FDA SOCIÉTÉ D'AVOCATS	JUSTICE - CONSTRUCTION **Association Justice Construction**

LA NORME NFP 03.001
ASPECTS PRATIQUES ET ANALYSE CRITIQUE

PARIS – LE 28 NOVEMBRE 2019

PAR
ANTOINE DELABRIERE
AVOCAT AU BARREAU DE PARIS

antoine.delabriere@feneon-delabriere.com

INTRODUCTION

La norme NFP 03-001 constitue, depuis 1989, le Cahier des Clauses Administratives Générales (CCAG) applicable aux travaux de bâtiment faisant l'objet de marchés privés.

Elle a été mise à jour en 1991, puis en 2000 (avec révision en 2009) puis, enfin, en date du 29 octobre 2017.

« Bien » connue des opérateurs de la construction dans son objet, elle ne l'est pas toujours dans ses détails ni son mode de fonctionnement.

La jurisprudence est par ailleurs assez réduite la concernant, les décisions de la Cour de cassation en la matière étant essentiellement liées aux conditions d'établissement des comptes entres les parties ou encore à l'application de la Norme à un marché donné.

L'entrée en vigueur de cette version 2017 de la Norme, et alors que la jurisprudence ne s'est pas encore prononcée sur la mise en œuvre de ce texte récent, est l'occasion d'un panorama général qui permettra de présenter non pas toutes les modifications opérées mais les dispositions qui paraissent les plus intéressantes.

Ce panorama permettra aussi de resituer la Norme dans son contexte légal et contractuel et de rappeler quelques décisions de justice éclairantes.

VALEUR ET FORCE DE LA NORME

L'une des premières questions à se poser est de savoir ce qu'est cette Norme, avant de regarder quelle est sa valeur (dans la hiérarchie des normes) et quelle est sa force obligatoire.

La Norme n'est pas une loi ni un règlement

Contrairement aux normes techniques qui font l'objet d'une publication au Journal Officiel ou qui s'appuient sur des dispositions légales ou réglementaires (par exemple l'article R 4544-3 du Code du Travail pour la Norme C18-510 en matière d'installations électriques) la Norme NFP 03-001 n'a pas de valeur réglementaire.

Elle est un Cahier des charges proposé par l'AFNOR, non publié, payant et créé par une décision du Directeur Général de l'AFNOR.

Liberté contractuelle

L'avant-propos de la Norme et son article 1er sur son domaine d'application rappellent :

- Tout d'abord qu'il est important dans un marché de travaux que les droits et obligations des parties soient définis,
- Que la Norme propose ainsi un « cahier de clauses types » pour y satisfaire.

En ce sens, la Norme poursuit un but de sécurisation juridique des relations contractuelles des marchés privés de bâtiment.

L'article 1er rappelle aussi que la convention faisant la loi des parties, la Norme ne peut s'appliquer que dès lors qu'elle est citée, dans le contrat, en tant que pièce contractuelle du marché. La solution est la même si le contrat y renvoie expressément.

La Norme est ainsi un document privé, offert aux parties, qui peuvent décider d'en faire une pièce contractuelle entre elles.

Cette question de l'application de la Norme à un marché de travaux avait déjà été posée par la jurisprudence, la Cour de Cassation ayant refusé d'appliquer la Norme pour statuer sur les conditions de contestation d'un DGD alors que la Norme n'était pas visée au contrat, que seule l'entreprise arguait de son applicabilité et que le maître d'ouvrage s'était contenté de garder le silence sur la sujet.

L'arrêt de la Cour d'appel, qui avait interprété ce silence comme une acceptation tacite de la Norme, a été cassé *(Civ.3ème, 29 septembre 2015, n°14-22.661 – inédit)*

Il faut donc que la Norme soit expressément citée dans le marché pour lui être applicable, les formulations vagues indiquant que les parties respecteront « les normes et DTU » ne rendant pas la Norme NFP 03-001 applicable.

Place de la Norme dans le schéma contractuel

L'article 4.3.1 de la Norme 2017 (4.2.1 pour la version 2000) donne l'ordre de prévalence des documents contractuels, le CCAG institué par la Norme, en tant que document général, étant primé par divers documents particuliers, qu'ils soient juridiques ou techniques.

On peut relever que pour intégrer l'esprit de la réforme du droit des obligations de 2016, la Norme prévoit que le premier document dans la hiérarchie contractuelle est « l'offre acceptée et ses annexes éventuelles ».

A cet égard, l'arrêt rendu par la Cour de Cassation le 1er juillet 2009 dans une affaire Léon Grosse peut être relevé.

Cet arrêt, au-delà du fait qu'il confirme que le Norme s'applique aussi bien dans les relations entre le maître d'ouvrage et l'entreprise générale qu'entre cette dernière et ses sous-traitants, apporte un éclairage sur la hiérarchie contractuelle dans laquelle s'inscrit la Norme.

En effet, dans ce cas d'espèce, le contrat de sous-traitance, mentionné comme la première pièce contractuelle, ne prévoyait pas que le décompte devait être adressé en RAR alors que la Norme l'exigeait.

La Cour de Cassation confirme l'arrêt de la Cour d'Appel qui avait fait primer le contrat sur la norme et avait ainsi écarté le formalisme de cette dernière puisque le contrat ne le prévoyait pas. *(Cass. Civ. 3ème, 1er juillet 2009, n°08-16724)*

La Norme face à la loi

Nous l'avons vu, la Norme n'est pas une loi ou un règlement mais uniquement un document privé faisant, contractuellement, la loi des parties.

Il en résulte que la Norme se plie à la loi (au sens large) mais la vraie question est de savoir quelle est la force de la Norme face à des dispositions législatives ou réglementaires non impératives : la Norme peut-elle déroger ?

Sur cette question, la Cour de Cassation a statué, dans un arrêt DUMEZ du 11 mai 2006 s'agissant d'un marché à forfait dans lequel, sur le point de savoir si des travaux supplémentaires étaient dus par le maître d'ouvrage qui n'avait pas contesté, dans le délai de la Norme, le décompte que l'entreprise lui avait envoyé.

La Cour d'Appel avait estimé que (i) la norme pouvait parfaitement s'appliquer à un marché à forfait, aucune loi ne l'interdisant, (ii) dès lors où la norme s'appliquait, le maître d'ouvrage aurait dû contester dans les délais de la Norme le décompte de l'entreprise et que, ne l'ayant pas fait, il avait nécessairement accepté les travaux supplémentaires qui y figuraient.

La Cour de Cassation sanctionne ce raisonnement, considérant qu'au visa de l'article 1793 du Code civil sur les marchés à forfait, les travaux supplémentaire ne sont dus qu'à la condition d'avoir été acceptés par écrit.

La Cour pose le principe suivant *lequel « les règles établies par la Norme Afnor ne peuvent prévaloir sur les dispositions légales » (Cass. Civ ; 3ème, 11 mai 2006, n°04-18092)*, une décision similaire ayant été rendue plus récemment *(Cass. Civ ; 3ème, 4 mai 2016, n°14-26610).*

Le cas est intéressant car les dispositions de l'article 1793 du Code civil ne sont pas d'ordre public et qu'il est permis d'y déroger contractuellement.

Or, ici, la Norme ne venait pas en contradiction directe avec cet article mais la Cour d'Appel avait fait primer le mode d'acceptation ou de contestation du décompte sur le caractère forfaitaire du marché.

Il ne s'agissait donc pas de déroger à la loi par une mesure exprès mais de privilégier l'application de la Norme sur celle de l'article 1793 du Code civil, ce que la Cour de Cassation censure.

A l'inverse, la Cour de Cassation confère dans certains cas une force obligatoire à la Norme qui, sans être contraire à la loi, en constitue un aménagement lourd de conséquence.

Dans une affaire Jean Lefebvre Lorraine la réception des ouvrages n'avaient eu lieu que de façon provisoire, l'entreprise avait présenté préalablement des factures demeurées impayées et une expertise judiciaire avait duré plusieurs années si bien qu'au moment où l'entreprise avait assigné en paiement de ses factures plus de 10 ans s'étaient écoulés depuis l'émission des factures.

Le maître d'ouvrage, suivi par la Cour d'Appel, estimait que l'entreprise était prescrite, spécialement au regard des dispositions de l'article L110-4 du Code de commerce sur la prescription (en sa version de l'époque).

La Cour de Cassation, au visa de la Norme (en l'occurrence l'article 19.5.1 dont le principe demeure le même dans la version 2017) indique que l'exigibilité des factures est conditionnée à la réception de l'ouvrage et que les parties sont contractuellement libres de fixer cette date d'exigibilité.

Constatant que la réception n'avait pas réellement eu lieu, la Cour de Cassation retient que la prescription n'est pas acquise et donne raison à l'entreprise.

Ainsi la Cour confrère à la Norme une force obligatoire permettant aux parties de fixer la date d'exigibilité d'une obligation alors même que, dans des situations où les parties n'ont convenu de rien sur ce sujet, la Cour retient que le point de départ de prescription de l'action en paiement d'une facture n'est pas la date d'exigibilité indiquée sur celle-ci, ni la date d'achèvement de la prestation mais la date d'établissement de ladite facture. *(Cass. Civ 1ère, 9 juin 2017, n°16-12457 – pour une prestation d'architecte)*

Application stricte de la Norme

Il est permis de constater en jurisprudence, au-delà du caractère peu nombreux des arrêts rendus, un double mouvement tenant tout d'abord d'une interprétation restrictive de la Norme face à la loi, comme nous venons de le voir, mais aussi d'une interprétation stricte de la Norme.

La Norme étant la loi des parties la jurisprudence ne lui fait produire des effets que sur les sujets ayant fait l'objet d'un accord entre les Parties.

Ainsi, la Cour de Cassation limite l'application de la Norme à ce qui est strictement prévu par le texte et

- elle refuse de remettre en cause le caractère forfaitaire d'un marché quand il n'existe pas d'accord du maître d'ouvrage, quand bien même ne conteste-t-il pas le décompte proposé par l'entreprise,
- elle refuse d'appliquer la Norme si l'une des parties n'y a pas souscrit, quand bien même serait-elle restée silencieuse face à la volonté de l'autre partie de se référer à la Norme,.

Dans ce sens, l'arrêt rendu le 29 janvier 2014 est très instructif.

Un maître d'ouvrage, non satisfait des travaux exécutés par l'entreprise refuse la réception et de payer le solde des travaux. Il adresse en revanche un projet de décompte à l'entreprise, laquelle ne le conteste pas dans le délai de 30 jours conformément à l'article 19.6.3 de la Norme.

La question était de savoir si cet article, prévoyant que l'entreprise a 30 jours pour faire connaître ses observations sur le décompte auprès du maître d'œuvre en avisant simultanément le maître d'ouvrage, trouvait à s'appliquer en l'absence de maître d'œuvre sur cette opération.

Le maître d'ouvrage soutenait que dans cette hypothèse il appartenait à l'entreprise de notifier directement ses observations au maître d'ouvrage et que, ne l'ayant pas fait, l'entreprise avait implicitement validé le décompte.

La Cour de Cassation, suivant la Cour d'Appel, censure un tel raisonnement et considère qu'à défaut de maître d'œuvre l'entreprise ne pouvait satisfaire à la condition prévue à la Norme et que, en conséquence, le délai de l'article 19.6.3 ne pouvait être opposé à l'entreprise qui n'était donc pas forclose pour contester le décompte et demander le paiement des sommes qu'elle réclamait. *(Cass. Civ 3ème, 29 janvier 2014, n°13-10833)*

Ainsi, c'est une lecture stricte de la Norme que retient la Cour de cassation en refusant de donner des effets à une clause dans des circonstances qui ne sont pas celles prévues par ladite clause.

Aménagement de la Norme – CCAP

La Norme n'étant qu'un cahier des charges général, proposé aux parties, celles-ci sont libres d'y apporter des modifications, des aménagements ou des compléments, ne serait-ce que pour tenir compte des spécificités de chaque marché.

L'article 1er de la Norme de 2017 le mentionne expressément, tout en rappelant que cette liberté d'aménagement existe « sauf dispositions d'ordre public ».

Sur cette question, il convient de préciser que la Norme elle-même ne contient pas, à proprement parler, de dispositions d'ordre public mais reproduit ou renvoie à des dispositions légales qui, elles, sont d'ordre public, telles que les règles sur le travail dissimulé, l'hygiène, la sécurité ou la sous-traitance par exemple.

L'attention des rédacteurs des clauses administratives particulières, qu'elles soient contenues dans le contrat de travaux, dans l'offre acceptée ou dans un CCAP doit être attirée de façon à ne pas y faire figurer des dispositions qui seraient contraires à l'ordre public et seraient ainsi inopérantes en cas de contentieux, voire de nature à engager la responsabilité des parties.

Dans un souci de protection de la partie n'ayant pas nécessairement tenu la plume du contrat ou du CCAP, la version 2017 de la Norme apporte une nouveauté, inspirée du droit de la consommation, en exigeant (article 1er), pour que les modifications soient opposables entre les parties, que figure en « dernier article du CCAP ou dans un document particulier du marché » la liste desdites dérogations à la Norme.

Si l'objectif de protection est louable, notamment du fait que la Norme peut concerner des marchés signés avec des consommateurs, ce formalisme supplémentaire vient alourdir le processus contractuel alors que la Norme est là pour le simplifier.

En outre, il est à craindre que cette obligation ne soit l'occasion de contentieux nouveaux visant à rendre inopposables des modifications présentes dans le texte, et donc normalement acceptées, mais qui n'auraient pas été récapitulées en dernier article du CCAP.

L'application stricte que fait la Cour de Cassation des dispositions de la Norme laisse à penser que son appréciation en la matière sera restrictive et pourra donner lieu à des décisions tranchées.

Les rédacteurs devront donc être vigilants pour distinguer ce qui relèvera, dans le CCAP, de la simple application ou adaptation de la Norme à un marché donné, de la dérogation nécessitant d'être listée in fine ; la frontière pouvant être ténue.

De la même manière, les rédacteurs devront appliquer cette vigilance à tous les niveaux contractuels, c'est-à-dire à la fois dans le CCAP applicable à tout le marché et tous les intervenants, mais aussi, à notre sens, dans les contrats de sous-traitance ou de cotraitance dans lesquelles figureraient des dispositions dérogeant à la Norme.

Cette nouveauté de la Norme version 2017 devra être observée avec attention en pratique car elle porte en elle les germes d'une insécurité juridique et judiciaire.

DROITS A PAIEMENT – COMPTES

La Norme version 2017 apporte des modifications en matière de droits à paiement et d'établissement des comptes entre les parties. Certaines méritent qu'on s'y arrête.

Etablissement des situations mensuelles

Les articles 19.1 et 19.3 ont été légèrement modifiés dans un sens favorables aux entreprises et destiné à permettre leur paiement, au titre des acomptes ou situations, plus rapide.

En effet, là où la Norme version 2000 prévoyait que les situations devaient être remise (i) tous les mois (ii) à la date convenue au CCAP et (iii) ou à défaut dans les 10 premiers jours de chaque mois, la nouvelle Norme prévoit directement et uniquement que les situations *« doivent parvenir au maître d'œuvre avant la fin de chaque mois de réalisation de la prestation ».*

Si les parties veulent déroger à cette rédaction dirigiste, cette dérogation fera partie de celles qui devront être listées in fine.

Il conviendra aussi de prévoir des dispositions spécifiques dans le CCAP en l'absence de maître d'œuvre pour que les situations soient envoyées au maître d'ouvrage.

Il est à noter que la Norme version 2017 ajoute à la liste des éléments devant figurer dans les situations le coût des « études et plans d'exécution ».

Vérification des situations

Toujours dans un souci de réduction des délais, la Norme version 2017 n'accorde au maître d'œuvre qu'un délai de 10 jours (article 19.4.1.4) au lieu de 15 pour vérifier le les situations et les remettre au maître d'ouvrage.

Adieux le « mémoire définitif »

L'article 19.5 de la Norme version 2017 apporte deux modifications de terminologie et de calendrier et une modification de fond.

D'une part, le fameux « mémoire définitif » que l'entreprise doit adresser au maître d'œuvre à la fin de ses travaux cède la place à un projet de décompte final, ce changement de terminologie sans incidence ayant surtout pour intérêt d'harmoniser les dénominations entre le CCAG de la Norme NFP et le CCAG travaux en matière de marchés publics.

D'autre part, dans le même souci de raccourcissement des délais, ce projet de décompte final doit être adressé non plus dans les 60 jours mais dans les **45 jours** suivant la réception ou la résiliation.

Enfin, et le changement est plus important et va probablement générer des discussions et contentieux, l'article 19.5.1 remplace la formule selon laquelle l'entrepreneur demande *« les sommes dues en exécution du marché »* par celle de *« la totalité des sommes auxquelles il peut prétendre ».*

Cette formulation, plus large et qui ne se cantonne pas à une stricte appréciation contractuelle, laisse la porte ouverte à divers ajouts de sommes auxquelles l'entreprise estime qu'elle peut prétendre, intégrant notamment des travaux supplémentaires.

Etablissement du DGD

Le décompte général définitif ne change pas de dénomination mais doit être notifié par le maître d'ouvrage à l'entreprise dans le délai de 30 jours (et non plus 45) suivant la réception du projet de décompte final par le maître d'œuvre. (article 19.6)

Il est prévu, comme dans la Norme précédente, qu'à défaut de l'avoir fait et après une mise en demeure restée infructueuse pendant 15 jours, le maître d'ouvrage est réputé avoir accepté le projet de décompte.

La Norme 2017 ajoute cependant, par souci de clarté, que « le projet de décompte final devient alors le décompte général définitif ». (article19.6.2)

Avance

Toujours au chapitre financier, le plus générateur de désaccords, la Norme version 2017 opère un changement important puisque l'article 20.2 prévoit que le paiement d'une avance de 10% du marché TTC « avant tout début d'exécution » devient le principe.

Retenue de garantie

A l'inverse, la retenue de garantie de 5% prévue par la loi du 16 juillet 1971 est présentée comme facultative par l'article 20.5 nouveau alors que la précédente Norme en faisait le principe.

Intérêts moratoires

S'agissant des retards de paiement, la Norme version 2017 reprend à son compte les mesures destinées à les éviter et intègre les dispositions de l'article L 441-10 II du Code de commerce.

Les intérêts moratoires sont ainsi fixés, sans exigence d'une mise en demeure préalable, au taux de la BCE + 10 points (au lieu de l'ITL + 7 points de la précédente).

En pratique et à ce jour, cela représente un taux de 10%, en comparaison avec les 7,87 % si l'on prend l'ITL actuel des professionnels + 7 points.

L'indemnité de recouvrement de 40 € par facture impayée est aussi reprise, étant observé que cette mention doit néanmoins être mentionnée sur lesdites factures.

Pénalités de retard

Le nouvel article 9.5 réduit par trois le montant des pénalités de retard qui sont ainsi fixées à 1/3.000ème du montant du marché.

Une mise en demeure reste nécessaire et le plafond de 5% du marché n'est pas modifié.

La Norme ajoute cependant que les pénalités ne sont pas soumises à TVA.

Théorie de l'imprévision

La Norme version 2017 prend en compte la réforme du droit des obligations intervenue en 2016 et, notamment l'article 1195 du Code civil, pour mettre en œuvre la théorie de l'imprévision, laquelle ne s'appliquait jusqu'alors qu'aux marchés publics.

Ainsi, en présence d'un changement de circonstances imprévisibles au moment de la conclusion du contrat, rendant l'exécution du contrat excessivement onéreuse pour l'une des parties, il devient possible de demander une renégociation du marché.

La Norme aurait pu se contenter de renvoyer au Code civil mais elle apporte des aménagements à la règle (article 9.1.2).

A cet égard, il sera permis de s'interroger sur la licéité de ces adaptations dans la mesure où une partie de la doctrine, notamment le Professeur MERCADAL, considère que l'article 1195 du Code civil constitue une disposition d'ordre public (la Rapport au Président de la République présentant la réforme soutient le contraire).

Toujours est-il que la Norme 2017, s'écartant de l'article 1195 du Code civil qui prévoit que la partie sollicitant la renégociation doit continuer à exécuter le contrat, ne le prévoit pas et permet ainsi à celui qui demande à renégocier de cesser d'exécuter.

Cet aménagement, s'il n'est pas corrigé ou encadré par le CCAP, nous semble de nature à créer un rapport de force disproportionné entre les parties, notamment entre des maîtres d'ouvrages non professionnels ou économiquement peu puissants et des entreprises qui pourront menacer d'arrêter le chantier à défaut d'être plus payées.

Le risque de développement d'un contentieux spécifique à l'imprévision nous semble assez fort.

Par ailleurs, alors que l'article 1195 du Code civil prévoit qu'à défaut de succès de la négociation les parties pourront mettre fin au contrat ou saisir le juge pour qu'il procède à son adaptation, la Norme version 2017 précise que les parties devront recourir à une médiation ou à une conciliation avant de saisir le juge ou l'arbitre.

Cette disposition, cumulée à la précédente, n'est pas inintéressante et s'inscrit dans le développement généralisé des MARD mais, si elle n'est pas encadrée par une procédure et des délais, risque de constituer un point de blocage des chantiers.

Il ressort, en conclusion, de ces différentes modifications des droits à paiement, un renforcement de la position de l'entreprise face au maître d'ouvrage, sauf modifications dans le CCAP.

L'expérience et la jurisprudence nous enseigneront si ce renforcement des droits de l'entreprise aura été mis en œuvre en pratique, le contentieux pouvant aussi se reporter sur la reprise de la liste des modifications opposables envisagées plus haut.

LA RECEPTION ET SES SUITES

La nouvelle Norme, tout en reprenant une grande partie des règles de la précédente, apporte des modifications en matière de réception des travaux et de ses conséquences dont la moindre n'est pas la réception avec réfaction.

Principe de la réception

L'article 17.1.1 reprend la définition de la réception et rappelle qu'elle se fait avec ou sans réserves, qu'elle ne comporte pas de phase provisoire et qu'elle est définitive en une seule fois.

Ce faisant, le nouvel article 17.1.2 ajoute, pour lier les parties et faire de la réception un acte de principe, que « la réception ne saurait être retardée du seul fait de l'existence d'imperfections qui, pouvant faire l'objet de corrections, doivent donner lieu à réserves ».

Le maître d'ouvrage (sauf cas légitime de refus de réception visés à l'article 17.2.7 en cas d'inachèvement de l'ouvrage) doit donc procéder à la réception et ne peut prendre le prétexte des imperfections corrigeables pour la différer.

Réception avec réserves

La nouvelle Norme apporte quelques modifications sur lesquelles nous pouvons nous arrêter, l'article 17.2.5 traitant le sujet.

Tout d'abord, le délai de 60 jours dans lequel l'entreprise doit lever les réserves est maintenu.

En revanche, la nouvelle Norme prévoit que si le maître d'ouvrage ne donne pas accès au chantier après mise en demeure de le faire et passé un délai de 15 jours, les réserves sont réputées levées.

La sanction du maître d'ouvrage qui refuse l'accès au chantier après réception est donc immédiate, ce qui ne manquera pas de poser des difficultés sur les chantiers où l'entreprise a perdu, à tort ou à raison, la confiance du maître d'ouvrage.

Dans le même esprit, une fois les travaux de levée des réserves exécutés, l'entrepreneur doit écrire en RAR au maître d'ouvrage pour l'en informer et demander l'établissement du procès-verbal de levée des réserves.

Un délai de 30 jours commence alors à courir dans lequel le maître d'ouvrage doit répondre.

Passé ce délai, l'entrepreneur peut mettre en demeure le maître d'ouvrage de constater la levée des réserves et si ce dernier ne l'a pas fait dans un délai de 15 jours, les réserves sont, là aussi, réputées levées (article 17.2.5.5).

La modification est de taille puisque dans la norme précédente il était alors renvoyé à l'arbitrage ou au juge.

La nouvelle Norme, tout en sanctionnant le défaut de diligence du maître d'ouvrage, règle l'issue de l'absence de PV de levée de réserves pour éviter les contentieux.

Il importe que les entrepreneurs conservent les traces de leur envois en recommandé pour pouvoir justifier, le cas échéant, de la levée tacite des réserves auprès de leur assureur.

Réception par tranches

Autre innovation de la Norme version 2017, la réception peut intervenir par tranches si le marché en comporte.

Cette possibilité est intéressante mais nécessite que les ouvrages construits et réceptionnés se rattachent à une seule tranche si l'on veut éviter les difficultés, notamment en termes d'assurance et de départ des garanties.

Réception avec réfaction

La nouveauté la plus remarquable en termes de réception contenue dans la nouvelle Norme réside dans l'adaptation faite aux marchés de travaux privés de l'article 1223 du Code civil issu de la réforme du droit des obligations.

Cet article prévoit que le créancier, en cas d'inexécution imparfaite par l'autre partie, peut lui notifier qu'il accepte cette situations en contrepartie d'une réduction de prix.

L'article 17.2.6.1 de la Norme version 2017, visant expressément le Code civil, prévoit ainsi que si certains ouvrages ou certaines parties d'ouvrage ne sont pas conformes aux spécifications du marché, et à la condition que les imperfections constatées ne soient pas « de nature à porter atteinte à la sécurité, au comportement ou à l'utilisation des ouvrages », le maître d'ouvrage peut *« eu égard à la faible importance des imperfections et aux difficultés que présenterait la mise en conformité aux spécifications du marché »* renoncer à la réfection desdits ouvrages et proposer une réduction de prix.

L'article 17.2.6.2 indique alors que, si l'entrepreneur accepte, les imperfections sont couvertes et la réception est prononcée sans réserves.

L'on comprend bien que cette possibilité peut être très séduisante, en fin de chantier, de réaliser une économie financière et de temps en ne faisant pas reprendre un ouvrage ou une partie d'ouvrage non conforme.

L'on perçoit aussi immédiatement, et même si l'article prévoit des conditions tout à la fois sur la nature des imperfections et sur leur degré de gravité, le risque juridique et assuranciel de la situation.

Le maître d'ouvrage qui serait tenté de procéder à une telle réception avec réfaction, soit pour des imperfections trop importantes ou qui évolueraient et seraient à l'origine d'un sinistre portant atteinte à la sécurité, la solidité ou à la destination de l'immeuble, prendrait le risque de ne plus pouvoir engager la responsabilité de l'entreprise ou de se voir opposer un refus de garantie par les assureurs.

Cette faculté doit donc être utilisée avec parcimonie et prudence.

TRAVAIL ILLEGAL – FRAUDE AU DETACHEMENT

Il est à noter que la nouvelle Norme a pris le parti de créer un nouveau chapitre 5.4 relatif au travail illégal et à la fraude au détachement.

L'intention est louable.

Sur le travail illégal, l'article 5.4.1 vise expressément le port de la carte d'identification professionnelle que chaque salarié présent sur le chantier doit détenir.

Le texte renvoie aussi expressément au décret du 22 février 2016.

Certains *(notamment Me Paul Canton, Le Moniteur 23.02.2018)* ont regretté que la Norme ne reprenne pas de façon plus systématique et exhaustive les textes applicables en la matière, notamment le Code du travail et les sanctions encoures.

Il nous paraît, au contraire, permis de considérer que l'œuvre de rédaction d'un CCAG qui a vocation à régir les marchés privés pendant plusieurs années ne doit pas se référer de façon trop ciblée à tel ou tel texte réglementaire ou législatif susceptible d'être modifié ou supprimé pendant la durée de vie de la Norme, générant alors un risque juridique.

La Norme n'a pas non plus, à notre sens, vocation à recopier tel ou tel code dont les dispositions, en l'occurrence d'ordre public, s'imposent quoiqu'il arrive aux parties.

Le renvoi aux dispositions impératives en matière de sécurité et de protection des salariés, d'emploi des salariés, de recours à des salariés étrangers ou détachés, de corruption, de pollution paraît très suffisant pour attirer l'attention des parties et leur faire déclarer qu'elles sont tenues par ces dispositions.

Le véritable intérêt de l'article 5.4.1, au-delà de son caractère pédagogique, est de contractualiser le fait que la contravention persistante aux règles sur la carte d'identification professionnelle constitue une cause de résiliation du marché.

DISPOSTIONS DIVERSES

Pour terminer, notons quelques dispositions nouvelles sur lesquelles il est permis de s'arrêter un instant.

Devoir d'informations précontractuelles

La volonté d'intégrer la réforme du droit des obligations de 2016 se retrouve ici aussi avec un article 4.1 qui reprend l'esprit de l'article 1112-1 du Code civil.

Ce dernier précise que la partie qui détient une information dont elle pense qu'elle peut être déterminante du consentement de l'autre partie doit la lui communiquer.

On aurait pu considérer, là encore, qu'un simple renvoi à ce devoir d'information aurait suffi puisque, en tout état de cause, l'article du Code civil s'applique de lui-même puisqu'il est d'ordre public.

Toutefois, les rédacteurs de la Norme ont préféré un chemin plus tortueux.

D'une part, sur le titre de l'article, la Norme vise le « Devoir d'informations précontractuelles », formule qui associé le caractère précontractuel aux informations et non au devoir, s'écartant très clairement du texte du code civil qui vise un devoir préalable, d'information au singulier.

D'autre part, sur le processus, la Norme prévoit que *« les conditions et modalités relatives à la mise en œuvre du devoir d'information précontractuel (Ndlr : la formulation devient juste) sont prévues au CCAP ».*

On comprend mal comment le CCAP, qui par définition est supposé être signé après le CCAG et l'offre ou le contrat, peut régler la question du devoir, préalable, d'information entre les parties.

En pratique, il sera prudent de prévoir dans le CCAP des déclarations au terme desquelles les parties attesteront qu'elles se sont mutuellement porté à connaissance les informations potentiellement déterminantes de leur consentement.

Un renvoi plus succinct au Code civil aurait surement suffit.

Sous-traitance

La nouvelle Norme reprend, mais en les déplaçant aux articles 4.6.2 et 4.6.3 les conditions de paiement du sous-traitant figurant avant aux articles 20.6 et 20.7.

Elle ajoute une mesure intéressante à l'article 4.6.1.

A présent, dès lors que le sous-traitant est déclaré par l'entreprise dans son offre au maître d'ouvrage, la signature de l'offre ou du marché par ce dernier vaut acceptation du sous-traitant.

Cette avancée évitera les contentieux sur les sous-traitants faussement occultes mais qui n'avaient pas formellement été acceptés.

Cependant, si la Norme présume de l'acceptation, dans ces conditions, elle ne règle pas la question de l'agrément de ses conditions de paiement et la Norme ne va pas jusqu'à donner la faculté à l'entreprise d'imposer le paiement direct de son sous-traitant.

Nous aurons donc probablement sur les chantiers des sous-traitants réputés acceptés mais dont les conditions de paiement n'auront pas été agréées.

Cotraitance

Un article 4.7 a été créé pour reprendre les dispositions de l'article L 111-3-2 du Code de la Construction et de l'Habitation imposant, à peine de nullité, que les marchés de travaux passés en cotraitance pour un montant n'excédant pas 100.000 € contiennent à peine de nullité diverses mentions obligatoires.

Ces mentions tiennent à l'identité de toutes les parties, la nature et le prix des travaux confiés à chaque co-traitant, l'existence ou non d'une solidarité entre les cotraitants, le nom et les missions du mandataire commun.

Même si l'intention de transparence est louable et que cette règle trouve à s'appliquer en dehors de la Norme, il n'est pas certain que la sanction par la nullité du contrat constitue la meilleure protection effective pour le maître d'ouvrage.