



# Le prix dans le cadre des marchés publics et privés de travaux

À première vue, le régime applicable au prix semble différent selon que l'on se place dans le cadre des marchés publics ou privés de travaux. Cependant, les deux régimes tendent à se rapprocher du fait de l'influence certaine du droit de la commande publique ou encore de la volonté de mieux protéger les cocontractants de circonstances économiques parfois difficilement prévisibles.

## Auteur

**Emmanuel Perois**

Avocat

**Laurent Sery**

Avocat associé

[ADAMAS](#)

## Mots clés

Critère de choix • Indemnisation • Pratiques anticoncurrentielles  
• Prix forfaitaire • Prix unitaire • Résiliation • Sujétions  
imprévues • Travaux supplémentaires

Les marchés de travaux sont souvent comparés en fonction de leur nature selon qu'il s'agisse de marchés publics ou privés

Cette distinction se transforme bien souvent en apparente opposition et concerne toutes les composantes de ces marchés : différence de corpus juridique applicable<sup>(1)</sup>, différence de documents de référence applicables pour le suivi de l'exécution de chacun de ces types de marchés (Cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux<sup>(2)</sup> et Norme AFNOR NF P 03-001<sup>(3)</sup>), différence de juridictions compétentes pour juger des litiges en lien avec ces marchés de travaux (tribunaux administratifs contre tribunaux civils voir commerciaux)

Mais qu'en est-il de la composante du prix dans le cadre de ces deux types de marchés ?

En matière de marchés publics, le prix revêt une importance particulière pour au moins quatre raisons

– il constitue d'abord un élément de définition et de caractérisation : le versement d'un prix par une personne publique en contrepartie de la réalisation d'une presta-

(1) Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et décret n° 2016 360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics d'une part, Code civil d'autre part

(2) Arrêté du 8 septembre 2009 [NOR : ECEM0916617A], portant approbation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux

(3) Norme AFNOR NF P 03-001 - Marchés privés - Cahiers types - Cahier des clauses administratives générales applicable aux travaux de bâtiment faisant l'objet de marchés privés dans sa version du 20 octobre 2017



tion sert notamment à distinguer le marché public de la concession<sup>[4]</sup>,

– il constitue, généralement, un critère de jugement des offres. L'attribution d'un marché public est, sauf exception, précédée d'une procédure de publicité et de mise en concurrence au terme de laquelle l'offre la mieux-disante est choisie. Cette offre est appréciée au regard d'une pluralité de critères de jugement dont, bien souvent, le prix est un élément très important ;

– il détermine les modalités de publicité et de procédure de mise en concurrence applicable préalablement à la conclusion de ce marché : absence de publicité et de mise en concurrence, procédure adaptée, procédures formalisées... ;

– il constitue un élément essentiel du contrat et, en conséquence, ne peut être librement modifié de manière substantielle par les parties cocontractantes en cours d'exécution du marché public, sauf rares exceptions.

En matière de marchés publics, le rôle du prix justifie donc que son régime soit soumis à certains principes cardinaux et soit strictement encadré.

À l'inverse, les marchés privés de travaux ne semblent pas accorder une importance aussi grande au prix, lequel est d'avantage appréhendé au regard d'une logique purement mercantile : le prix n'est que la contrepartie d'une prestation librement déterminée entre les parties.

De prime abord, le régime applicable au prix semble donc bien différent selon que l'on se place en matière de marchés privés ou marchés publics de travaux.

Pour autant, il n'est pas rare de constater que des notions *a priori* distinctes présentent en réalité plus de ressemblances qu'il n'y paraît. Sous l'influence notamment du droit communautaire ou encore de la doctrine, des rapprochements ont été opérés. De telle sorte qu'au final, il convient de s'interroger sur ce qu'il subsiste réellement de cette opposition concernant l'encadrement du prix dans les marchés publics et privés de travaux.

Ces différences et éléments de convergence peuvent être étudiés à tous les stades de la vie du marché depuis sa formation et la fixation initiale du prix, lors de son exécution et jusqu'à son achèvement.

## Des différences importantes dans les conditions d'établissement du prix lors de la formation du marché

Immédiatement, force est de constater qu'une différence essentielle existe s'agissant de la fixation initiale du prix selon qu'il s'agisse d'un marché privé ou public de travaux.

[4] L'article 5 de l'ordonnance Concession n° 2016-65 du 29 janvier 2016 prévoit cependant que la concession peut prévoir pour partie le paiement d'un prix.

Dans le cadre des marchés privés de travaux, le principe de la liberté contractuelle paraît être la règle. L'article L. 410-2 du Code de commerce donne ainsi au prix sa *définition la plus naturelle et la plus concurrentielle possible* en définissant cette notion comme :

« Sauf dans les cas où la loi en dispose autrement, les prix des biens, produits et services relevant antérieurement au 1<sup>er</sup> janvier 1987 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 sont librement déterminés par le jeu de la concurrence ».

Le prix est donc en principe librement négocié entre les parties cocontractantes, il doit toutefois résulter du libre jeu de la concurrence.

Dans la mesure où le maître d'ouvrage rencontrerait des difficultés dans l'établissement du prix et estimerait que celui-ci serait par exemple manifestement surévalué, il lui appartiendra le plus souvent de saisir les juridictions judiciaires et les autorités de la concurrence afin notamment de faire sanctionner d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles.

Rappelons à cet égard que l'article L. 420-1 du Code de commerce sanctionne les ententes, lesquelles peuvent notamment avoir pour objet de « faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ».

Les théories civilistes des vices cachés ou des vices du consentement peuvent également permettre de garantir au maître d'ouvrage le paiement du juste prix.

À l'inverse dans le cadre des marchés publics de travaux, les conditions d'établissement du prix résultent plus rarement d'une simple négociation. Certes, en dessous du seuil communautaire applicable à la passation des marchés de travaux<sup>[5]</sup>, l'acheteur peut mettre en œuvre une procédure de mise en concurrence adaptée qui lui permettra une négociation financière avec les opérateurs économiques. Cependant, au-delà de ce seuil, et sous réserve des quelques cas dans lesquels le recours à une procédure négociée est permise<sup>[6]</sup>, le marché public de travaux sera dévolu au terme d'une procédure de mise en concurrence (appel d'offres, dialogue compétitif, ) qui ne laisse aucune place à une quelconque négociation.

Le prix du marché constituera par ailleurs bien souvent l'un des critères de choix des offres prépondérant.

[5] Les règlements délégués de la commission du 18 décembre 2017 ont fixé ce seuil à 5 548 000 euros HT à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2018 pour les marchés de travaux.

[6] Les articles 25 et 30 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 prévoient les cas dans lesquels une procédure négociée avec ou sans mise en concurrence peut être mise en œuvre par les pouvoirs adjudicateurs. Rappelons également que pour les entités adjudicatrices, dans le cadre des procédures formalisées, la mise en œuvre de la procédure négociée avec mise en concurrence préalable peut toujours être librement choisie en vertu des dispositions de l'article 26 du décret précité du 25 mars 2016.



Dans le cadre de la procédure de passation d'un marché public de travaux, l'acheteur et les concurrents évincés disposent enfin en vertu des textes de possibilités assez larges de remettre en cause tant les conditions d'établissement du prix que son analyse par le maître d'ouvrage. L'article 60 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 prohibe à cet égard les offres anormalement basses.

Dans le cadre de procédures de référé précontractuel initiées sur le fondement des dispositions des articles L. 551-1 et suivants du Code de justice administrative ou du recours dit « *Tarn-et-Garonne* »<sup>[7]</sup>, il est ainsi de plus en plus fréquent que des opérateurs économiques contestent le prix de l'opérateur économique classé premier en raison d'une prétendue offre anormalement basse. De la même manière, les concurrents évincés n'hésitent pas non plus à remettre en cause la méthode d'appréciation du critère du prix mise en œuvre par l'acheteur. La jurisprudence administrative offre ainsi de nombreux exemples de contestation de la procédure de passation de marchés publics de travaux sur ces fondements<sup>[8][9]</sup>.

Au-delà de ces apparentes divergences, des points de convergence existent néanmoins.

D'abord, comme en matière de marchés privés de travaux, le droit de la concurrence constitue aussi une donnée de plus en plus importante en matière de marchés publics de travaux. Celui-ci s'impose aux maîtres d'ouvrages publics ; il n'est pas rare de les voir interrompre la procédure de passation d'un marché de travaux en raison d'une concurrence insuffisante après avoir constaté que les prix étaient manifestement surévalués et pouvaient éventuellement résulter d'une entente. Dans certains cas, une fois le marché conclu, le maître d'ouvrage pourra également tenter de remettre en cause la validité même du marché de travaux en raison d'un prix fixé dans des conditions de concurrence irrégulière : le droit à indemnisation du cocontractant pourra d'ailleurs être affecté du fait de cette pratique anticoncurrentielle<sup>[10]</sup>.

Un autre point de convergence tient aussi à l'élargissement du champ d'application des règles de la commande publique et à l'alignement dans certains cas des règles de passation des marchés privés de travaux sur celles des marchés publics. L'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 avait déjà soumis certains opérateurs privés aux règles de la commande publique. Les règles de passation des marchés privés de travaux étaient donc les mêmes que celles des marchés publics. L'ordonnance

n° 2015-899 du 23 juillet 2015 et son décret d'application perpétuent ce cadre : il existe donc une part très importante de marchés privés de travaux qui sont soumis au cadre contraignant des règles de la commande publique (notamment les SPL, les SEML...) et notamment à la menace du juge judiciaire dans le cadre du référé précontractuel.

Enfin, il est permis de constater dans le cadre de ces deux types de marchés, une volonté d'encadrement des formes du prix. L'article 17 du décret précité du 25 mars 2016 identifie ainsi deux types de prix : le marché à prix global et forfaitaire et le marché à prix unitaire. Ces formes de prix qui peuvent d'ailleurs être combinées dans un même marché sont définies par la doctrine administrative<sup>[11]</sup> comme suit :

- le prix unitaire est « le prix à l'unité d'une prestation précisément définie dans les documents contractuels. Il est appliqué aux quantités livrées ou exécutées » ;
- le prix forfaitaire est « celui qui rémunère le titulaire pour une prestation ou un ensemble de prestations, quelles que soient les quantités livrées ou exécutées ».

Cette dichotomie entre prix unitaire et prix forfaitaire est également reprise dans les marchés privés de travaux. Toutefois, sa mise en œuvre est plus encadrée que dans les marchés publics et connaît une subtilité supplémentaire.

L'article 2 de la norme AFNOR indique ainsi que quatre types de marchés sont possibles : le marché à prix global et forfaitaire, le marché au mètre, le marché sur dépenses contrôlées ou encore le marché combinant ces différents types de prix.

L'article 3 de la norme définit ainsi ces types de marchés comme suit :

« 3.35 Marché à prix global et forfaitaire : marché dans lequel une prestation ou un ensemble de prestations complètement défini est rémunéré par un prix global et forfaitaire indépendamment des quantités mises en œuvre pour leur réalisation. L'insertion de clauses de variations de prix ne fait pas perdre à ce type de marché son caractère forfaitaire ».

En matière de travaux, le recours à ce type de prix est toutefois encadré par l'article 1793 du Code civil lequel prévoit que :

« Lorsqu'un architecte ou un entrepreneur s'est chargé de la construction à forfait d'un bâtiment, d'après un plan arrêté et convenu avec le propriétaire du sol, il ne peut demander aucune augmentation de prix, ni sous le prétexte de l'augmentation de la main-d'œuvre ou des matériaux, ni sous celui de changements ou d'augmentations faits sur ce plan, si ces changements ou augmentations n'ont pas été autorisés par écrit, et le prix convenu avec le propriétaire ».

[7] CE ass., 4 avril 2014, Département de Tarn-et-Garonne, req. n° 358994.

[8] Pour un exemple de remise en cause de la méthode de notation du critère prix dans le cadre de la passation d'un marché public : CE 3 novembre 2014, Commune de Belleville sur Loire, req. n° 373362.

[9] Pour un exemple de contestation d'une offre anormalement basse par un concurrent évincé : CE 30 mars 2017, GIP FCIP, req. n° 406224.

[10] En ce sens, par exemple, CE 10 avril 2008, Sté Decaux, req. n° 244950.

[11] Direction des affaires juridiques, Le prix dans les marchés publics - guide et recommandations.



Aussi, la pratique d'un marché à forfait ne pourra s'appliquer qu'en cas de construction d'un bâtiment réalisé selon un plan arrêté et convenu avec le propriétaire du sol ; il existe d'ailleurs une jurisprudence abondante sur le fait de savoir ce qui constitue une construction ou non et donc savoir si le prix forfaitaire s'applique.

Ensuite, l'article 336 définit le marché au mètre comme un contrat dans lequel « le règlement est effectué en appliquant des prix unitaires aux quantités réellement exécutées »

Cette définition peut être rapprochée de la notion de marché à prix unitaire où la rémunération dépendra des quantités réellement exécutées

Enfin, l'article 3.48 de la norme définit les travaux sur dépenses contrôlées comme des « travaux pour lesquels l'entrepreneur est rémunéré sur la base de ses dépenses réelles et contrôlées (main-d'œuvre, matériaux, matières consommables, location de matériel, transports, etc.) majorées sur la base d'un coefficient pour frais généraux, impôts et bénéfices »

Il est à noter qu'en matière de marchés publics, l'ancien code n'admettait l'utilisation de ce type de prix que pour les marchés de l'État.

En définitive, il apparaît donc que le régime juridique applicable à la détermination initiale du prix, à sa forme et aux modalités de sa contestation connaissent plus de points communs qu'il n'y paraît entre marchés publics et marchés privés de travaux

## Un rapprochement marqué concernant les modalités éventuelles d'évolution du prix lors de l'exécution du marché

Un marché de travaux comporte une durée prévisionnelle d'exécution parfois relativement longue. Il est donc normal que les cocontractants cherchent à fixer des règles relatives aux modifications prévisibles du contrat et destinées notamment à anticiper l'évolution des coûts. Marchés privés et publics de travaux comportent donc notamment des mécanismes d'actualisation ou des formules de révision des prix du marché. La détermination de ces formules de révision doit être faite avec attention et le choix des indices constitue une donnée importante<sup>[12]</sup>

Par ailleurs, au cours de l'exécution des travaux, les parties peuvent aussi souhaiter d'un commun accord modifier la nature et l'étendue des besoins, ces changements étant susceptibles d'impacter le prix du marché. Les marchés publics et privés peuvent ainsi être modifiés en

cas d'accord des parties quant à l'inclusion de nouveaux travaux dans le forfait<sup>[13]</sup>. Une différence essentielle entre marchés privés et publics de travaux réside tout de même dans la liberté contractuelle dont dispose les parties pour modifier le prix en cours de contrat.

Pour ce qui concerne les marchés publics de travaux, toute modification du prix ne doit pas faire naître un nouveau contrat distinct. Sous l'influence du droit communautaire, les dispositions de l'article 139 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 encadrent strictement la modification des marchés publics : la modification du prix n'échappe pas à ces nouvelles contraintes.

Quand bien même les parties seront d'accord pour modifier le prix par voie d'avenant, la modification envisagée ne devra notamment pas avoir pour effet d'emporter une modification substantielle du marché. De même, la faculté de modifier le prix dans les limites fixées au 6° de l'article 139 du décret précité n'offrira pas toujours une souplesse suffisante aux parties cocontractantes<sup>[14]</sup>.

À l'inverse, dans le cadre des marchés privés de travaux, à l'exception de ceux relevant du champ de la commande publique, la modification du prix par voie d'avenant sera en principe librement permise : aucune limite ne sera imposée dès lors que les parties cocontractantes sont d'accord.

Pour ce qui concerne enfin la survenance de circonstances imprévues lors de l'exécution des travaux susceptibles d'impacter le prix, des différences existent encore entre le régime juridique applicable aux marchés privés et publics de travaux ; pour autant, là aussi, sur ce terrain, des rapprochements existent.

En matière de marchés publics, est très vite apparue l'idée selon laquelle ce type de contrat était un montage contractuel « favorable » aux cocontractants de la personne publique. À l'inverse, par exemple, des concessions et délégations de service publics, le marché public a pour effet de ne pas transférer le risque de réalisation du marché au cocontractant de l'administration. Par ailleurs, et surtout, comme pour tout contrat administratif, le droit des marchés publics a vu émerger des théories jurisprudentielles favorables au cocontractant de cette dernière puisque lui ouvrant droit, sous certaines réserves, à une indemnisation dans l'hypothèse où l'exécution du contrat aurait été rendue plus onéreuse qu'initialement budgétée : il en va ainsi notamment de la théorie du fait du prince, de l'imprévision ou des sujétions techniques imprévues.

Tout d'abord et historiquement, le juge administratif a ainsi consacré la théorie de l'imprévision.

[12] L'article 18 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 détermine notamment les cas dans lesquels la mise en œuvre d'une révision s'impose dans le cadre d'un marché public et les modalités de définition de la formule de révision.

[13] En matière de marchés privés : Cass. 3<sup>e</sup> civ., 26 novembre 2003, n° 02-13 875 et Cass. 3<sup>e</sup> civ., 27 mars 2007, n° 06-12 566.

[14] Ces dispositions prévoient une liberté de modification en dessous d'un seuil de 15 % du montant du marché initial pour les marchés publics de travaux, avec la limite tout de même que la modification soit inférieure aux seuils européens.



En matière de marchés publics, et de jurisprudence constante, le cocontractant de l'administration est susceptible d'obtenir l'indemnisation des prestations non initialement prévues ou d'une augmentation de ses charges, dès lors que ces surcoûts ont pour origine la survenance d'un cas d'imprévision<sup>[15]</sup>. Celle-ci est constituée dès lors que plusieurs éléments sont réunis, à savoir :

- un bouleversement de l'économie du contrat entraînant un déficit pour le cocontractant ;
- l'imprévisibilité des circonstances et du bouleversement ;
- l'extériorité du bouleversement ;
- la possibilité de continuer l'exécution du contrat.

Dans le domaine des marchés privés, le juge civil a longtemps refusé de faire application de cette théorie en estimant qu'elle allait à l'encontre de la rédaction de l'article 1793 du Code civil et la détermination d'un prix global et forfaitaire.

La détermination d'un prix global et forfaitaire au sens de l'article 1793 a pour effet que « l'équilibre économique [est] accepté par les deux parties est alors figé ; l'entrepreneur prend ainsi en charge l'aléa économique »<sup>[16]</sup>.

Si cette vision du transfert exclusif de risque à l'opérateur en charge de la réalisation des prestations a longtemps vécu, une récente réforme du Code civil<sup>[17]</sup> a changé l'état du droit ; la théorie administrative de l'imprévision trouve en effet aujourd'hui un écho en droit civil, puisque l'article 1195 du Code civil prévoit désormais que :

« Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation ».

Ainsi, en matière de marchés privés, chaque partie à un contrat peut désormais en demander à son cocontractant la révision sous réserve que :

- un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion de la convention est constaté ;
- ce changement rend l'exécution du marché excessivement onéreuse ; et
- la convention met en présence une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque.

Relevons d'ailleurs que l'article 9.1.1 de la nouvelle mouture de la norme AFNOR NF P 03-001 dispose désormais que :

« Si un changement de circonstances, imprévisible lors de la conclusion du marché, rend l'exécution excessive-

ment onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du marché à son cocontractant ».

En matière de marchés privés comme en matière de marchés publics, l'imprévision est donc aujourd'hui susceptible de permettre la renégociation du contrat même si bien sûr ces notions diffèrent l'une de l'autre à plusieurs points de vue.

D'abord, en matière de marchés privés, l'imprévision joue seulement dans l'hypothèse où le cocontractant n'a pas accepté de porter le risque. À l'inverse, en marchés publics, un tel principe est susceptible d'être invoqué quand bien même il ne serait pas contractuellement prévu.

Ensuite et comme l'indique la doctrine, l'article 1195 constitue le droit spécial de l'article 1793 et ne devrait donc trouver à s'appliquer qu'après accord initial des parties et non de plein droit comme en matière administrative.

Mais surtout, les conséquences sont différentes : si en droit des marchés publics, la survenance d'un cas d'imprévision ouvre droit à indemnisation pour le cocontractant de l'administration, en marchés privés, la survenance d'un cas d'imprévision permet (i) une renégociation et (ii) en cas d'échec, une résolution du contrat ou à une demande d'adaptation par le juge.

L'article 1195 dispose ainsi que : « En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation ».

La seconde théorie méritant un comparatif est celle des sujétions techniques imprévues, laquelle est également un vocable propre au droit administratif. La survenance d'un cas de sujétion imprévue est donc susceptible de permettre la révision du prix du marché. Celles-ci sont définies par la jurisprudence administrative comme : « des difficultés matérielles rencontrées lors de l'exécution d'un marché, présentant un caractère exceptionnel, imprévisibles lors de la conclusion du contrat et dont la cause est extérieure aux parties »<sup>[18]</sup>.

En matière de marchés publics, sous l'empire du Code des marchés publics de 2006, la survenance d'un cas de sujétions techniques imprévues était d'ailleurs la seule hypothèse qui permettait la conclusion d'un avenant ayant pour effet de bouleverser l'économie du marché<sup>[19]</sup>.

Une telle notion ne trouve pas un écho en droit civil, même s'il peut être relevé un arrêt de la Cour de cassation du 9 février 2000 lequel a semblé accepter en fili-

[15] CE 30 mars 1916, Cie générale du gaz de Bordeaux, req n° 59928, *Rec. CE*, p. 125, *GAJA* n° 33

[16] A. Dauger et F.R. Fabre-Falret, « Quels enjeux sur le prix lors de conclusion des marchés privés de travaux ? »

[17] Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

[18] CE 30 juillet 2003, Commune de Lens, req n° 223445

[19] CMP, art. 20 : « En cas de sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, un avenant ou une décision de poursuivre peut intervenir quel que soit le montant de la modification en résultant. Dans tous les autres cas, un avenant ou une décision de poursuivre ne peut bouleverser l'économie du marché, ni en changer l'objet ».



grane, sous réserve de sa démonstration, l'application de cette théorie aux marchés privés<sup>[20]</sup>

Enfin, le juge administratif admet également l'indemnisation du titulaire d'un marché public en cas de réalisation de travaux supplémentaires qui doivent être analysés comme indispensables ; ceux-ci doivent être payés, même s'ils ont été réalisés sans ordre de service, avenant ou décision de poursuivre. *A fortiori*, doivent être payés des travaux rendus indispensables à cause de la maîtrise d'œuvre : ces travaux doivent être intégralement payés<sup>[21]</sup>

Une telle théorie ne semble pas reprise en matière de marchés privés<sup>[22]</sup>.

Le juge judiciaire n'admet que, dans de rares cas, une rectification au profit de l'entrepreneur d'une erreur matérielle, en l'espèce une erreur d'addition<sup>[23]</sup>. La norme NF P 03-001 prévoit quant à elle la possibilité pour le titulaire d'être rémunéré en cas de situation d'urgence et de nécessité de réaliser des travaux de stabilité, l'article 11.4 précisant que :

« 11 4 1 Par exception aux dispositions des 11 1 et 11 2, l'entrepreneur doit prendre sans délai les mesures d'urgence nécessaires et indispensables à la stabilité de l'ouvrage ou à sa sauvegarde, à charge pour lui d'en informer le jour même le maître d'œuvre

11 4 2 Les dépenses supplémentaires résultant éventuellement de ces modifications seront réglées comme il est dit au 11 3 »

Le paiement des travaux supplémentaires est également possible, même en l'absence d'un accord, lorsqu'un bouleversement de l'économie du contrat initial a entraîné la sortie du marché à forfait<sup>[24]</sup>.

En définitive, il apparaît donc que si le marché public permet encore, pour des raisons historiques, une révision des prix dans des conditions plus favorables pour le cocontractant en cas de survenance d'événements imprévus, la réforme du Code civil et de la norme AFNOR démontrent à l'évidence que des rapprochements s'opèrent notamment avec l'adoption de la théorie de l'imprévision par les civilistes.

## Une volonté commune d'encadrer les règles de paiement du solde du marché.

La question du régime applicable au paiement du solde du prix du marché au terme de celui-ci mérite enfin

[20] Cass 3<sup>e</sup> civ, 9 février 2000, n° 98-16 825 inédit

[21] En ce sens, CE 3 octobre 2008 Societe établissements Paul Mathis SA et autres, req n° 291919

[22] Cass 3<sup>e</sup> civ, 21 janvier 1981, *RDI* 1981 511, obs P Malinvaud et Cass 3<sup>e</sup> civ, 8 juin 2005, n° 04-15 046

[23] Cass 3<sup>e</sup> civ, 15 janvier 2003, n° 01-01 563

[24] Cass 3<sup>e</sup> civ, 28 février 1996, n° 94-15 561

d'être examinée s'agissant tant des marchés privés et publics de travaux.

Deux situations doivent être distinguées (i) la surveillance du terme normal du marché, lequel se matérialisera par la réception des ouvrages et (ii) la fin anticipée du marché par une décision d'une partie au contrat.

En matière de marchés privés, les articles 19.4 à 19.6 de la norme NF P 03-001 encadrent la procédure de paiement du solde de l'entrepreneur à l'échéance du marché

La norme met ainsi en œuvre une procédure qui pourrait être rapprochée de celle prévue par le CCAG Travaux.

Différentes étapes sont ainsi identifiables et notamment les suivantes :

- dans le délai de 45 jours à dater de la réception ou de la résiliation, l'entrepreneur remet au maître d'œuvre le projet de décompte final de la totalité des sommes auxquelles il peut prétendre ;
- après analyse du maître d'œuvre, le maître d'ouvrage notifie à l'entrepreneur un décompte général dans un délai de 30 jours à dater de la réception du projet de décompte final par le maître d'œuvre ;
- le titulaire disposera enfin de 30 jours pour notifier son accord ou ses remarques sur ce projet. En cas de silence gardé pendant ce délai, il sera réputé avoir accepté le décompte général ;
- le maître d'ouvrage dispose de trente jours pour faire connaître, par écrit, s'il accepte ou non les observations de l'entrepreneur ; passé ce délai, il est réputé avoir accepté ses observations.

En matière de marchés publics, une attention toute particulière de chacune des parties devra également être apportée à cette procédure afin de ne pas accepter ou renoncer tacitement au paiement de certaines sommes

Ainsi, l'article 13 du CCAG Travaux prévoit notamment :

- la transmission du projet de décompte final au maître d'œuvre et au représentant du pouvoir adjudicateur par le titulaire en principe dans le délai de trente jours à compter de la date de notification de la décision de réception des travaux ;
- à partir du décompte final, que le maître d'œuvre établit le projet de décompte général ;
- que le projet de décompte général soit signé par le représentant du pouvoir adjudicateur et devienne alors le décompte général ;
- que le représentant du pouvoir adjudicateur notifie au titulaire le décompte général à la plus tardive des deux dates ci-après
  - trente jours à compter de la réception par le maître d'œuvre de la demande de paiement finale transmise par le titulaire ;
  - trente jours à compter de la réception par le représentant du pouvoir adjudicateur de la demande de paiement finale transmise par le titulaire.

Encore une fois, les similitudes sont grandes entre les deux catégories de marchés.

Une seconde hypothèse doit être également appréhendée s'agissant de la fin anticipée du marché



Selon un principe immuable du droit administratif, le cocontractant de l'administration voyant le marché dont il est titulaire résilié par la personne publique, pour un motif autre qu'une faute, a droit à l'indemnisation de son préjudice. La jurisprudence précise à cet égard que l'administration « peut, en tout état de cause et en vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs, mettre fin avant terme aux marchés publics, sous réserve des droits à indemnités des intéressés »<sup>[25]</sup>

En matière de marchés publics, l'article 46 4 du CCAG Travaux rappelle ce principe tout en encadrant ses conséquences pécuniaires. À défaut d'autres précisions dans le marché de travaux, l'indemnisation sera égale à une somme de 5 % du montant du marché et des frais et investissements, éventuellement engagés pour le marché.

Une telle indemnisation est également prévue en matière de marchés privés dans la mesure où l'article 1794 du Code civil prévoit que

« Le maître peut résilier, par sa seule volonté, le marché à forfait, quoique l'ouvrage soit déjà commencé, en dédommageant l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de tous ses travaux, et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise »

L'article 22 1 3 2 de la norme NF P 03-001 précise pour sa part que

[25] En ce sens, notamment, CE 2 mai 1958, Distillerie Magnac-Laval, *Rec. CE* p 246

« Sauf dispositions contraires du cahier des clauses administratives particulières, dans le cas où le maître de l'ouvrage résilierait le marché dans les conditions prévues à l'article 1794 du Code civil, l'indemnité à verser à l'entrepreneur sera calculée conformément aux dispositions de cet article »

Ainsi, et comme en matière de marchés publics, le « maître » peut toujours décider de mettre un terme au marché privé sous réserve de la juste indemnisation du titulaire. Cependant, et dans ce dernier cas, il reviendra au titulaire de prouver le montant de ses dépenses et surtout des sommes qu'il aurait pu escompter, au contraire des marchés publics où cette somme correspondra à un pourcentage du prix du marché.

## Conclusion

Il ne faut pas s'y tromper, les marchés publics et les marchés privés de travaux sont soumis à des règles différentes qui se justifient par le fait que les parties en présence n'auront pas la même qualité ni le même besoin de protection. La notion de prix et son encadrement diffèrent donc selon que l'on se place dans un marché public ou un marché privé de travaux.

Pour autant, et comme dans d'autres domaines du droit, il est permis de constater un effacement des frontières ; l'influence certaine du droit de la commande publique ou encore la volonté de mieux protéger les cocontractants de circonstances économiques parfois difficilement prévisibles constituent à coup sûr quelques facteurs de ce rapprochement.