



## Aurélie Dager & François-Régis Fabre-Falret (LPA-CGR Avocats) : quels enjeux sur les prix lors de conclusion des marchés privés de travaux ?

Aurélie Dager & François-Régis Fabre-Falret (**LPA-CGR** Avocats) : quels enjeux sur les prix lors de conclusion des marchés privés de travaux ? - Le - par Aurélie Dager & François-Régis Fabre-Falret Les sujets financiers sont au cœur des négociations de tout contrat. Les marchés de travaux échappent d'autant moins à cette règle que la norme Afnor NFP 03-001, dont la neuvième version vient d'entrer en vigueur le 20 octobre dernier, s'invite aux négociations en proposant aux parties un standard contractuel que les parties sont libres d'appliquer ou d'adapter. La force du marché forfaitaire De finition du forfait Juridiquement, le prix (dont la détermination est libre par le jeu de la concurrence selon l'article L.410-2 du Code de commerce) peut revêtir plusieurs formes : prix unitaire ou au mètre, sur devis ou forfaitaire, qui est la forme la plus utilisée en pratique. L'article 1793 du Code civil régit le marché à forfait et pose trois conditions : une construction, un plan arrêté et convenu, un prix forfaitaire c'est-à-dire un prix global et définitif. L'équilibre économique accepté par les deux parties est alors figé ; l'entrepreneur prend ainsi en charge l'aléa économique : les sous-estimations affectant l'offre initiale, l'augmentation du coût de la main d'œuvre ou des matériaux, ou encore le travail supplémentaire, sans avenant, ne peuvent entraîner d'augmentation du prix fixe. Trois situations permettent toutefois de sortir du forfait : (i) une clause incompatible avec le forfait (par exemple : Cass. 3e civ., 6 mars 1985, n° 83-16.718 ; Cass. 3e civ., 15 de c. 1993, n° 92-10.550), (ii) des travaux supplémentaires hors cadre du forfait qui ont donné lieu à des avenants (Cass. 3e civ., 26 nov. 2003, n° 02-13.875 ; Cass. 3e civ., 27 mars 2007, n° 06-12.566) (iii) ou enfin des modifications apportées par le maître de l'ouvrage au plan initial en cours de travaux, ayant entraîné un "bouleversement de l'économie du contrat". Cette dernière situation, notion pré-torienne, est soumise à deux conditions cumulatives : (i) la caractérisation du bouleversement de l'économie du contrat : l'analyse de la jurisprudence laisse ressortir un seuil de déclenchement aux environs de 25 % par rapport au prix forfaitaire (Cass. 3e civ., 26 juin 2002, n° 00-19.265), qui rejoint celui de la norme Afnor NFP 03-001 en son article 11.1.1.1. (ii) la détermination de l'origine du bouleversement de l'économie du contrat : en effet, pour être pris en compte, le bouleversement doit provenir d'une initiative du maître de l'ouvrage et non d'un tiers (Cass. 3e civ., 28 octobre 2003, n°02-15.907). Le forfait légal versus l'impressionnisme L'article 1793 du Code civil s'oppose ainsi au nouvel article 1195 du Code civil issu de la réforme du droit des contrats entrée en vigueur le 1er octobre 2016, qui a introduit la théorie de l'impressionnisme dans le Code civil. À la question de savoir si cet article met en péril le forfait de l'article 1793 du Code civil, la réponse apportée par la doctrine s'oriente vers la négative. En effet, les dispositions de ce dernier article s'appliquent dans un cadre particulier qui déroge au cadre général de la nouvelle disposition. L'article 1105 alinéa 3 du Code civil, qui transpose le principe "specialia generalibus derogant" met donc le forfait de l'article 1793 du Code civil à l'abri de l'impressionnisme. Attention toutefois à bien préciser dans les marchés. Les imputations sur le prix Le maître d'ouvrage bénéficie de plusieurs types d'imputations sur le prix pour être garanti de ne voir remettre un ouvrage exempt de malfaçons et dans les délais contractuels. Une réception dans les délais contractuels Le plus souvent, les marchés de travaux stipulent des pénalités de retard, qui sont la compensation financière due par l'entrepreneur au maître d'ouvrage en raison du retard dans l'achèvement des travaux. Ces pénalités s'analysent comme des clauses pénales, que le juge a la possibilité de réviser à la hausse comme à la baisse si leur montant est manifestement excessif ou dérisoire. Ces pénalités seront, ou non, libératoires en fonction des négociations intervenues. Une des problématiques les plus fréquentes sur ce sujet réside dans l'instauration d'un plafonnement de ces pénalités. Les entrepreneurs ont en effet pour référence le plafonnement de ces pénalités de 5 % retenu par l'article 9.5 de la norme Afnor NFP 03-001, qui n'a pas varié dans la nouvelle

version de la norme. Des levées de réserves garanties La retenue de garantie a pour objet de garantir contractuellement l'exécution des travaux ainsi que les réserves faites à la réception par le maître d'ouvrage à l'exclusion des ordres de parfait achèvement. Cette garantie, encadrée par la loi n°71-584 du 16 juillet 1971, est d'une durée d'un an à compter de la réception des travaux et ne s'applique que si elle a été prévue contractuellement (Cass. 3e civ., 7 octobre 2009, n°08-70.030). Par ailleurs, cette retenue de garantie ne prive pas le maître de l'ouvrage de la possibilité de se prévaloir des manquements de l'entreprise et d'opposer l'exception d'inexécution (Cass. 3e civ., 16 septembre 2003, n° 02-12.968). A noter que l'entrepreneur peut faire le choix de fournir un cautionnement d'un établissement financier, d'un montant égal à la retenue de garantie. Chronique Le processus de paiement du prix des marchés privés de travaux Le paiement du solde des travaux Le de compte final de l'entreprise appelle une vigilance particulière. En effet, l'article 19-6 de la norme Afnor NFP 03-001 retient une acceptation tacite de ce de compte final par le maître d'ouvrage s'il n'a pas retourné le document dans les 30 jours de sa notification après une mise en demeure restée infructueuse. Le plus souvent, il sera de rigueur à cette acceptation tacite dans les marchés. A noter en outre que l'article 20.6.2 de cette norme prévoit que le taux des intérêts moratoires est celui de l'intérêt légal augmenté de 10 points de pourcentage, sauf dérogation par les parties. La garantie de paiement offerte à l'entreprise L'article 1799-1 alinéa 1 du Code civil prévoit une garantie de paiement qui est due par le maître de l'ouvrage à l'entrepreneur afin de protéger ce dernier des défaillances du maître d'ouvrage dans le paiement des marchés de construction. Le seuil de la garantie de paiement est fixé à 12 000 euros HT suivant le décret n°99-658 du 30 juillet 1999. Les sommes dues s'entendent du prix convenu au titre du marché, de déduction faite des arrhes et acomptes versés lors de la conclusion de celui-ci. L'assiette de la garantie est quant à elle déterminée par le prix initial qui a été convenu mais elle prend également en compte les différents avenants qui ont pu être signés par les parties. Ainsi, faute pour le constructeur de démontrer l'existence d'avenants par lesquels il aurait convenu avec l'entrepreneur de porter le prix du marché à un nouveau montant, c'est le prix initial qui doit être pris en compte (Cass. 3e civ., 4 janvier 2006, n°04-17.226). La garantie peut prendre diverses formes: un paiement direct effectué par l'établissement prêteur au bénéficiaire de l'entrepreneur si le marché est entièrement financé à l'aide d'un prêt spécifique, une garantie conventionnelle (consignation ...) ou une garantie émanant d'un établissement bancaire (cautionnement solidaire ou garantie autonome ...) si le maître d'ouvrage n'a pas eu recours à un crédit spécifique ou n'y a recouru que partiellement. Si aucune garantie n'a été fournie et que l'entrepreneur demeure impayé des travaux exécutés, il pourra surseoir à l'exécution du contrat après mise en demeure restée sans effet à l'issue d'un délai de quinze jours suivant l'article 1799-1 alinéa 3 du Code civil.