujet et poser une question au professeur .

Dans son exposé, M. PERINET-MARQUET a évoqué le problème des préjudices en disant que dans nombre de cas, c'est au juge à prendre la décision.

Je prends mon autre casquette, non plus celle de maître d'ouvrage mais de juge consulaire : je suis frappé par le fait que les dossiers soumis au Tribunal, même ceux de qualité, quand on arrive au chapitre préjudices, sont des plus succincts, voire inexistantes.

Ce n'est d'ailleurs pas un problème propre au domaine qui nous intéresse, celui de la construction, c'est général. En particulier, dans les affaires de contrefaçons qui viennent devant ma Chambre, ne peut-on essayer de travailler sur la recherche de méthode et d'évaluation des préjudices ?

Pourquoi les dossiers sont-ils mal faits ? Bien souvent, parce que l'entreprise ne sait pas comment s'y prendre pour évaluer un préjudice sur des bases susceptibles d'être retenues par le Tribunal. Ma question est donc celle-ci : ne serait-il pas possible d'établir une méthodologie d'évaluation des préjudices de façon que toute demande de réparation du préjudice puisse être présentée, comparée, examinée, fixée selon un schéma uniforme d'évaluation ?

Merci.

**Me PERICAUD.**- Dernière question, très rapidement, c'est presque un challenge, Maître MANCIER LHEURE quelques mots sur l'abandon de chantier et après, Monsieur le Président, je pense que nous serons amenés à arriver à la synthèse avec M. Le Professeur AYNES....

Maître MANCIER LHEURE, vous avez la parole.

**Me MANCIER LHEURE.**- Au niveau de l'abandon de chantier, la question qui devait m'être posée, était celle des sanctions pour l'entreprise.

Tout d'abord que dit la norme AFNOR sur les abandons de chantier, sur les résiliations ? Elle évoque une résiliation de plein droit.

Le problème c'est que beaucoup de contrats ne se réfèrent pas toujours, en matière de résiliation, à la norme AFNOR.

On peut répertorier trois abandons de chantier classiques.

1) Abandon de chantier par l'entreprise en cas de défaut de paiements des situations par le maître de l'ouvrage. Par conséquent, l'entreprise estime que le maître de l'ouvrage ne remplit pas en effet son contrat et décide de se prévaloir de l'exception d'inexécution.

La conséquence : l'entreprise suspend les travaux après envoi d'une mise en demeure au maître de l'ouvrage ; celui-ci doit obtempérer et régler la situation ; mais si l'entrepreneur quitte le chantier, il saisira le Tribunal selon l'article 1184 du code civil qui résiliera le contrat et celui-ci pourra lui accorder de Dommages intérêts sur l'article 1142 du code civil.

Le problème qui se pose : quel est le risque pour l'entreprise ? Il peut y avoir en effet défaillance du maître de l'ouvrage et par conséquent la sanction sera prise à l'encontre de ce maître de l'ouvrage pour n'avoir pas rempli ses obligations, mais attention, l'entreprise doit vérifier également si cette situation, qui n'a pas été payée, correspondait bien au stade d'avancement des travaux et au prix prévu.

Or le problème c'est que le bât blesse à cet endroit, car souvent lors de l'expertise, s'il y en a une d'ordonner, on s'aperçoit que les travaux ne correspondent pas toujours à la situation de l'entreprise : la situation doit correspondre à l'avancement des travaux, des travaux de bonne qualité, qui sont faits, selon les règles de l'art. Ce n'est pas toujours le cas. Attention aux circonstances de fait.

2° Abandon de chantier par l'entreprise du fait de sa décision unilatérale et malgré la réalisation des obligations du maître de l'ouvrage : il s'agira de l'entreprise qui en fait a été régulièrement payée mais dont le plus souvent le chantier se déroule mal, M.LABADIE l'a dit clairement, les

relations sont plus tendues qu'avant, et par conséquent l'entreprise rencontre quelquefois des problèmes de trésorerie ou financières, elle est alors séduite par un autre chantier qui se passe mieux, ailleurs, sur lequel il n'y a pas de retard et pour lequel quelquefois il y a un manque de main d'oeuvre pour l'un et pour l'autre, donc il faut qu'elle choisisse.

Quelles sont alors les règles à appliquer ?

a) Mise en demeure par le maître de l'ouvrage qui voit bien entendu son chantier abandonné par une entreprise, ce qui s'avère catastrophique surtout quand il s'agit des entreprises de gros oeuvre, maçonnerie, etc.,

b) et une fois que la mise en demeure est restée infructueuse, un constat.

On avait lors d'un petit déjeuner discuté de cela. Comment devait être réalisé ce constat ? C'est un constat d'huissier. Choix contradictoire, c'est la base. Et puis, doit-il être fait par un huissier, qui n'est pas un homme de l'art, doit-il être fait par un expert, qui est un homme de l'art ?

Nous connaissons aujourd'hui les réceptions sur des travaux inachevés et par conséquent il faut bien entendu quand on fait un constat d'un tel abandon de chantier, vérifier quels sont les travaux qui ont été faits, exécutés, ceux qui ne l'ont pas été, selon quel document, c'est-à-dire selon les plans de l'entreprise, les prix unitaires du marché ; il faut chiffrer les travaux de réfection.

Pourquoi ? Parce que les problèmes qui vont se poser sont nombreux :

- d'abord la sanction immédiate pour le maître de l'ouvrage c'est que le chantier est arrêté et par conséquent il y a un retard qui va s'accumuler, on a parlé de pénalités de retard.

- En plus il va falloir trouver une autre entreprise pour continuer ce lot gros oeuvre ou autre lot et par conséquent il va falloir bien entendu essayer de trouver une adéquation entre le projet global qui était le projet global de départ, qui était le projet du maître d'oeuvre et le devis de la première entreprise qui devrait bien entendu correspondre au devis que va fournir la deuxième entreprise.

Cela ne correspond pas toujours et là quid du surcoût ?

La jurisprudence indique que c'est l'entreprise défaillante qui doit régler ; le problème souvent c'est que très vite, après, elle tombe en dépôt de bilan ou elle n'existe plus et là le surcoût ne sera pas payé par elle.

Mais c'est en principe à l'entreprise défaillante de payer ce surplus. On parlait tout à l'heure des pénalités de retard, on a vu les problèmes de la terminologie mais il y a dans ces cas-là un retard particulier qui est le retard de tout le chantier et des autres entreprises, donc des conséquences pour chaque entreprise de voir que ce chantier est bloqué un mois, deux mois, quelquefois plus, et qu'il faut réorganiser le planning de toutes ces entreprises qui arrivent par la suite.,

3) Abandon de chantiers par l'entreprise en RJ ou en LJ : le troisième abandon de chantier que l'on voit aussi assez souvent, c'est bien entendu le redressement judiciaire ou la liquidation. Là, il y a un problème assez épineux, c'est que d'abord il n'y a pas de résiliation automatique, en matière de procédure collective. Quand il y a procédure collective, il faut que l'administrateur intervienne ; si c'est un redressement judiciaire, il a une responsabilité importante, c'est lui qui est responsable de la fin du chantier, de la fin du contrat de l'entreprise dont il administre le redressement. Doit-il continuer ou pas avec cette entreprise ce contrat ? Donc c'est important.

En vertu de l'article 40 de la loi de 1983, les créanciers sont prioritaires si le chantier est à nouveau arrêté, de sorte que pour continuer le chantier il faut que l'administrateur soit sûr d'avoir les fonds qui correspondent au paiement de la main d'oeuvre, des marchandises et les moyens de finir ce contrat, donc d'exécuter les travaux.

L'administrateur, une fois sa décision prise, comment doit-il répondre ? Il a un mois pour répondre ; vous avez cet article L 621.28 qui est

de dire que c'est la loi de 1994 qui avait posé la précaution de renonciation. Aujourd'hui vraiment, l'administrateur doit répondre dans le délai d'un mois ; s'il ne répond pas dans le délai d'un mois à la question du maître de l'ouvrage "oui" ou "non" l'entreprise en redressement judiciaire va-t-elle continuer les travaux ? Il y a immédiatement résiliation du contrat de plein droit sauf si l'administrateur a demandé la prorogation de ce délai.

Il n'y a plus de présomption de renonciation. Il y a résiliation de plein droit du contrat. Bien entendu, après il y aura en effet - j'y reviens- les problèmes de dommages et intérêts, pour savoir aux frais de qui le chantier sera achevé. En l'espèce, aux frais de l'entreprise défaillante, mais il y a quelquefois peu d'espoir de trouver une quelconque participation pour finir les travaux prévus par le contrat que l'entreprise aurait dû finir.

**M. JACOMET.-** Merci infiniment.

Je crois que nous en avons terminé avec les questions. Nous arrivons maintenant à la synthèse. Nous allons la faire directement.

Monsieur le Professeur AYNES qui a bien voulu faire la synthèse de nos travaux, est spécialiste de nos problèmes contractuels . Il va tenter d'effectuer la synthèse de nos travaux à partir de tous les éléments, certains qui ont pu lui être fournis préalablement et d'autres qu'il a découverts ici en séance.

Je le remercie d'entrée de jeu de faire cet effort en cette fin de journée.

Monsieur le Professeur, vous avez la parole....

*Synthèse de la journée par le Professeur AYNES*

**Pr. AYNES.-** Monsieur le Président, Mesdames, Messieurs, j'arrivais ce matin en touriste, sur une terre amie mais étrangère, votre colloque, avec une inquiétude et deux questions.

L'inquiétude est liée à l'abondance du contentieux en matière de construction. Il n'est que de consulter la table des arrêts de la Cour de Cassation publiés au Bulletin qui représentent une partie seulement des arrêts rendus, pour constater que les relations contractuelles entre les intervenants à la construction immobilière occupent nos Tribunaux presque autant que les relations issues d'un contrat de travail.

C'est ainsi, comme le soulignait le Premier Président COULON ce matin, qu'il y a là un enjeu de vraie justice, de justice de tous les jours.

De là mes deux questions. D'abord, le contrat est-il adapté aux opérations de construction ? N'est-il pas débordé de tous côtés, les prévisions volontaires des parties étant toujours prises à défaut, qu'il s'agisse du prix, qu'il s'agisse des délais, qu'il s'agisse de l'achèvement même ? A quoi bon vouloir organiser conventionnellement l'avenir et se donner une loi contractuelle qui a été ici célébrée, si celle-ci doit toujours être révisée ou même abandonnée au contact de la réalité ?

Ne vaudrait-il pas mieux une solide déontologie, ne vaudrait-il pas mieux une charte, ne vaudrait-il pas mieux un régime légal ?

La deuxième question procède de la première : peut-on porter sur le droit de la construction un regard de civiliste ? Le droit de la construction est-il devenu si spécial qu'il soit étranger au droit civil et que l'on doive se livrer, lorsqu'on le confronte précisément au droit civil, à un exercice de droit comparé interne comme le soulignait Maître CASTON ?

Notre droit privé connaît périodiquement ces phénomènes de spécialisation, puis d'indépendance de corps de règles unifiées, centrées sur une relation professionnelle particulière.

Songez par exemple au droit maritime, au droit du travail, au droit des sociétés, et peut-être demain au droit de la consommation.

Les signes avant-coureurs de cette balkanisation du droit privé sont par exemple la création de Chambres spécialisées au sein des juridictions, puis de magistrats spécialisés, puis une discipline universitaire autonome qui deviendra bientôt une spécialité au concours de l'Agrégation, puis des publications particulières avant que n'apparaisse finalement un code, déclaration ultime d'indépendance.

Ainsi le domaine du droit commun, celui du Code civil, se rétrécirait comme une peau de chagrin, avec deux conséquences, me semble-t-il, socialement néfastes : d'abord, la complexité de règles de droit abandonnées à des spécialistes, règles difficiles à connaître, difficiles à coordonner et souvent imprévisibles, ensuite, l'inefficacité dans de nombreuses situations, car c'est dans le droit commun des contrats que nous puisons les ressources de l'imagination et de l'adaptation de la règle de droit à toute situation ou à toute réalité nouvelles, par exemple la théorie de la cause, la théorie du consentement, celle de la bonne foi, ou celle de la relativité contractuelle, n'ont pas encore fini de révéler leurs trésors, un droit de spécialiste, au contraire, est souvent un droit rigide, en tout cas un droit rapidement sédimenté.

A cette inquiétude et à ces questions, la richesse des exposés et des débats d'aujourd'hui répond exactement. Il me semble qu'elle met en lumière d'une part les maux et leurs causes, et d'autre part certains remèdes.

I - Les maux d'abord : il a été dit que le droit de la construction était dominé par la hantise de l'imprévisibilité et on s'est demandé, au regard des termes de la nouvelle norme, où passait la distinction entre l'imprévisibilité normale et l'imprévisibilité anormale.

Ce sera, a-t-on dit, un des délices demain pour les juristes que ces distinctions ; mais à vrai dire, comment expliquer aux passants que l'imprévisibilité puisse être quelquefois normale et quelquefois anormale ?

Ceci rappelle des débats sur la force majeure et son irrésistibilité.

Si bien que l'opération de construction dont on dit également qu'elle est toujours un prototype, ne peut pas bénéficier de l'expérience, l'expérience ne sert jamais complètement ; ce qui fait qu'aujourd'hui cette opération de construction serait devenue une espèce de nouvelle grande aventure, ce qu'était l'aventure maritime, notamment au Moyen Age. Nous aurions donc à nouveau une nouvelle aventure, avec toutes les conséquences juridiques qui peuvent en découler.

Il est vrai qu'en matière de construction, la volonté des parties doit affronter les éléments de la nature et doit affronter également un autre élément dont il a été beaucoup parlé : le temps, l'inévitable temps.

Ces maux se traduisent par des retards, des malfaçons, par des abandons de chantier, par des lacunes en cas de cotraitance, par un défaut de transparence entre ces différents contrats juxtaposés.

Ces maux se encore par l'avalanche de travaux supplémentaires, par le bouleversement de l'économie du contrat, par les difficultés d'exécution totalement imprévues, impossibles à traiter.

De ces maux, nous avons découvert aujourd'hui quelques causes. D'abord la complexité, a-t-on dit, et notamment la complexité tenant à la pluralité d'intervenants, comme le soulignait M. MALINVAUD, avec une certaine nostalgie pour le vert paradis du temps du Code civil. Aujourd'hui il n'y a plus un architecte et un entrepreneur, mais une pluralité de maîtres d'oeuvre, une pluralité d'entrepreneurs toujours plus spécialisés. De cette situation découlent souvent une incohérence des obligations respectives, la nécessité de les coordonner, voire même la nécessité de créer un corps spécial de coordinateurs spécialement chargés de la cohérence juridique.

Complexité mais aussi diversité des situations. Monsieur PERINET-MARQUET soulignait à juste titre que nous avons le même corps de règles pour régir la petite opération de construction et les opérations énormes qui mettent en cause des capitaux extrêmement importants ; ce sont les mêmes règles.

On a souligné également que ces règles s'appliquent aussi bien - et c'était le cas de M. Le Conseiller VILLIEN - au maître de l'ouvrage occasionnel qui est celui, disait-il, qu'il rencontre le plus souvent dans ses dossiers, et au maître de l'ouvrage professionnel, alors que naturellement la compétence, les échelles ne sont pas les mêmes.

Deuxième cause, elle a été soulignée notamment par M. LABADIE et également par M. PERINET-MARQUET, mais elle l'avait été d'abord par Vauban, nous a-t-on dit, c'est le principe d'attribution du marché au moins-disant ; principe qui est contesté à l'égard des marchés publics mais qui, si j'ai bien compris, l'est aussi à l'égard des marchés privés ; ou encore dans cette espèce de dissimulation ou simulation, ce que l'on pourrait appeler des forfaits insincères, c'est-à-dire des situations dans lesquelles les parties savent pertinemment que le contrat signé n'aura pas d'avenir.

Troisième cause, ce sont les insuffisantes prévisions contractuelles ; par exemple, dit M. LABADIE, le cas de la résiliation en cours d'exécution n'est pas traité contractuellement. Les conséquences de l'abandon de chantier ne sont pas visées ; ou encore, on a laissé de côté le cas des travaux supplémentaires.

Enfin, dernière cause qui n'est pas propre au droit de la construction, elle tient à l'existence de concepts flous, le concept d'achèvement, un des plus difficiles, achèvement et parfait achèvement, le concept de concepteur, sous lequel se cacheraient des intervenants assez divers et, summum du flou, le concept de déséquilibre ou d'équilibre : beau mot que l'équilibre, mais que veut dire l'équilibre dans un contrat ?

Et puis, plus encore un concept qui a les faveurs de la langue juridique ou pseudo-juridique aujourd'hui : la transparence, comme une valeur fondamentale que le droit devrait toujours procurer.

Voici donc pour les maux et leurs causes.

II - Quels sont maintenant les remèdes ?

Une première question se pose : faut-il moins de contrats et plus de lois ? Si nous levons les yeux vers ce plafond, nous nous apercevons que le décorateur a placé comme une espèce d'équivalence immuable LEX et IUS ; comme si tout le droit procédait de la loi, comme s'il existait une équivalence entre le droit et la loi. Il est vrai qu'au début du 19<sup>ème</sup> siècle, époque précisément du Code civil, le juge ne devait être que la bouche qui prononce les paroles de la loi .

Faut-il aller dans ce sens, alors que sous l'influence de la construction européenne notamment, nous voyons progresser plutôt le contrat et la contractualisation des relations sociales, phénomène dont l'activité de l'administration profite également. Ne faudrait-il pas ici plus de lois ? Je crois que non ; au contraire, plus de contrats, moins de lois, plus de contrats, mais des contrats mieux faits.

Mais alors, deuxième question, des contrats spéciaux, des contrats soumis à un statut, à une organisation spéciale, ou le contrat du droit commun, le contrat du Code civil ?

Mais, me direz-vous : ce que vous nous présentez du Code civil, et notamment du contrat dans le Code civil, est inadapté à notre problème.

Nous, nous ne voulons pas fixer le prix par avance, et voilà que l'article 1129 du Code civil impose que le quantum de la chose soit déterminé ou au moins déterminable.

Nous, nous voulons ménager un pouvoir unilatéral. Il faut que le maître de l'ouvrage puisse en cours d'exécution éventuellement adapter le projet à ses besoins. L'ouvrage doit être une chose évolutive en cours d'exécution. Il n'est pas question de lui livrer quelque chose qui ne réponde pas à ses besoins. Et voilà que le Code civil pourchasse tout ce qui a trait à la protestativité, c'est-à-dire à l'exercice discrétionnaire d'un pouvoir par l'une des parties.

Nous avons une opération de construction qui résulte de groupes de contrats, de chaînes ou de co-contrats. Et vous ne nous offrez dans le Code civil qu'un contrat individuel , un contrat fermé sur lui-même, considéré comme un organisme autonome ignorant des contrats voisins qui, comme l'a dit M. MALINVAUD, constituent autant d'écrans à travers lesquels ne peut pas passer la lumière de l'exécution.

Vous ne connaissez, en matière de pluralité de parties que les débiteurs ou les créanciers solidaires ; et nous, nous avons à faire à des co-traitants, nous avons à faire à des sous-traitants et nous avons à faire à des intervenants sur le même niveau, mais qui n'entendent pas assumer une responsabilité ou une obligation solidaire.

Et puis, surtout, nous avons à faire à une opération de construction qui met en présence des personnes inégales devant la science ; et cette inégalité, le Code civil ne l'a pas traitée. Il s'attache à un modèle de contractants également éclairés, également compétents, également capables.

Faut-il donc ignorer le contrat du droit commun, le contrat du Code civil, c'est-à-dire la théorie générale du contrat en vos matières, et vous réfugier dans un cadre contractuel spécial qui, faute de résulter de la loi, ne pourrait être donné que par des contrats types, de formules types auxquels adhèreraient tous les intervenants ?

Je ne le crois pas ; je crois qu'en réalité le droit commun des contrats comporte des ressources insoupçonnées, qui sont de nature à répondre aux difficultés qui ont été soulevées aujourd'hui.

Prenons par exemple la théorie de l'obligation essentielle : nous savons que cette théorie est de nature à justifier ou au contraire condamner les limitations contractuelles qui jureraient avec l'objet même du contrat.

Prenons la théorie de la condition : elle est de nature à permettre une interdépendance entre les différents contrats orientés vers la réalisation d'une même opération économique.

Prenons la théorie de l'action directe, elle est de nature également à permettre de franchir les écrans que dressent les contrats additionnés les uns aux autres.

Et enfin la théorie de la cause bien sûr, ou encore la théorie de la partie plurale, apparue dans notre droit commun des contrats, et susceptible de trouver son application dans les opérations de construction.

Ainsi, il faudrait y regarder à deux fois avant de chasser, la théorie générale des contrats et avant de se réfugier tête baissée dans un droit spécial qui se révélerait très rapidement borné.

oOo

Mais cet environnement juridique n'est peut-être pas l'essentiel. La solution se trouve dans les comportements contractuels, tant il est vrai qu'au fond il n'est de richesse que d'homme. Les travaux de votre association témoignent du dynamisme des professionnels de la construction et notamment de leur souci louable de se retourner sur eux-mêmes et d'analyser leurs propres pratiques.

A cet égard, ces travaux autorisent finalement un contrat d'optimisme. L'un des plus vieux métiers du monde, celui qui consiste à édifier, survivra certainement à la crise du contrat d'entreprise.

Je vous remercie.

*(Applaudissements)*

**M. JACOMET.**- Monsieur le Professeur, je vous remercie de cette synthèse éminemment riche qui, à une heure avancée de l'après-midi, nous a tenus en haleine et qui peut-être témoigne que nous n'avons pas tout à fait tort de vouloir essayer de rechercher à raccommoder le droit spécial de la construction au courant du droit en général.

Je ne voudrais pas faire une conclusion après une synthèse à cette heure tardive, je voudrais simplement remercier l'ensemble des participants à ce colloque, de leur assiduité qui ne s'est pas démentie au cours de la journée. C'est toujours une satisfaction de voir que l'après-midi peut être aussi attentive et assidue que la matinée.

Je remercie spécialement les intervenants à qui nous avons demandé cette fois-ci un travail lourd et important, qui était lié à la réduction du nombre d'interventions au cours de ce colloque, qui ont été particulièrement riches. Je les remercie également d'être pour la plupart restés tout au long de cette journée.

Je voudrais simplement terminer en indiquant que l'association poursuivra au cours de l'année un certain nombre de petits déjeuners sur des thèmes variés.

Je voudrais vous indiquer, pour mémoire, pour ceux qui souhaiteraient pouvoir y participer, que :

⇒ un petit déjeuner aura lieu au mois de janvier sur l'introduction au droit espagnol et les travaux de construction et de bâtiment.

⇒ un autre aura lieu au mois de mars sur "handicap et construction". Je crois que c'est un sujet qui mérite d'être traité peut-être particulièrement au sein de notre association, au fur et à mesure des progrès techniques. Il me semble qu'on peut peut-être se poser la question des moyens car la technique, comme le droit, doit pouvoir remédier à la situation de ceux qui sont le plus gravement handicapés.

⇒ nous aborderons au mois d'avril ou mai la question de l'harmonisation des régimes de la responsabilité du constructeur au niveau européen. Ce thème sera traité par un fonctionnaire de la Communauté Européenne.

⇒ Au mois de juin, nous pensons que nous évoquerons la question des matériaux et chantiers. C'est un sujet important.

⇒ au mois de septembre, nous aborderons les relations de l'urbanisme, de la construction.

⇒ au mois d'octobre : quels sont les moyens de prévenir la sinistralité et donc quel bilan peut-on également faire des recherches qui ont été entreprises ?

J'en ai donc terminé, je vous renouvelle à nouveau mes remerciements et vous invite tous à poursuivre cette question et ces observations au Self Harlay où vous attend le cocktail d'usage.

Je vous remercie.

*(Applaudissements)*

*(La séance est levée à 17 heures 45).*

Assises « JUSTICE - CONSTRUCTION » — JEUDI 6 DÉCEMBRE 2001

« *Le contrat en matière de travaux de construction et de bâtiment* »  
*Marchés Privés*

Première Chambre - Cour d'Appel de Paris

**MATIN** Accueil à partir de 8 h 30.

**9 heures** Ouverture des Assises  
par Monsieur COULON, Premier Président de la Cour d'Appel de Paris.

Intervention de Monsieur TEITGEN,  
Bâtonnier de l'Ordre des Avocats de la Cour d'Appel de Paris.

Présentation de la journée  
par Monsieur JACOMET, Président de « Justice-Construction ».

Présentation de la matinée  
par Monsieur PARLEBAS, Vice-Président de « Justice-Construction ».

**LA TRANSPARENCE CONTRACTUELLE**

par le Professeur Philippe MALINVAUD.

**DÉBAT**

**LES OBLIGATIONS INHÉRENTES AU CONTRAT**

par Monsieur VILLIEN,  
Conseiller à la Cour de Cassation.

**DÉBAT**

— **DÉJEUNER LIBRE** —

Tél. 01 45 04 39 63 et 01 34 71 90 70

**APRÈS-MIDI**

Présentation de l'après-midi  
par Maître PÉRICAUD et Monsieur LE MÉTAYER,  
Vice-Présidents de « Justice-Construction ».

**LES ASPECTS ÉCONOMIQUES DU CONTRAT**

par le Professeur PÉRINET-MARQUET.

**DÉBAT**

**LA LIQUIDATION DES RELATIONS CONTRACTUELLES**

par Monsieur LABADIE,  
Expert judiciaire.

**DÉBAT**

**CLÔTURE**

Synthèse de la journée par le Professeur AYNES.

— **18 heures : Cocktail au « Self Harley » du Palais de Justice** —  
*Participation aux frais : Adhérents : 170 F - Non-adhérents : 200 F*

*ENTRÉE LIBRE AU COLLOQUE*

Ont notamment participé à la préparation du Colloque :

- Administrateurs de biens
- Architectes
- Assureurs
- Avocats
- Contrôleurs techniques
- Coordonnateurs
- Entrepreneurs
- Experts judiciaires
- Experts d'assurance
- Industriels
- Ingénieurs
- Ingénieurs Conseils
- Juristes d'entreprise
- Magistrats consulaires  
de l'Ordre judiciaire et de l'Ordre administratif
- Notaires
- Organisations professionnelles
- Professeurs des Facultés de Droit
- Promoteurs
- Responsables de B.E.T.
- Syndics de copropriété
- Universitaires

et plus particulièrement... *T.S.V.P.* →

- Madame Yvette AMIOT-THAN-TRONG
- Madame Anne AQUENIN
- Monsieur Roland AQUENIN
- Monsieur Jean-Pierre BABANDO
- Maître Denys BARBIER
- Maître Jacqueline BERGEL
- Monsieur Xavier BEZANÇON
- Monsieur Christian CUCCHIARINI
- Monsieur Pierre d'ORLYÉ
- Monsieur François de BÉCHILLON-BORAUD
- Maître Claude de LAPPARENT
- Monsieur Michel DEBARY
- Monsieur Vincent DEFRESNE
- Monsieur Jean DELHAYE
- Maître Hubert GASNOS
- Monsieur Yves IMBERT
- Monsieur Fabrice JACOMET
- Maître Élisabeth KALANTARIAN
- Monsieur Jean LE MÉTAYER
- Maître Patrice LEBATTEUX
- Maître Guylaine LEJWI
- Monsieur Willy LEMAIRE
- Monsieur Jean-René MAILLARD
- Maître Élisabeth MANCIER LHEURE
- Maître Hugues MARGANNE
- Monsieur Yves MARTIN
- Monsieur François PARION
- Monsieur Pierre-Claude PARLEBAS
- Maître Jean-François PÉRICAUD
- Maître Philippe POUX-JALAGUIER
- Maître Françoise RAFFIN
- Monsieur Charles RAMBERT
- Monsieur Valdo ROULET