

**REPUBLIQUE ALGERIENNE DEMOCRATIQUE ET  
POPULAIRE**



**L'importance des garanties dans l'exécution des marchés  
publics**

Dans le cadre d'un colloque sur

**" Les marchés publics "**

**Intervention de Mer Serge Gonzales\***

27 et 28 novembre 2016

- **Président de chambre à la Cour Administrative d'Appel de Marseille.**

## L'IMPORTANCE DES GARANTIES DANS L'EXECUTION DES MARCHES PUBLICS

Derrière les problèmes juridiques complexes que représentent la passation et l'exécution des marchés publics, nos débats dans ce colloque ont célébré l'importance de grands principes de droit public, comme les règles de transparence, le principe d'égalité, le bon usage des deniers publics, les comptes que les administrateurs doivent à la Nation, la bonne administration de la justice, etc.

Tous ces grands principes abstraits vont certainement servir à construire un Etat de droit.

Mais je dois rappeler qu'il s'agit d'abord de construire des ouvrages publics ! Des ouvrages publics solides, durables, conformes à leur destination immédiate, c'est à dire des routes ou des autoroutes sur lesquelles on pourra rouler en sécurité, des HLM qu'on aura envie d'habiter, des immeubles qui résisteront aux mouvements du sol, qui ne s'effondreront pas à cette occasion.

Des ouvrages publics conformes aussi à une destination plus subtile, qui est de matérialiser la satisfaction générale, le sentiment d'appartenance à une œuvre collective. Les règles de construction, je les vois finalement, très concrètement, comme celles de la construction d'un pays.

On ne remarque son propre pays qu'à côté d'un visiteur étranger. Un collègue tunisien que j'avais accueilli à l'aéroport et ramené à Paris s'était exclamé sur la route : « Mais vous êtes un peuple de souris ! Vous construisez des tunnels partout ! ». Je ne sais pas si cette définition est juste, mais elle m'incite à chercher ce qui dans mon pays fait qu'on peut espérer que les tunnels et autres ouvrages publics construits en France seront conformes à leur destination.

Comment s'y prend-on pour y parvenir ? En respectant à la lettre les règles des marchés publics qu'on a détaillées durant notre colloque. Nous avons pratiquement les mêmes.

Comment s'y prend-on pour ne pas y parvenir ? En ignorant l'importance de ces règles, ou en les négligeant, permettant alors à des pratiques extra-légales, qui existent partout, dans toutes les sociétés, de s'installer.

La garantie de parfait achèvement, qui est encore une garantie contractuelle, et les garanties de bon fonctionnement, et surtout la garantie décennale, qui sont des garanties post-contractuelles, font partie de ces règles. Elles jouent en dernier lieu, quand un ouvrage est déjà achevé. Mais la possibilité de mettre en œuvre ces règles particulières est la garantie que l'ensemble des autres règles auront été respectées.



C'est cette importance-là que je veux souligner dans mon exposé et l'évolution jurisprudentielle du droit des contrats publics en France me donnera l'occasion de conforter ce propos dans une seconde partie. Mais, au préalable, je vais mentionner certains points de passage qu'il convient de respecter si on veut donner un plein effet au régime de responsabilité post-contractuelle.

-----

Ce régime est en effet si important qu'il faudrait l'inventer. Il figurait déjà, il y a près de 4 000 ans, dans le code de Hammourabi, un roi de Babylone. Ce code comportait alors des règles très sévères : si, par exemple un architecte construisait une maison qui s'écroulait sur le fils du propriétaire, on devait alors exécuter le fils de l'architecte... Je ne demande pas le retour à ce régime, mais il est vrai qu'on rêverait parfois de voir les architectes, les entrepreneurs et les fonctionnaires venir habiter les immeubles qu'ils construisent ou qu'ils autorisent, surtout en cas de séisme comme l'Algérie en a connus... A défaut, on leur demande des comptes au titre de la responsabilité décennale. De très nombreux pays prévoient un régime de responsabilité similaire, depuis l'Indonésie jusqu'au Canada, en passant par l'Europe, les pays d'Afrique du Nord, l'Afrique sub-saharienne...

Ce sont des règles si fondamentales qu'elles sont gravées dans le marbre. Elles figurent à l'article 554 de votre code civil, et n'ont pas eu besoin d'être réécrites à l'occasion de la rédaction de votre nouveau code des marchés publics. Nous-mêmes nous référons simplement « aux principes régissant la responsabilité décennale des constructeurs »<sup>1</sup>, ce qui permet d'en faire un droit de plus en plus autonome par rapport au droit privé.

A côté de ces principes, figure l'obligation qui les rend possibles, celle de souscrire à une assurance couvrant la responsabilité décennale des constructeurs. Le législateur en France a rendu cette assurance obligatoire en vue de protéger non seulement la sûreté personnelle des acquéreurs, mais aussi la sûreté publique contre l'effondrement des immeubles. C'est aussi le cas en Tunisie depuis 1994, en Algérie depuis 1995, où les articles 175 à 178 d'une ordonnance relative aux assurances imposent cette obligation aux constructeurs, sauf à l'Etat et aux collectivités locales et aux personnes construisant leur habitation familiale. Ailleurs, comme en Arabie Saoudite ou en Corée du Sud, elle est assurée par des associations de constructeurs. Elle n'est pas obligatoire au Canada, elle n'est obligatoire que pour les marchés de l'Etat au Maroc, mais elle est recommandée partout.

Elle est en effet éminemment recommandable. L'intérêt en est évident : la garantie décennale est égale au coût total de la construction ; elle permet d'assurer le préfinancement des réparations (quitte à subroger l'assureur dans les droits de la

---

1 CE 21 octobre 2015 n° 385779.



victime solidairement contre les constructeurs) ; elle responsabilise les constructeurs à cause du fait qu'elle comporte d'importantes franchises et qu'elle n'est pas destinée à couvrir des fautes intentionnelles ou un dol. Elle permet en outre d'incorporer l'évaluation du risque bien en amont du marché ; les plans étant confiés à l'assureur en phase pré-contractuelle, celui-ci, qui détient les offres, les cahiers des charges et autres documents permettant d'apprécier le risque, suivra, le plus souvent à travers une commission technique, l'évolution du chantier, et sera tenu informé de tout événement modificatif du chantier, comme des réserves du maître de l'ouvrage : c'est donc la garantie que le risque de réaliser un ouvrage défectueux sera toujours pris en compte dans tous les choix des constructeurs.

Aucun marché ne devrait donc être conclu sans qu'on soit assuré de la souscription d'une telle assurance. En France c'est impensable. En Algérie, l'article 178 de la loi relative aux assurances l'impose. Il faut donc s'interroger sur le démarrage d'un chantier dans lequel ces précautions n'ont pas été prises et même, en amont, sur la passation d'un marché dans ces conditions. C'est presque l'assurance que l'ouvrage comportera de graves malfaçons, ce qui représente un risque excessif pour le constructeur autant que pour le maître de l'ouvrage qui ne fera pas jouer la responsabilité décennale. Un risque pour tout le monde, au bout du compte.

2. L'autre point de passage que je voudrais souligner, c'est la nécessité de procéder à cette formalité juridique qu'est la réception de l'ouvrage.

Les constructions actuelles sont désormais d'une telle technicité que les constructeurs peuvent n'avoir aucune conscience des défauts cachés de leur travail.

Cette formalité est d'une importance cruciale pour tous les partenaires.

C'est d'abord une opération matérielle qui permet au maître de l'ouvrage d'entrer en possession des lieux, d'examiner l'état de l'ouvrage et d'émettre des réserves. La réception est un acte qui demande en général des examens et des tests techniques étalés sur plusieurs jours.

C'est surtout une opération juridique qui va mettre un terme au régime de responsabilité contractuelle des contractants, fondé sur la faute de ces derniers, et aussi à tout ce système d'indemnisation sans faute des travaux supplémentaires, des sujétions imprévues, du bouleversement économique du contrat, et dont il ne restera plus rien, à part l'obligation pour le seul entrepreneur de garantir le parfait achèvement de l'ouvrage, à part aussi l'équation financière de l'opération qui restera contractuelle jusqu'au règlement général et définitif. (la réception ne joue que comme point de départ pour établir ce document).

Ses effets juridiques peuvent se résumer ainsi :



en premier lieu, la réception constitue le point de départ de quatre délais :

a) Le délai d'un an de garantie de parfait achèvement qui sert à parfaire la construction et à lever les réserves émises dans le procès-verbal de la réception. Cette garantie est de nature contractuelle et pèse sur le seul entrepreneur.

b) Le délai minimal de 2 ans de garantie de bon fonctionnement des équipements du bâtiment.

c) Le délai de 10 ans de la responsabilité des constructeurs dont le point de départ n'est plus reporté comme avant à la date de levée des réserves émises dans le procès-verbal de réception. Cette disposition sert à libérer les constructeurs et à transférer la propriété au maître de l'ouvrage. Le législateur a en effet refusé de maintenir indéfiniment les entreprises sur le chantier et, pour la même raison, c'est à dire pour ne pas retenir les entreprises en otage, il a institué en 1978 un régime de réception unique : une opération qui va mettre un terme au régime de responsabilité contractuelle des contractants, fondé sur la faute de ce dernier, et aussi à tout ce système d'indemnisation sans faute des travaux supplémentaires, des sujétions imprévues, du bouleversement économique du contrat, et dont il ne restera plus rien. Seule l'équation financière de l'opération restera contractuelle jusqu'au règlement général et définitif. (la réception ne joue que comme point de départ pour établir ce document).

Tout le monde a donc intérêt à ce que la réception soit prononcée, et qu'elle le soit dans les formes. Les constructeurs, notamment, qui peuvent demander au juge, en cas de refus, qu'il prononce lui-même la réception (à compter de son jugement), y ont tout intérêt parce que, comme elle vaut acceptation des travaux par le maître de l'ouvrage, les constructeurs seront alors exonérés de la responsabilité de tous les vices apparents affectant l'ouvrage public.

Quant au maître de l'ouvrage, il va pouvoir entrer en possession des lieux, examiner l'état de l'ouvrage et émettre des réserves. C'est une arme indispensable pour lui parce que, s'il n'y a pas de réception, les garanties biennale et décennale ne pourront pas jouer devant le juge qui a l'obligation, laquelle est d'ordre public, de définir la fin des relations contractuelles. Le juge rejettera donc l'invocation de la garantie décennale s'il n'y a pas de réception ou s'il y a encore des réserves. Il le fera d'office et ne permettra pas que le cocontractant invoque en appel un autre fondement de responsabilité.

C'est donc une arme indispensable pour le maître d'ouvrage, mais c'est aussi une obligation pour lui, parce que, s'il n'y a pas de réception, il ne pourra tout simplement pas se prévaloir des garanties. Par ailleurs, c'est une responsabilité très importante pour lui, car ce serait une grande erreur de sa part que de donner quitus au maître d'ouvrage délégué alors que des désordres apparents ou connus affecteraient



l'ouvrage. Il ne pourra plus invoquer la responsabilité du maître d'ouvrage délégué puisqu'il aura accepté le bâtiment dans l'état où il se trouvait le jour de la réception, ni faire jouer la garantie décennale en raison du caractère apparent des désordres. Il pourra seulement mettre éventuellement en jeu la responsabilité contractuelle du maître d'œuvre pour faute dans sa mission de conseil au moment de la réception.

Alors, pourquoi y a-t-il encore tant de cas où la réception n'a pas lieu, ou en tous cas, pas dans les formes ? Le maître d'ouvrage a l'obligation de prononcer cette réception dès que l'ouvrage est achevé et il engage sa responsabilité contractuelle s'il ne le fait pas<sup>2</sup>. En France, depuis 1978, la réception doit prendre la forme d'un procès-verbal écrit. La Cour de cassation et le Conseil d'Etat ont fini par admettre en 1986 qu'une réception puisse être tacite, à condition de n'être pas équivoque (par exemple, une prise de possession sans réserve autre que sur les prix a été jugée comme valant réception ; de même, un refus de réception motivé par de graves malfaçons)<sup>3</sup>. Admettons. On peut voir dans l'absence de réception un effet de l'ignorance de certains constructeurs, mais on peut aussi imaginer leur mauvaise volonté au bout de toute une chaîne de pratiques en marge de la loi qui affectent toutes les opérations de construction depuis l'appel d'offres jusqu'à la réception définitive : lorsque aucune réception n'a lieu, c'est la démonstration d'une opération douteuse et la certitude de la livraison d'un ouvrage défectueux.

Donc, puisque nos travaux tournent autour de la moralité des marchés publics, j'insiste pour dire que c'est à travers les opérations de réception que celle-ci se vérifie à coup sûr.

3 C'est enfin l'assurance que l'ouvrage livré finira par ressembler à ce qu'il devrait être. Un ouvrage construit peut-être pas sans allongement des coûts, peut-être pas dans les délais prévus, mais au moins solide et durable.

Commence alors la garantie de bon fonctionnement des éléments d'équipement dissociables de l'ouvrage, reposant sur une présomption de faute, qui dure en principe deux ans, mais que l'Etat (mais en France, pas les collectivités locales) est libre d'aménager. Il peut même y renoncer.

Commence surtout la garantie décennale. Elle joue non seulement dans l'intérêt de la collectivité publique, mais aussi dans l'intérêt de l'entrepreneur. Ce dernier est protégé, parce que si ce régime spécial n'existait pas, le maître de l'ouvrage serait recevable à mettre en jeu sa responsabilité contractuelle, même après la réception des travaux ; cela a déjà été jugé par la Cour administrative d'appel de Paris (6 juillet 1995, p. 905) par exemple pour un entrepreneur chargé du ravalement d'un immeuble.

---

2 (Depuis un arrêt du CE de 1971, publié au recueil Lebon p. 696).

3 La prise de possession de l'ouvrage ne vaut réception tacite que si elle s'accompagne d'indices supplémentaires, comme par exemple, le paiement du solde du marché (CE 17 octobre 1986 Commune de Mareuil sur Arnon, p. 614).



La garantie décennale n'a pas seulement un caractère réparateur ; elle a un caractère satisfaisant, c'est à dire qu'elle est destinée à faire que l'ouvrage soit vraiment conforme aux règles de l'art. C'est pourquoi cette obligation n'est pas due qu'au maître de l'ouvrage, par exemple, mais aussi aux acquéreurs successifs de l'ouvrage. Cela se rapproche d'un régime d'assurance, et d'ailleurs, on voit bien que c'est l'assurance qui finance ce régime.

C'est un régime dont on comprend ainsi le caractère exorbitant. Justifié par son importance, si bien que tous les pays modernes y ont recours et qu'on peut mesurer l'état réel de développement d'un pays à l'usage qui est fait de cette garantie.

Je vais donc être amené à décrire un régime d'exception. Il l'est à tous égards.

En premier lieu, parce qu'il ne concerne que certaines personnes, que certains dommages, et qu'il porte sur un certain délai.

N'ayant pas le temps de m'étendre sur ces caractéristiques, j'en dirai seulement quelques mots.

1. Seul le maître d'ouvrage ou son mandataire, ou l'assureur subrogé dans ses droits, ou le successeur de ce maître d'ouvrage (par exemple un concessionnaire) peut mettre en œuvre la garantie décennale. Personne d'autre : ni le maître d'ouvrage délégué, ni les autres constructeurs, ni les autres locataires de l'immeuble.

2 Qui peut être mis en cause ? Tout le monde, architectes, entrepreneurs, bureaux d'étude ou de contrôle, ingénieurs conseils. Même, depuis des jurisprudences toutes récentes du Conseil d'Etat<sup>4</sup>, les sous-traitants, et les fournisseurs d'éléments spécialement préfabriqués, bien qu'ils n'aient que des rapports de droit privé avec le maître d'ouvrage, même le fournisseur s'il a assuré la mise en place de la fourniture.

3 Quels dommages ? Largement entendus, un pont, des canalisations, un parking, un pylône électrique... Il faut que les désordres aient été cachés à la réception, et qu'ils soient importants, c'est à dire « de nature à compromettre la solidité de l'ouvrage ou à le rendre impropre à sa destination ». Même les « vices du sol » comme le dit votre code civil : par exemple les fondations de l'immeuble.

4 Quels délais ? C'est un délai d'épreuve (les désordres doivent apparaître dans les 10 ans) et d'action (l'invocation de ce fondement de responsabilité).

Il n'y a que trois cas d'interruption des délais : une reconnaissance expresse des dommages (par exemple : une transaction) ou une reconnaissance implicite (proposition, par exemple, de l'entrepreneur de réparer les désordres ; un devis ou une déclaration de sinistre n'en tiennent pas lieu.) ; une citation en justice et, dans ce cas,

---

4 CE 7 décembre 2015, commune de Bihorel, n° 380419.



il faut désigner précisément les désordres et les chiffrer (après expertise) ; l'émission d'un état exécutoire.

Après l'expiration du délai, tout le monde est déchargé de toute responsabilité (sauf si les dommages apparus dans le délai s'aggravent : exemple, des infiltrations touchant les étages supérieurs qui gagnent les étages inférieurs).

C'est, en second lieu, un régime d'exception à d'autres égards :

D'abord, la responsabilité décennale n'est pas d'ordre public, en ce sens qu'elle peut faire l'objet d'aménagements contractuels pour l'étendre ou la restreindre. Le juge administratif admet en France que l'Etat puisse y renoncer. Depuis 1972, c'est en revanche interdit aux collectivités locales.

Ensuite c'est un régime de présomption de responsabilité, fixé par la jurisprudence depuis 1973. Peu importe donc de savoir si le constructeur n'a commis aucune faute et s'est parfaitement conformé aux usages. Par ailleurs, le fait du tiers n'exonère pas non plus le constructeur de sa responsabilité.

Celui-ci peut toutefois y échapper en faisant valoir que le désordre n'est pas de son fait ; il peut aussi invoquer la faute du maître de l'ouvrage susceptible d'atténuer celle des constructeurs : (choix erronés de l'emplacement de l'ouvrage ; défaut de surveillance des travaux ; exigences financières irréalistes ; information insuffisante sur les caractéristiques de l'ouvrage...). il peut encore invoquer un cas de force majeure, mais la caractéristique de cette cause d'exonération, c'est qu'un juge administratif peut faire toute sa carrière sans jamais l'avoir admise.

Après que le juge administratif s'est d'abord assuré que la réception a bien eu lieu, qu'il a examiné les désordres et leurs causes, qu'il a fixé le point de départ de la garantie décennale, déterminé les préjudices de toutes natures (privation de l'ouvrage ; troubles de jouissance ; frais financiers, etc.), qu'il les a évalués à la date où, selon la formule consacrée, « leur cause a pris fin et leur étendue a été connue », en intégrant dans son appréciation la vétusté de l'ouvrage ou sa plus-value résultant des travaux de réfection, il entre alors en voie de condamnation, le plus souvent solidairement contre les constructeurs, si le maître d'ouvrage a pris soin, en première instance, de la demander. La condamnation solidaire permet d'assurer l'indemnisation du maître d'ouvrage même lorsque la cause précise du désordre ne peut être imputée à un seul auteur identifié. Enfin, il ajoutera à l'indemnité en principal le paiement d'intérêts moratoires (dont le montant est souvent supérieur) seulement si cela lui est demandé.

Ensuite, se déroule le plus souvent un second jugement à l'intérieur de son jugement : celui des appels en garanties formés les uns contre les autres par les constructeurs condamnés, ou même contre des constructeurs que le maître d'ouvrage n'a pas appelés en cause.



Ce qui est donc garanti, à travers ce système de responsabilité décennale, c'est qu'au terme de toutes ces procédures complexes et de ce procès final, le véritable gagnant sera bien l'ouvrage public revêtu de toutes les qualités qu'on attendait de lui. C'est aussi, à coup sûr, le maître de l'ouvrage, s'il a su prendre ses responsabilités et se montrer diligent. Si vous vous souvenez de vos cours à l'école primaire, la garantie décennale est la preuve par neuf que l'opération, malgré toutes les difficultés inhérentes à une opération de construction, a été menée à bonne fin. Les perdants sont les constructeurs négligents, qui devront s'acquitter d'importantes franchises auprès de leur assureur.

Bien sûr, c'est d'abord l'objet des contrats de marchés publics que de garantir que l'opération de construction sera menée conformément aux prévisions initiales, sans dépassement injustifié de coûts ou de délais, et de faire qu'elle aboutisse à la réalisation d'un ouvrage conforme. Mais on voit bien que les garanties contractuelles et les garanties extra-contractuelles vont de pair, et qu'elles doivent être à la disposition du maître d'ouvrage public pour servir l'intérêt général.

Le régime des garanties post-contractuelles est particulièrement stable en France, mais on peut y distinguer certaines évolutions jurisprudentielles récentes : l'une concerne ce problème franco-français qu'est notre dualisme juridictionnel : je me contenterai donc de dire que le Conseil d'Etat cherche, dans un souci de bonne administration de la justice, à étendre sa compétence malgré l'existence de rapports de droit privé existant entre le maître d'ouvrage et certains participants à l'opération de construction ; l'autre, c'est que le Conseil d'Etat cherche visiblement à élargir le spectre des actions dont dispose le maître d'ouvrage pour obtenir réparation des désordres.

Privilégier le maître d'ouvrage et lui donner ainsi la maîtrise des rapports contractuels, c'est une des plus grandes tendances du droit administratif français depuis quelques années, dans le but de stabiliser les relations établies initialement par les participants à l'opération de construction au nom précisément de la loyauté de leurs rapports contractuels. On ne peut plus désormais remettre en cause si facilement un contrat et encore moins obtenir son annulation rétroactive<sup>5</sup> ; on ne peut plus se prévaloir de toutes les irrégularités du contrat, ni devant le juge des référés<sup>6</sup>, ni devant le juge du contrat<sup>7</sup> ; même en présence d'irrégularités graves, le juge se réserve le droit d'envisager la possibilité d'une reprise des relations contractuelles<sup>8</sup>.

Le bon sens voudrait que l'instauration de rapports contractuels loyaux suffise à rassembler dans une même finalité les diverses compétences des participants à une opération de construction, une finalité qui est celle de la réalisation d'un ouvrage

---

5 CE 12 janvier 2011, Manoukian, n° 338551. CE, 4 avril 2014, Département de Tarn-et-Garonne.

6 CE 3 octobre 2008 Smirgeomes.

7 CE 28 décembre 2009 Commune de Béziers.

8 CE 21 mars 2011 Commune de Béziers.



public achevé, avare des deniers publics et conforme à sa destination, et qu'ainsi les garanties post-contractuelles se réduiraient à un rôle marginal.

Il n'en est rien cependant. Dans tous les pays modernes, la complexité et la technicité des ouvrages publics les mieux réalisés soient-ils, sont la cause d'un accroissement des litiges contractuels, et d'un accroissement encore plus grand des litiges en matière de responsabilité décennale. C'est tout simplement que la garantie décennale est la véritable assurance du parfait achèvement de ces ouvrages, au point qu'on pourrait dire que la multiplication des contentieux sur ce point est la marque de l'état de développement d'une société.

Ce disant, j'ai voulu jouer sur le mot « assurance ». Au début de mon propos, j'ai bien rappelé l'obligation des constructeurs d'assurer leur responsabilité décennale. En France, comme dans bien des pays modernes, l'assurance représente, d'une manière générale, 7 % du PIB de ces pays, où elle joue un rôle important dans la stabilité et la loyauté des rapports de société. Il existe en Algérie de nombreux organismes d'assurance et de réassurance du risque décennal, mais la part de l'assurance représente encore seulement 1 % du PIB de ce pays, toutefois, j'ai relevé qu'elle ne cesse de croître ; je vais donc achever mon exposé sur cette dernière indication, qui est aussi une bonne nouvelle, et que je voulais ainsi introduire dans nos débats.