

# L'ÉVOLUTION DE LA NOTION DE FORFAIT DANS LES MARCHÉS PUBLICS DE TRAVAUX

(Mars 2023)

Ont participé à la rédaction de ce document sous la direction de Marc **PETITJEAN** (NGE)  
Président du Groupe Juridique de la **FÉDÉRATION NATIONALE DES TRAVAUX PUBLICS** :

**Xavier DEBOSQUE** (EIFFAGE GENIE CIVIL)

**Sabine IBANES** (NGE)

**Sophie JEANNOT** (DEMATHIEU BARD)

**Ludivine JOBARD** (ETPO)

**Sandra MENET** (SPIE BATIGNOLLES)

**Valérie BAILLAT** (FNTP)

## INTRODUCTION

Comment ne pas s'amuser du double sens proposé par le mot forfait ? A la fois protecteur des intérêts du maître d'ouvrage confronté aux demandes d'améliorations financières de l'entrepreneur, il est aussi objet de torture pour les comptes de ce dernier lorsque le maître d'ouvrage reste de marbre face à ses demandes légitimes ! Le forfait est au sens pénal un délit ou un crime, ne l'oublions pas ! Le forfait en matière de droit de la construction est une machine de guerre redoutable dans la gestion contractuelle moderne des marchés de travaux, qu'ils soient publics ou privés d'ailleurs, guerre dont l'entrepreneur sort rarement vainqueur.

Si l'intention législative a été louable –protéger le maître d'ouvrage plutôt que le constructeur- et si l'objectif poursuivi a été rempli avec satisfaction, il est néanmoins certain que les relations contractuelles et économiques ont fortement évoluées en deux siècles. Le forfait trouve-t-il encore sa justification ?

Puisque la présente étude est concentrée sur les marchés publics de travaux, il ne peut pas être occulté les méfaits de la privatisation de la maîtrise d'œuvre publique qui, au fil du temps, a fait perdre les moyens et autorités des grands Ingénieurs d'Etat et la fiabilité de leurs conceptions, pour laisser place trop souvent à des projets élaborés imparfaitement. C'est là que l'entrepreneur a commis et continue de commettre l'irréparable : il garantit par un prix fixe et définitif la construction d'un projet qui n'est pas suffisamment abouti. Or la contrepartie du prix fixe a toujours été celle d'un projet certain et parfait.

Le prix de l'ouvrage ne doit être immuable que pour autant que l'ouvrage lui-même ne subit aucune altération !

Bien entendu le forfait doit rester une pierre angulaire majeure de notre droit, mais il faut aussi garder en tête que l'équilibre économique des contrats est une nécessité vitale pour la bonne santé des entreprises.

Le juge administratif a toujours considéré que le prix forfaitaire n'était pas intangible, en admettant tout d'abord la remise en cause du prix dès lors que la modification du projet est unilatéralement apportée par le maître d'ouvrage ou son maître d'œuvre, par ordre de service. Il a également développé et admis l'indemnisation de l'entrepreneur qui s'est trouvé contraint de surmonter des difficultés imprévues qui ne résultent ni de son fait ni de sa faute. Une troisième voie classique, tout aussi pertinente, a consisté pour le juge à admettre l'indemnisation en cas de réalisation de travaux supplémentaires indispensables à l'exécution du contrat dans les règles de l'art.

Ce ne sont pas les travaux supplémentaires ordonnés qui posent le plus de problème, quoique de plus en plus de maîtres d'ouvrage ordonnent l'exécution de prestations complémentaires qu'ils considèrent comme étant inclus dans le marché. Ce qui inquiète les entreprises c'est la grande difficulté à apporter la preuve du caractère imprévisible des difficultés d'exécution rencontrées, ce caractère imprévisible étant un obstacle quasi infranchissable aujourd'hui.

Dans ce contexte qui nous oblige à rester vigilants, le législateur s'est montré attentif au respect de l'équilibre contractuel. Il ne faut pas occulter l'importance de l'introduction par la Loi PACTE du 22 mai 2019 de l'article L 2194 -3 dans le Code de la Commande Publique.

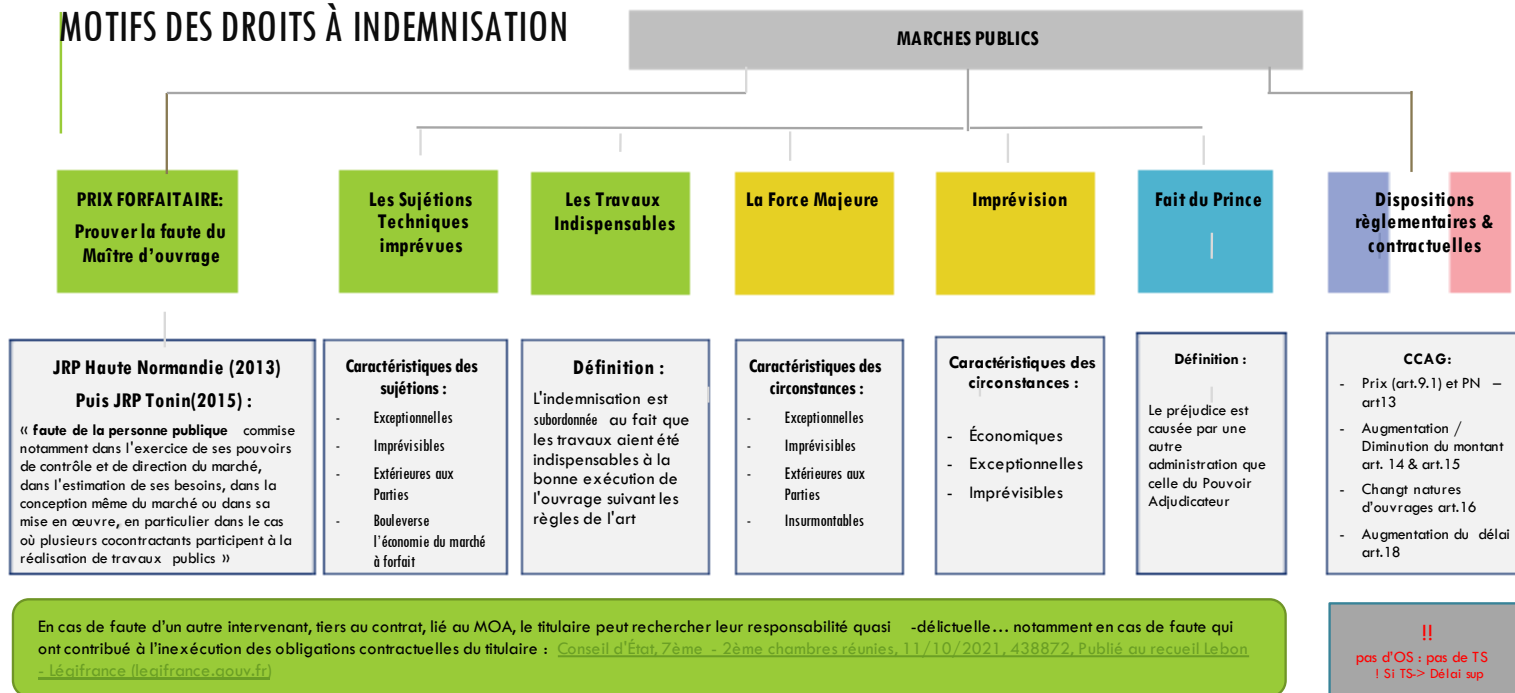
Ce nouvel article indique que « *Les prestations supplémentaires ou modificatives demandées par l'acheteur au titulaire d'un marché public de travaux qui sont nécessaires au bon achèvement de l'ouvrage et ont une incidence financière sur le marché public font l'objet d'une contrepartie permettant une juste rémunération du titulaire du contrat.* ».

Si cet article met fin sans doute à la néfaste pratique des prix nouveaux notifiés à valeur zéro, il peut aussi marquer une évolution vers la juste rémunération comme nouveau socle de la gestion contractuelle.

Le temps nous le dira mais au moins se trouve consacrée la juste rémunération des travaux supplémentaires indispensables, même si cet article exige qu'ils soient demandés par l'acheteur.

Les développements qui suivent permettent d'avoir un état des lieux aussi précis que possible pour éclairer les entreprises sur la rigueur du forfait et de ses conséquences lourdes, mais aussi de trouver les pistes qui sont susceptibles de rééquilibrer économiquement leurs contrats publics.

# MOTIFS DES DROITS À INDEMNISATION



■ JRP actuelles ■ JRP anciennes ■ JRP passées

## TABLE DES MATIERES

<b>I. La définition du prix global et forfaitaire en marché public</b>	<b>7</b>
(1) Références légales et réglementaires	7
(2) Définition	7
<b>II. La contractualisation de la décomposition des prix dans les marchés publics forfaitaires</b>	<b>8</b>
<b>III. La contractualisation de l'offre/mémoire technique - CCAG Travaux 2021</b>	<b>9</b>
<b>IV. La remise en cause du forfait du fait d'une faute du maître d'ouvrage :</b>	<b>10</b>
(1) Le maître de l'ouvrage ne répond plus des fautes de ses cocontractants	10
(2) Les obligations du MOA, miroir de sa faute	11
(3) L'éventail des fautes possibles du MOA	11
a) La faute du MOA dans le cadre de l'exercice de ses pouvoirs de contrôle et de direction du marché	12
b) La faute du MOA dans l'estimation de ses besoins	13
c) La faute du MOA dans la conception même du marché	13
i. Erreurs affectant les pièces contractuelles	13
ii. Non-réalisation (ou retard) par le MOA d'études ou de travaux préalables	14
d) La faute du MOA dans la mise en œuvre du marché	15
i. Difficultés de financement de l'opération	15
ii. Retard dans la mise à disposition des emprises ou de fournitures dues par le MOA	15
iii. Absence ou retard dans l'ordre de démarrage des travaux	15
iv. Modifications des conditions d'exécution du marché	15
v. Travaux modificatifs ou supplémentaires	16
e) Fautes diverses	16
i. Responsabilité du MOA du fait de son personnel	16
ii. Responsabilité du MOA du fait d'événements supplémentaires organisés par lui-même et retardant le chantier	16
<b>V. L'alternative possible en cas d'absence de faute du MOA : l'action en responsabilité quasi-délictuelle à l'encontre des cocontractants du MOA</b>	<b>16</b>
<b>VI. Le régime des travaux supplémentaires réalisés à l'initiative de l'entrepreneur</b>	<b>17</b>
(1) Le principe : l'entreprise n'a pas droit au paiement des travaux supplémentaires non prévus dans le marché à forfait s'ils n'ont pas été autorisés par un accord écrit du MOA ou du MOE	17
a) Le fondement de ce principe	17
b) L'atténuation du principe : l'acceptation tacite du MOA/l'O.S irrégulier/l'ordre verbal	18
c) La conséquence : la possibilité pour l'entreprise à être indemnisée des travaux supplémentaires réalisés sans ordre écrit dans la limite des « dépenses utiles » pour le maître d'ouvrage	18
(2) L'exception : la reconnaissance du caractère indispensable des travaux supplémentaires	19
a) Les travaux jugés indispensables seront intégralement indemnisés	20
i. La charge de la preuve	20
ii. Le juge n'a pas à rechercher si les travaux indispensables ont bouleversé l'économie du marché	21
iii. La jurisprudence relative aux travaux indispensables s'applique aux travaux exécutés par le sous-traitant régulièrement accepté	21
iv. Des exemples de travaux indispensables	22
b) Les travaux résultant d'un manquement ou d'une faute du maître d'ouvrage ou du maître d'œuvre	22
c) Les travaux indispensables partiellement ou non indemnisables en raison d'une carence ou d'une faute de l'entreprise	26

d) L'indemnisation des travaux indispensables n'est plus possible si le maître d'ouvrage s'est opposé à la réalisation de ces travaux supplémentaires _____	27
e) L'indemnisation des travaux indispensables n'est plus possible si l'entreprise perd son droit au règlement de ces travaux supplémentaires _____	28
f) Focus : risque sol _____	29
g) Synthèse _____	31

**VII. La remise en cause du prix forfaitaire pour des raisons indépendantes des signataires du marché \_\_\_\_\_ 33**

**(1) Les sujétions imprévues (Consulter l'étude du Groupe juridique sur le site de la FNTP) \_\_\_\_\_ 33**

**(2) Les aléas économiques imprévisibles \_\_\_\_\_ 33**

a) L'imprévision _____	33
i. La situation avant 2021 _____	33
ii. La période post COVID et les effets de la Crise Ukrainienne : les « circonstances exceptionnelles » _____	35
b) Les « circonstances imprévues » _____	35
c) La force majeure _____	36

**(3) Le cas particulier du fait du prince \_\_\_\_\_ 37**

## I. La définition du prix global et forfaitaire en marché public

### (1) Références légales et réglementaires

L'article 1793 du Code civil énonce 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* ».

L'article R.2112-6 du Code de la commande publique dispose que :

« Les prix des prestations faisant l'objet d'un marché sont :

1° Soit des prix unitaires appliqués aux quantités réellement livrées ou exécutées ;

2° Soit des prix forfaitaires appliqués à tout ou partie du marché, quelles que soient les quantités livrées ou exécutées ».

**Au sens du CCAG travaux**, « est un prix forfaitaire tout prix qui rémunère le titulaire pour un ouvrage, une partie d'ouvrage ou un ensemble déterminé de prestations défini par le marché et qui soit est mentionné explicitement dans le marché comme étant forfaitaire, soit ne s'applique dans le marché qu'à un ensemble de prestations qui n'est pas de nature à être répété » (art. 10.2 – CCAG Travaux avril 2014 / art. 9.2 – CCAG 2021).

### (2) Définition

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**.

Le caractère **forfaitaire** d'un marché suppose la fixation d'un **prix global**, réputé couvrir tous les travaux nécessaires à l'exécution du marché quelles que soient les quantités effectivement réalisées et tenir compte de toutes les sujétions normalement prévisibles dans les conditions de temps et de lieu où s'exécutent ces travaux.

Intrinsèquement, le prix forfaitaire implique que l'entreprise ne peut pas obtenir de supplément de prix.

☞ Cette forme de prix doit donc être strictement utilisée pour les travaux et prestations dont la consistance (objet et quantité) peut être définie avec précision, avant la conclusion du marché.

Suivant la théorie « privatiste », le marché à forfait implique la réunion de quatre conditions cumulatives (Art 1793 C.Civ) :

- Un lien direct avec le maître de l'ouvrage,
- Une description des travaux,
- L'exécution de travaux de bâtiment,
- Un prix fixe global.

En l'état, le développement des marchés publics forfaitaires concerne essentiellement :

- Certains éléments de marchés de travaux d'infrastructure,
- Les marchés en conception-réalisation.

Enfin, on identifie le caractère forfaitaire d'un marché par l'appréhension de :

- L'acte d'engagement (AE),
- Du CCAP,
- La décomposition du prix global et forfaitaire (DPGF).

## II. La contractualisation de la décomposition des prix dans les marchés publics forfaitaires

La décomposition des prix globaux et forfaitaires (DPGF) est le document décomposant les éléments du prix forfaitaire de la prestation à réaliser, définissant les quantités et les éléments à chiffrer par les entreprises.

La DPGF est utilisée dans les marchés à prix forfaitaires, alors que le BPU est utilisé dans les marchés à prix unitaires.

Parfois le DCE comporte un cadre de décomposition du prix forfaitaire à compléter par les opérateurs économiques.

La DPGF est une pièce constitutive du dossier de consultation, par principe non contractuelle, sauf mention expresse contraire du marché.

Cette décomposition peut être rendue contractuelle afin de contraindre le titulaire à respecter ses engagements et à garantir les moyens nécessaires pour la réalisation de la prestation.

La DPGF est généralement utilisée par l'acheteur pour l'analyse des offres et permet au pouvoir adjudicateur de vérifier la cohérence de l'offre proposée par l'entreprise au regard des exigences du cahier des charges. La trame de la décomposition du prix doit être respectée de manière à rendre possible la comparaison des offres ([CAA Nantes, 6 juillet 2017, n° 16NT01702, Société EERI](#)).

Seuls les prix contenus dans la DPGF peuvent être rendus contractuels, notamment pour faire face au cas où des quantités supplémentaires, en dehors du forfait, seraient commandées au titre du marché.

Le reste du document ne doit pas être rendu contractuel, lorsque le titulaire a été invité à déterminer lui-même les quantités nécessaires au forfait. En effet, forfaitiser une quantité reviendrait à valider les prix unitaires et les quantités, ce qui entraînerait une remise en cause systématique du forfait, puisque le changement d'une unité en plus ou en moins, reviendrait à modifier le prix du forfait...qui n'en serait donc plus un.

Une clause du CCAP doit prévoir qu'en cas de commande supplémentaire, les prix indiqués dans la décomposition du prix forfaitaire peuvent être utilisés pour rémunérer ces prestations. Les autres éléments de la décomposition ne sont pas contractuels. Si les prestations nouvelles ne figurent pas dans cette décomposition du prix forfaitaire, la procédure des prix nouveaux et, éventuellement, des prix provisoires sera appliquée.

Une attention particulière devra être portée à l'établissement et la valorisation de ce prix nouveau lequel « *est réputé tenir compte des charges supplémentaires éventuellement supportées par le titulaire* » (art. 14.3 CCAG Travaux avril 2014 / art. 13.3 CCAG 2021).

*« Les candidats à un marché à prix forfaitaire doivent évaluer l'étendue des obligations qu'ils devront honorer. En effet, le titulaire s'engage à effectuer une prestation pour le forfait proposé, quelles que soient les quantités livrées ou exécutées. Dans ce cas, l'acheteur public ne peut pratiquer une réfaction sur le prix en cas de diminution des quantités mises en œuvre. A l'inverse, le titulaire ne peut obtenir un supplément de prix, au motif que les quantités livrées pour la prestation sont supérieures à celles qu'il avait prévues ».*

### [Guide LE PRIX DANS LES MARCHES PUBLICS – Avril 2013 – version 1.1 – Page 17](#)

*« Le pouvoir adjudicateur peut exiger que les offres soient accompagnées d'un devis descriptif et estimatif détaillé, comportant toutes les indications permettant d'apprécier les propositions de prix. Ce devis n'aura, cependant, de valeur contractuelle que si le marché le prévoit expressément (article 49 et 230 du CMP). L'utilisation de cette possibilité doit être réfléchie : rendre contractuel le devis limite la portée du prix forfaitaire. La modification des quantités prévues pourrait, en effet, remettre en cause le caractère forfaitaire du prix. Il faut éviter ce risque ».*



### **III. La contractualisation de l'offre/mémoire technique - CCAG Travaux 2021**

Avant l'entrée en vigueur du CCAG 2021, le mémoire technique de l'entreprise et ses annexes éventuelles ne constituaient pas une pièce contractuelle sans mention expresse dans le règlement de consultation et dans le CCAP.

Désormais, avec le CCAG 2021, l'offre technique est placée après le CCTG dans l'ordre de priorité des pièces contractuelles.

Il est bien entendu possible d'y déroger.

Il convient d'être vigilant : lorsque le mémoire technique est rendu contractuel, le titulaire se doit de respecter les engagements qui y figurent sous peine d'engager sa responsabilité.

## IV. La remise en cause du forfait du fait d'une faute du maître d'ouvrage :

### (1) Le maître de l'ouvrage ne répond plus des fautes de ses cocontractants

Jusqu'aux évolutions jurisprudentielles amorcées par l'arrêt du Conseil d'Etat « Région Haute-Normandie » ([CE 5 juin 2013 n° 352917 Région Haute Normandie](#)), toute entreprise titulaire d'un marché public de travaux à prix global et forfaitaire qui avait subi des surcoûts du fait d'événements imprévisibles qui ne lui étaient pas imputables, pouvait obtenir la condamnation du maître de l'ouvrage, en cette seule qualité.

Le Maître d'ouvrage public répondait des fautes de ses cocontractants, faisant alors souvent office de « guichet unique » de réclamation pour les entreprises, alors même que sa faute n'était pas nécessairement caractérisée.

Dans les faits, cette solution protégeait les entreprises, car outre le cadre contractuel qu'elle offrait, le maître de l'ouvrage présentait moins de risques d'insolvabilité que le ou les intervenants au chantier véritablement responsables. Il était nécessaire alors, pour obtenir satisfaction, de rapporter la preuve de l'extériorité des événements à l'origine des surcoûts et/ou de la prolongation des délais, outre l'exigence de démonstration de la matérialité et du quantum du préjudice subi.

L'évolution jurisprudentielle amorcée par l'arrêt « Région Haute-Normandie » du Conseil d'Etat prolongée par l'arrêt « SARL Tonin » ([CE 12 novembre 2015, société TONIN n° 384716](#)) et affinée par des décisions récentes, a mis fin à cette responsabilité « de plein droit » du maître de l'ouvrage.

#### Le principe :

Le droit à l'indemnisation par le MOA du titulaire d'un marché à forfait est désormais limité aux conséquences des difficultés rencontrées dans l'exécution du marché qui résulteraient :

- Soit de sujétions techniques imprévues ayant eu pour effet de bouleverser l'économie du contrat (cf. [Etude du Groupe juridique](#) sur les sujétions imprévues 2018) ;
- Soit d'une **faute de la personne publique** commise notamment dans l'exercice de ses pouvoirs de contrôle et de direction du marché, dans l'estimation de ses besoins, dans la conception même du marché ou dans sa mise en œuvre, en particulier dans le cas où plusieurs cocontractants participent à la réalisation de travaux publics.

Ce principe a été récemment réaffirmé par le Ministre de l'Economie dans le cadre d'une réponse à une question parlementaire ([N°44937](#)).

Pour que la faute du maître de l'ouvrage soit « *déterminée et caractérisée* » ([CAA Paris, 6 juin 2016, n°16PA00433](#)) : il appartient à l'entreprise qui se prévaut d'un surcoût de rapporter la preuve que ce dernier résulte directement d'une faute personnelle du maître d'ouvrage, ce qui a nécessairement une incidence sur la manière dont les entreprises doivent conduire leur gestion contractuelle.

En effet, il est désormais nécessaire pour l'entreprise de travaux, de se ménager, au fil de l'exécution du marché, les preuves de la faute du maître d'ouvrage, en le mettant le cas échéant face à ses responsabilités, notamment lorsque par son inaction, il contribue à la désorganisation du chantier.

Reste à déterminer quelles sont les « fautes » du maître d'ouvrage qui sont susceptibles d'ouvrir droit à indemnisation.

Il est rappelé que les fautes du MOE (et des autres cocontractants du MOA) ne sont pas constitutives d'une faute du MOA lui-même.

Le MOA n'a donc pas à en assumer les conséquences économiques. Cela signifie qu'un certain nombre de thèmes classiques de réclamation ne lui sont plus automatiquement opposables comme :

- La désorganisation du chantier,
- La coactivité,
- Etc...

Il faut désormais bien appréhender les obligations du maître d'ouvrage (2), puis détailler les faits susceptibles de caractériser sa faute au regard de la jurisprudence (3).

## (2) Les obligations du MOA, miroir de sa faute

L'appréciation du juge quant à l'existence d'une faute du maître d'ouvrage implique de prendre en considération les obligations particulières du MOA résultant des clauses du marché qui le lie à l'entreprise, mais également ses obligations générales telles qu'elles résultent, par exemple, des dispositions du Code de la Commande publique.

Les articles [L. 2421-1](#) et suivants du Code de la Commande publique (tels qu'issus de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée) décrivent très précisément les attributions du maître d'ouvrage.

Il appartient au maître d'ouvrage, après s'être assuré de la faisabilité et de l'opportunité de l'opération envisagée, d'en déterminer la localisation, d'en définir le programme, d'en arrêter l'enveloppe financière prévisionnelle, d'en assurer le financement, de choisir le processus selon lequel l'ouvrage sera réalisé et de conclure, avec les maîtres d'œuvre et entrepreneurs qu'il choisit, les contrats ayant pour objet les études et l'exécution des travaux.

Cette énumération ne doit pas être considérée comme exhaustive. D'autres attributions relèvent également de la maîtrise d'ouvrage, notamment s'assurer de la maîtrise foncière de l'opération, d'arrêter, en fonction de la nature de l'opération, les modalités de consultation des personnes éventuellement concernées (usagers, riverains...), obtenir les autorisations d'urbanisme nécessaires, etc.

Le maître d'ouvrage définit dans le programme les objectifs de l'opération et les besoins qu'elle doit satisfaire ainsi que les contraintes et exigences de qualité sociale, urbanistique, architecturale, fonctionnelle, technique et économique, d'insertion dans le paysage et de protection de l'environnement, relatives à la réalisation et à l'utilisation de l'ouvrage.

Le maître de l'ouvrage peut confier les études nécessaires à l'élaboration du programme et à la détermination de l'enveloppe financière prévisionnelle à une personne publique ou privée.

Ainsi, un projet insuffisamment étudié est source de difficultés d'exécution pour l'entreprise et donc de travaux supplémentaires ou modificatifs dont le coût est parfois important.

Il arrive que la réalisation du projet soit rendue impossible sans un changement profond des caractéristiques de l'ouvrage.

Dans ce cas, ce n'est pas à l'entrepreneur de supporter les conséquences financières des défaillances à mettre sur le compte du maître d'ouvrage ou de son maître d'œuvre, dont il doit répondre dans ses rapports avec son cocontractant.

La responsabilité de l'entrepreneur est toutefois susceptible d'être retenue lorsque celui-ci n'a pas dénoncé les erreurs ou les vices qu'il lui était possible de déceler à la lecture des documents techniques dont il a disposé au stade de la consultation (pièces écrites et graphiques). Cette responsabilité est parfois entière mais le plus souvent partagée avec le maître d'ouvrage en raison de sa compétence technique.

## (3) L'éventail des fautes possibles du MOA

La jurisprudence récente offre quelques exemples concrets de fautes du MOA permettant à l'entreprise d'en demander réparation.

L'arrêt TONIN lui-même, intervenu à la suite de l'arrêt Région Haute Normandie, nous offre quelques pistes permettant de caractériser la faute de la personne publique « *commise notamment dans l'exercice de ses pouvoirs de contrôle et de direction du marché, dans l'estimation de ses besoins, dans la conception même du marché ou dans sa mise en œuvre, en particulier dans le cas où plusieurs cocontractants participent à la réalisation de travaux publics* ».

## a) La faute du MOA dans le cadre de l'exercice de ses pouvoirs de contrôle et de direction du marché

Si le maître d'ouvrage n'est plus, en principe, le garant des fautes commises par ses cocontractants (arrêts Haute Normandie et TONIN), il n'en reste pas moins responsable lorsque l'exercice de ses pouvoirs de contrôle et de direction est mis en défaut.

Il convient de rappeler qu'aux termes de l'article [L. 2421-1 du Code de la commande publique](#), le MOA choisit le processus selon lequel l'ouvrage sera réalisé.

A ce titre, le MOA public qui choisit d'allotir son marché impose en quelque sorte à ses cocontractants une forme de cohabitation qui, si elle donne lieu à des dysfonctionnements causant un préjudice à l'un ou plusieurs d'entre eux, devrait pouvoir être imputable au MOA qui n'a pas fait le nécessaire pour faire en sorte que le chantier se passe sans heurts (Commentaire du [Comité juridique de la FNTP](#)).

Conformément au même texte, le MOA conclut les marchés publics ayant pour objet les études et l'exécution des travaux de l'opération.

De fait, l'entreprise n'a aucun lien contractuel avec le maître d'œuvre, l'AMO, le coordonnateur SPS, le bureau de contrôle, l'OPC ou encore avec les entreprises d'autres corps d'Etat lorsque le MOA a choisi d'allotir son marché et ne dispose à leur encontre que d'une action de nature quasi-délictuelle, qui peut être assez difficile à mettre en œuvre (cf. supra).

Seul le MOA dispose d'un lien contractuel avec chacun des intervenants sur le chantier. A ce titre, il détient un pouvoir de contrôle et de direction, générateur d'obligations, dont celle de mettre, le cas échéant, en œuvre les mesures coercitives (pénalités, mise en régie, résiliation...) à l'encontre d'un cocontractant défaillant.

Ainsi, lorsque le MOA ne fait pas usage de ses pouvoirs de direction et de contrôle ou en fait usage à mauvais escient, sa responsabilité peut être engagée ([art. 6 CCP](#)).

### **Commet par exemple une faute de nature à engager sa responsabilité de MOA :**

Celui qui choisit mal son cocontractant ou ne le sanctionne pas pour ses manquements.

([CAA Paris, 2 décembre 2016, n°14PA02456](#))

Qui s'abstient de prendre des sanctions à l'encontre d'une entreprise défaillante.

([CAA Versailles, 14 novembre 2006, n°04VE00545](#), Centre hospitalier François Quesnay).

Qui, dans le cas d'un dépassement supérieur au seuil de tolérance du coût prévisionnel des travaux, néglige, alors que les clauses du contrat le lui permettent, de demander au maître d'œuvre de reprendre ses études, qui plus est sans rémunération complémentaire.

([CAA Versailles, 22 oct. 2015, n°11VE00326](#))

Qui ne prend pas les mesures nécessaires pour provoquer la communication par une entreprise, dans les délais prévus par le marché, d'informations nécessaires à d'autres corps d'état.

([CE, 12 octobre 1988, n°56690, SA OLIN](#))

Qui, alerté des difficultés rencontrées par l'entreprise avec d'autres intervenants, n'y a pas apporté de réponse rapide et a laissé perdurer les difficultés.

([CAA Nancy, 18 novembre 2013, n°11NC01445](#), Société Hochtief Solutions)

Qui n'a pas agi à l'encontre du maître d'œuvre ayant tardé à valider les devis de l'entreprise, malgré les relances de celle-ci auprès de la MOA.

([CAA Nancy, 20 mars 2018, INEO, n°16NC01822](#))

Afin de caractériser la faute du MOA dans l'exercice de son pouvoir de contrôle et de direction, il est recommandé d'acter les éventuelles défaillances du MOA à mesure que les difficultés se présentent au moyen d'écrits, assortis le cas échéant de constats contradictoires. Dans les cas les plus extrêmes, il peut même être utile de faire injonction au MOA de prendre les mesures coercitives dont il dispose contractuellement, de façon à mettre en exergue sa carence fautive, s'il demeure inactif.

## b) La faute du MOA dans l'estimation de ses besoins

Le livre IV de la deuxième partie du code de la commande publique (anciennement loi n°85-704 du 12 juillet 1985 sur la maîtrise d'ouvrage publique et ses relations avec les maîtres d'œuvre privés, dite loi MOP), prévoit que le maître d'ouvrage doit être en mesure d'identifier ses objectifs qu'il traduit en un programme dont il ne peut se dessaisir et dont il doit maîtriser le financement.

Le programme permet de décrire les besoins du MOA. Il définit les objectifs de l'opération et les besoins à satisfaire ainsi que les contraintes et exigences de qualité sociale, urbanistique, architecturale, fonctionnelle, technique et économique, d'insertion dans le paysage et de protection de l'environnement, relatives à la réalisation et à l'utilisation de l'ouvrage ([art. L 2421-2 du Code de la Commande publique](#)).

Un programme mal appréhendé, dont la seule responsabilité incombe au MOA, peut conduire à des modifications en cours de marché qui peuvent être préjudiciables au bon déroulement de celui-ci.

**L'entreprise qui subirait les conséquences d'une insuffisante définition de ses besoins par le MOA serait en droit d'en demander réparation au MOA.**

Ainsi, il a été jugé que le MOA doit porter la responsabilité de retards subis par l'entreprise en tant qu'ils découlent d'une insuffisante définition du programme.

« *Considérant qu'il résulte de l'instruction, et en particulier du rapport de l'expert, que le titulaire des marchés en litige a droit à une somme de ... au titre de modifications de portes, déplacements de terminaux et remplacement de luminaires, dès lors que ces travaux résultent de modifications du programme décidées par le maître d'ouvrage en cours de chantier et que **ces travaux étaient utiles*** » ([CAA Lyon, 19 décembre 2013, n°11LY02058](#), SARL Michelf).

De même, un MOA a pu voir sa responsabilité engagée du fait d'une mauvaise estimation de ses besoins qui se sont traduites par des modifications substantielles des travaux :

« *la société requérante soutient que l'allongement des délais d'exécution trouve son origine dans les modifications importantes apportées au projet par le maître d'ouvrage ; qu'il n'est pas contesté qu'après le démarrage des travaux prescrit pour chacun des deux lots en litige par des ordres de service du 26 mai 2008, le centre hospitalier de Reims a organisé, le 16 juillet 2008 et le 15 octobre 2008, des réunions avec la maîtrise d'œuvre et les personnels de ses services appelés à intégrer le futur bâtiment afin de mieux prendre en compte leurs besoins ; qu'à l'issue de cette consultation, des modifications substantielles ont été apportées aux cahiers des clauses techniques particulières des deux lots, en mars 2009, (...); que la **nature et le nombre de ces modifications** suffisent à révéler une **grave insuffisance, constitutive d'une faute, dans l'estimation de ses besoins par le centre hospitalier universitaire de Reims (...)**.*

« *Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la société Engie Ineo Industrie et Tertiaire Est est fondée à demander l'indemnisation des préjudices subis à raison de l'allongement des délais d'exécution du marché litigieux à la suite des fautes commises par le maître d'ouvrage, dans l'estimation des besoins et dans l'exercice de ses pouvoirs de contrôle et de direction du marché* » ([CAA Nancy, 20 mars 2018, INEO, n°16NC01822](#)).

## c) La faute du MOA dans la conception même du marché

### i. Erreurs affectant les pièces contractuelles

Le MOA engage sa responsabilité du fait d'erreurs affectant les pièces contractuelles, notamment lorsque les documents techniques remis dans le cadre de l'appel d'offres sont entachés d'erreurs graves de nature à avoir une incidence sur la consistance des travaux et/ou les délais de réalisation.

La responsabilité de l'entreprise (au moins partielle) peut toutefois être retenue lorsqu'il n'a pas dénoncé les erreurs ou les vices qu'il lui était possible de déceler à la lecture des pièces dont il a disposé au stade de la consultation.

Il a ainsi été jugé que le MOA est responsable des erreurs d'altimétrie affectant les plans du marché, dès lors que ce défaut n'avait pu être décelé auparavant par l'entreprise ([CAA Marseille, 14 avril 2014, N° 12MA03350](#), Parc national de Port-Cros).

De même, a été admise la demande d'indemnisation de l'entreprise qui ne pouvait apprécier la totalité des travaux à exécuter du fait de l'insuffisance des documents remis lors de la passation du marché ([CAA Nancy, 11 janvier 2007, Société DIETSCH, N° 02NC01252](#)).

Par ailleurs, il peut également s'agir d'erreurs de prévision imputables à des fautes du maître de l'ouvrage qui aurait par exemple dissimulé à l'entrepreneur des résultats de sondages, ou l'aurait induit en erreur par des données inexactes.

Dans ces conditions, l'entreprise dispose d'un droit à réparation compensant les surcoûts qu'elle a dû exposer pour livrer l'ouvrage convenu.

Par ailleurs, il ne peut être utilement imputé à l'acheteur public les insuffisances et erreurs d'une étude de sol jointe aux documents de la consultation, alors qu'il était clairement précisé que cette étude n'avait qu'une valeur indicative et ne pouvait engager la responsabilité de la collectivité ([CE, 9 janv. 2015, Commune Agde, N° 370576](#)).

**Le risque du sol reste généralement assumé par l'entreprise qui doit qualifier son offre et mener une gestion contractuelle très poussée pour gérer cet aléa (cf. IV (2) (c) ci-après « Focus : risque de sol »).**

## ii. Non-réalisation (ou retard) par le MOA d'études ou de travaux préalables

Le MOA peut également voir sa responsabilité engagée du fait d'une carence ou un retard à engager des études ou des travaux préalables à la réalisation des travaux par l'entreprise.

A ainsi été reconnue la faute de l'administration, qui a attendu quatre mois pour diligenter des campagnes de sondage et de dépollution après découverte par l'entreprise d'une pollution :

« *Considérant qu'il résulte de l'instruction et qu'il n'est d'ailleurs pas contesté que si une partie du retard dans la mise à la disposition des bâtiments afin d'achever les travaux de tranche conditionnelle résulte initialement de la découverte, dès février 2006, d'une pollution au droit du futur forage des puits de rejet de la pompe à chaleur du bâtiment 19, les campagnes de sondage et de dépollution n'ont été mises en œuvre par l'administration que le 12 juin 2006, soit près de quatre mois après la découverte de la pollution des sols ; que, dès lors, l'allongement du délai d'exécution des travaux de la tranche conditionnelle d'une durée non critiquée de neuf semaines est imputable à une faute de la personne publique* » ([CAA Marseille, 28 avril 2014, n°11MA03111](#), Ministre de l'Intérieur).

De même, le MOA a vu sa responsabilité engagée pour le retard de démarrage du chantier du fait de travaux de confortement d'une falaise, le MOA ne pouvant ignorer qu'ils pourraient être nécessaires :

« *Au cours des travaux de terrassement, le cabinet Setsol, missionné par le maître d'ouvrage délégué, a établi un rapport géotechnique indiquant la nécessité de réaliser des travaux de confortement de la falaise située à l'arrière du bâtiment (ce qui a retardé le démarrage du chantier) ; (...) le maître d'ouvrage, qui ne pouvait ignorer que l'instabilité des falaises adjacentes pouvait rendre nécessaire des travaux de confortement, a commis une faute dans l'organisation du chantier et l'établissement du calendrier d'exécution des travaux* » ([CAA Marseille, 20 février 2014, GAGNE, n°11MA02621](#)).

Dans le cas de sondages de sol insuffisants :

« *Les difficultés qui sont à l'origine du retard subi par le chantier sont imputables, pour partie, au maître d'ouvrage, dont la programmation en matière de sondage des sols a été insuffisante, et, pour partie, aux autres intervenants, y compris la société Sovame elle-même* » ([CAA Marseille, 8 juin 2015, n°13MA02641](#), SOVAME).



## d) La faute du MOA dans la mise en œuvre du marché

### i Difficultés de financement de l'opération

« Considérant qu'il résulte de l'instruction qu'à la date de signature du marché, pas plus qu'à la date d'émission de l'ordre de service n° 1 du 4 janvier 2001, le SIRDHIM ne disposait des garanties bancaires et du financement permettant la réalisation de l'opération projetée ; que ce défaut dans la capacité de financement a d'ailleurs fait obstacle à ce que le syndicat puisse s'acquitter de ses obligations contractuelles et régler aux entreprises les acomptes mensuels correspondant à la conception du projet entre janvier et mai 2001 ; qu'ainsi qu'il a été dit au point 4, cette carence du maître d'ouvrage a été seule à l'origine de la décision de la société Inova France SA d'interrompre l'exécution du marché en application de l'article 48.3 du CCAG " travaux " ; qu'en procédant ainsi, le groupement n'a commis aucune faute ; qu'il résulte de l'instruction que l'exécution du marché portant sur les prestations de réalisation des travaux n'ont pu débiter qu'à compter d'octobre 2001 après que le maître d'ouvrage a pu retrouver une capacité de financement suffisante ; que, par suite, la société Inova est fondée à soutenir que le SIAVED, venant aux droits du SIRDHIM, **a manqué à ses obligations contractuelles en ne s'assurant pas des capacités de financement suffisantes, alors que l'événement n'était ni imprévisible, ni extérieur au syndicat intercommunal existant à l'époque** ; que ce manquement est directement à l'origine du retard de vingt-trois mois constaté, qu'il suffit à expliquer » ([CAA Douai 12 décembre 2014, n°13DA00494, SIAVED](#)).

### ii Retard dans la mise à disposition des emprises ou de fournitures dues par le MOA

« Considérant (...) que les premiers juges ont relevé que " les retards subis par l'entreprise résultent de l'absence de disponibilité, aux dates prévues, des zones d'intervention et des fournitures de pierres relevant du maître de l'ouvrage ; que ces retards ne sont donc pas imputables à l'entreprise mais sont de la responsabilité du maître d'ouvrage » ([CAA Marseille, 10 juin 2014, Les compagnons paveurs, n°12MA01021](#)).

### iii. Absence ou retard dans l'ordre de démarrage des travaux

Les travaux ne peuvent démarrer que sur l'ordre formel et écrit du maître d'ouvrage.

Le MOA engage sa responsabilité si l'ordre de commencer les travaux est tardif :

« Considérant, en premier lieu, qu'il résulte de l'instruction et notamment du rapport d'expertise que l'ordre de service de démarrage de la période de préparation a été notifié le 26 mai 2003 ; que l'ordre de service de démarrage des travaux est intervenu le 8 septembre 2003 au lieu du 26 juin 2003 comme le prévoyait l'annexe 3 du CCAP du marché ; que ce retard est imputable au maître d'ouvrage qui a délivré l'ordre de service de démarrage de la période de préparation alors que certains lots techniques n'étaient pas attribués et, en particulier, les lots chauffage, ventilation, traitement d'air et plomberie dont la présence des titulaires était pourtant nécessaire à la planification des travaux et à la mise en synthèse ; que, par suite, **la société GTM Halle est fondée à rechercher la responsabilité contractuelle du maître d'ouvrage en raison de l'allongement de la durée du chantier du fait du retard dans le démarrage des travaux** ; qu'il résulte de l'instruction et notamment du rapport d'expertise que cet allongement de la durée du chantier a causé à la société GTM Halle un préjudice d'immobilisation d'un montant de 107 906 euros dont elle est bien fondée à en demander le paiement » ([CAA Nancy, 27 décembre 2016, n°14NC01860](#)).

### iv. Modifications des conditions d'exécution du marché

L'entreprise peut également obtenir réparation du préjudice subi suite aux modifications opérées par le maître d'ouvrage ou du fait du maître d'ouvrage sur les conditions d'exécution du marché.

Par exemple, la responsabilité du MOA a pu être engagée du fait de modifications des plannings de phasage et d'occupation du site.

« Le déroulement des travaux a dû être modifié en raison d'une occupation plus intensive que prévu des locaux, (...) ce qui a conduit la société à tenir compte de la présence d'usagers au sein du lycée un mois et demi de plus que ce qui avait été indiqué à la société lors de la conclusion du marché et ce qui a posé des problèmes d'organisation, (...) des locaux étaient occupés alors que, selon le plan de phasage initial, ils n'auraient pas dû l'être ; (...) le chantier a été, à plusieurs reprises, désorganisé ; que, par suite, et alors même, d'une part, que la nécessité de travailler en site occupé faisait partie des sujétions prévues au marché et, d'autre part, que la société requérante a tenu les délais d'exécution des travaux, **la Région Ile-de-France a manqué à ses obligations contractuelles et a commis une faute de nature à engager sa responsabilité à l'égard de la SOCIÉTÉ GAGNERAUD CONSTRUCTION en contraignant cette dernière à modifier de façon substantielle le phasage des travaux et les conditions d'exécution du chantier** » ([CAA Versailles, 17 avril 2014, N° 12VE03469](#), GAGNERAUD).

#### v. Travaux modificatifs ou supplémentaires

**Responsabilité du MOA pour un retard dû à des prestations supplémentaires :**

« Le dépassement du délai contractuel de réalisation des travaux a occasionné un préjudice pour l'entreprise d'un montant de 145 983 euros HT ; qu'il résulte également du rapport de l'expert que le dépassement du délai est imputable pour 13 mois sur les 33,5 mois de retard du chantier aux exigences du centre hospitalier qui a demandé des travaux supplémentaires, qui, en l'espèce, ont la nature d'une faute de nature à engager sa responsabilité » ([CAA Marseille, 10 janvier 2014, n° 12MA01164](#), société Agencement).

**Tardivité de demande de travaux supplémentaires :**

([CAA NANCY, 20 mars 2018, N° 16NC01822](#), INEO)

#### e) Fautes diverses

##### i Responsabilité du MOA du fait de son personnel

Responsabilité du MOA du fait de la grève de son personnel ayant conduit à une interruption du chantier ([CAA Marseille, 25 novembre 2013, N°11MA01902](#), ministère de la Défense).

##### ii Responsabilité du MOA du fait d'évènements supplémentaires organisés par lui-même et retardant le chantier

« Qu'il résulte de ce qui a été dit précédemment que le retard de chantier résultant de l'organisation de manifestations supplémentaires est imputable au maître d'ouvrage ; que le groupement d'entreprises a droit à être indemnisé au titre des frais occasionnés par l'organisation de ces manifestations » ([CAA Marseille, 22 juin 2015, 12MA03624](#), Commune de Cannes).

#### V. L'alternative possible en cas d'absence de faute du MOA : l'action en responsabilité quasi-délictuelle à l'encontre des cocontractants du MOA

A noter que s'il ne parvient pas à mettre en exergue une faute du maître de l'ouvrage dans ses relations avec ses cocontractants, l'entrepreneur a le loisir d'agir en responsabilité quasi-délictuelle à l'encontre de ses cocontractants.

Cette faculté est reconnue de longue date (confirmation récente : [CE 5 juillet 2017, société Eurovia Champagne-Ardenne et Colas Est, n°396430](#)), sans que le Conseil d'Etat n'ait toutefois précisé quelles étaient les fautes dont pouvait se prévaloir l'entreprise subissant le préjudice :

« Dans le cadre d'un contentieux tendant au règlement d'un marché relatif à des travaux publics, le titulaire du marché peut rechercher, outre la responsabilité contractuelle du maître d'ouvrage, la responsabilité quasi-délictuelle des autres participants à la même opération de construction avec lesquels il n'est lié par aucun contrat de droit privé ».



A tout le moins, la **jurisprudence administrative semblait limiter les possibilités de recours à la violation par le cocontractant du maître d'ouvrage des règles de l'art ou la méconnaissance de dispositions législatives et réglementaires.**

Depuis lors, un arrêt du Conseil d'Etat passé relativement inaperçu a pu admettre implicitement que d'autres fautes que celles de nature extracontractuelle puissent être invoquées :

« *Dans le cadre d'un litige né de l'exécution de travaux publics, le titulaire du marché peut rechercher la responsabilité quasi-délictuelle des autres participants à la même opération de construction avec lesquels il n'est lié par aucun contrat, notamment s'ils ont commis des fautes ou ont contribué à l'inexécution de ses obligations contractuelles à l'égard du maître de l'ouvrage, sans devoir se limiter à cet égard à la violation des règles de l'art ou à la méconnaissance de dispositions législatives et réglementaires* » ([CE, 6 nov. 2020, Sté IOTA Survey](#)).

Cet arrêt constituait ainsi le prélude à une autre décision de la Haute juridiction offrant de manière explicite la possibilité pour un titulaire d'un marché de travaux d'invoquer les manquements aux stipulations du contrat liant un autre participant à l'opération de construction au maître d'ouvrage ([CE, 11 octobre 2021, société CMEG, n°438872](#)).

« *Dans le cadre d'un litige né de l'exécution de travaux publics, le titulaire du marché peut rechercher la responsabilité quasi-délictuelle des autres participants à la même opération de construction avec lesquels il n'est lié par aucun contrat, notamment s'ils ont commis des fautes qui ont contribué à l'inexécution de ses obligations contractuelles à l'égard du maître d'ouvrage, sans devoir se limiter à cet égard à la violation des règles de l'art ou à la méconnaissance de dispositions législatives et réglementaires. Il peut en particulier rechercher leur responsabilité du fait d'un manquement aux stipulations des contrats qu'ils ont conclus avec le maître d'ouvrage* ».

Cette entorse au principe de l'effet relatif des contrats demeurera très certainement spécifique au domaine des opérations de construction. En effet, celles-ci ont la particularité de mêler intimement des entreprises mues par un même dessein sans pourtant être liées contractuellement, et qui, par l'effet de l'arrêt Haute Normandie, se trouvaient privées du recours auprès des maîtres d'ouvrage à raison des fautes commises par leurs cocontractants.

Toutefois, pour pouvoir s'en servir utilement, encore faudrait-il que l'entrepreneur ait une connaissance précise des stipulations du contrat auquel il n'est pas partie. En effet, sauf à pouvoir se faire communiquer dans le cadre d'une procédure le contrat sans se voir opposer le secret des affaires, il paraît compliqué de mettre en défaut un maître d'œuvre dont on ne connaît pas précisément le contenu des obligations contractuelles, en dehors des principes issus de la loi MOP et de ses textes d'application.

S'agissant des autres corps d'état, il s'agira généralement de démontrer le non-respect par une entreprise tierce des délais imposés dans le planning général de chantier.

## **VI. Le régime des travaux supplémentaires réalisés à l'initiative de l'entrepreneur**

### **(1) Le principe : l'entreprise n'a pas droit au paiement des travaux supplémentaires non prévus dans le marché à forfait s'ils n'ont pas été autorisés par un accord écrit du MOA ou du MOE**

#### **a) Le fondement de ce principe**

**En principe**, l'entrepreneur qui, de sa propre initiative, exécute des travaux supplémentaires à défaut de tout ordre écrit ne peut prétendre à **aucune « rémunération » de ces travaux ou « indemnisation » du préjudice subi du fait de la prise en charge de ces travaux supplémentaires** ([CE, 3 octobre 1979, Sté Entrasudo, n°08585](#)).

L'entreprise pourrait même, voir sa responsabilité engagée pour manquement à ses obligations contractuelles. Ce principe découle des dispositions du CCAG Travaux qui contient un certain nombre de stipulations concernant la rémunération des travaux supplémentaires et prévoit des hypothèses ouvrant au titulaire un droit à indemnisation du préjudice spécifique qu'il subit en conséquence des modifications dans la masse des travaux initialement prévus (article 14).

De plus, l'article 30 du CCAG Travaux dispose que : « *le titulaire ne peut, de lui-même, apporter de changement aux stipulations techniques prévues par le marché.* »

Ce principe est également rappelé dans d'autres cahiers des charges, notamment :

- A l'article 41 du CCCG SNCF,
- A l'article 30 du CCAG RATP et CCCG ASF,
- Et aux articles 30 et 37 du CCAG ADP.

#### **b) L'atténuation du principe : l'acceptation tacite du MOA/l'O.S irrégulier/l'ordre verbal**

Cependant, en présence d'une demande de l'administration sous la forme d'une acceptation tacite mais également d'un ordre de service irrégulier en la forme ou d'un ordre verbal, une entreprise pourra prétendre à être indemnisée des dépenses utiles pour l'administration **en cas de réalisation de travaux supplémentaires non prévus ou prévisibles par le marché.**

- S'agissant d'une demande d'une collectivité sous la forme d'une acceptation tacite : « *Considérant, qu'il résulte de l'instruction que la société a fourni à la collectivité un volume de bacs supplémentaire de 206 520 litres non prévu au contrat afin de faire face à l'augmentation de la population ; que la collectivité, qui a été informée de l'exécution de ces prestations, impliquées nécessairement par la bonne exécution du service, ne s'y est pas opposée ; qu'elle doit ainsi être regardée comme ayant donné son consentement à l'exécution de ces prestations supplémentaires ; que, d'une part, la SAEML Sovameuse est fondée à demander, sur le terrain quasi-contractuel, l'indemnisation de ses dépenses utiles engagées pour la réalisation de ces prestations supplémentaires ; que, d'autre part, la société, qui n'a pas commis de faute en mettant des bacs supplémentaires à disposition avec le consentement de la personne publique, est fondée à demander sur le terrain quasi-délictuel l'indemnisation de ses dépenses non utiles et de son manque à gagner pour cette prestation.* » : [CE, 18 novembre 2011, Communauté de communes de Verdun, n° 342642](#).  
Lorsque le montant d'une condamnation juridictionnelle au paiement d'une indemnité doit être calculé toutes taxes comprises, les intérêts doivent porter sur la totalité de l'indemnité allouée, sans en exclure le montant de la taxe sur la valeur ajoutée (TVA), laquelle n'est pas dissociable de cette indemnité ([CE 25 oct. 2017 n° 399407 JCDecaux France](#)).
- S'agissant de travaux exécutés sur un ordre de service irrégulier en la forme, le titulaire peut prétendre au remboursement des dépenses utiles exposées : [CAA Douai, 2ème chambre, 21 févr. 2023, n° 19DA02251](#).
- S'agissant de travaux exécutés sans ordre de service mais sur ordre verbal du maître d'œuvre : [CAA de NANCY, 4ème chambre, 19 mars 2019, 17NC02166, Inédit au recueil Lebon](#).
- Si, à défaut d'ordre écrit régulier, l'entrepreneur a néanmoins reçu une directive sans équivoque, il peut également être indemnisé de ses dépenses qui se sont révélées utiles à la collectivité publique : [CE 19 mars 1982, T p.671 n° 18632](#).

#### **c) La conséquence : la possibilité pour l'entreprise à être indemnisée des travaux supplémentaires réalisés sans ordre écrit dans la limite des « dépenses utiles » pour le maître d'ouvrage**

Ainsi, si les travaux ordonnés à l'entreprise irrégulièrement (commande verbale, ordre donné par une personne non habilitée etc...) ont été utiles à l'exécution du marché dans les règles de l'art, « ***l'entrepreneur peut demander le remboursement des dépenses utiles exposées par lui au profit de l'administration, déduction faite d'un bénéfice, et la réparation du préjudice causé par l'administration en lui commandant des travaux par un procédé irrégulier.*** » ([CAA de Paris, 6 mars 2007, n°04PA02356, Société entreprise générale de construction et de maintenance](#) ; [CE, 27 septembre 2006, Société GTM Construction, n° 269925](#)).

Le manque à gagner ou le bénéfice escompté n'est pas indemnisé ([CE 19 mars 1982 n°18632, CAA Bordeaux 1ère ch, 19 Fév 2015 n°13BX03102](#)).

Par ailleurs, lorsque l'entrepreneur, en l'absence d'ordre de service, se borne simplement à mettre en œuvre une amélioration des procédés d'exécution, des matériaux utilisables, ou des caractéristiques techniques de l'ouvrage, il s'expose à supporter l'intégralité du coût supplémentaire de l'opération, **même si elle est utile au maître de l'ouvrage tel est le cas pour des travaux de réfections de chemins communaux effectués en dehors de la zone délimitée dans le contrat** ([CE 17 oct. 1975 n°93704, Canari](#)).

Ainsi, **les dépenses utiles ne doivent pas être confondues avec les travaux utiles.**

Il en est a fortiori de même pour des travaux qui seraient « utiles » à l'entreprise elle-même tels que des travaux de sablage réalisés sur le chantier pour faciliter le passage des engins rendant ainsi simplement la tâche plus commode pour cette dernière ([CE 25 nov. 1994 n°85341 Sté Mastelloto et autres c/ Min. de l'Équipement, du Logement, de l'Aménagement du territoire et des Transports](#)) ou des travaux de coffrage :

« Les travaux notamment de coffrage qu'elle aurait exécutés spontanément, s'ils ont pu être utiles, ne s'avèrent pas indispensables au fonctionnement de l'ouvrage dont elle avait la charge » ([CAA Douai 1er ch, 3 avr 2014 n°12DA01779](#)).

A titre d'illustrations supplémentaires, plusieurs décisions refusent l'indemnisation de l'entreprise en qualifiant seulement « d'utiles » les travaux supplémentaires suivants :

- **L'établissement de plans d'exécution**, en l'absence d'ordre de service, à la place d'autres entreprises ([CAA Marseille 10 avril 2017, n°15MA02068, Centre hospitalier de Béziers](#));
- **Les travaux visant à ne pas retarder le chantier, et semble-t-il à rattraper des retards non imputables à l'entreprise ou les travaux réparant des désordres antérieurs** ([CAA Douai 21 juillet 2015, société Eymery, req. n° 13DA01231](#));
- **Le remplacement de 50% des boiseries en raison de l'état imprévisibles des bois après décapage** ([CAA de Versailles, 4ème Chambre, du 4 juillet 2006, 04VE01249, inédit au recueil Lebon](#)). Le fait que lesdits travaux aient été exécutés correctement importe peu.

**Les travaux supplémentaires réalisés sans ordre de service sont donc indemnissables sur un fondement quasi-contractuel d'une part** : l'entrepreneur devra alors démontrer que les conditions de la théorie de l'enrichissement sans cause sont réunies c'est-à-dire que les dépenses ont été utiles à l'administration. Dans ce cas, l'entreprise pourra prétendre au remboursement des dépenses utiles pour le maître d'ouvrage public, déduction faite de son bénéfice.

**Sur un fondement contractuel, d'autre part**, il doit alors démontrer que la réalisation des prestations supplémentaires non prévues par les stipulations contractuelles était indispensable à la réalisation de l'ouvrage suivant les règles de l'art (cf. (2)).

## (2) L'exception : la reconnaissance du caractère indispensable des travaux supplémentaires

En l'absence d'autorisation, les travaux supplémentaires peuvent donner lieu à rémunération ou indemnisation, **quel qu'en soit le montant**, si les travaux ont été indispensables à la réalisation d'un ouvrage dans les règles de l'art ([CE, 14 juin 2002, req. N°219874, Ville d'Angers](#)).

En effet, **les juges acceptent d'indemniser l'entreprise qui ne peut produire un ordre de service écrit dès lors que les travaux supplémentaires étaient indispensables à la bonne exécution des ouvrages compris dans les prévisions du marché** ([CE 17 octobre 1975, Commune de Canari, n°93704](#)).

**De même, les frais induits par une éventuelle prolongation du délai d'exécution peuvent être payés à l'entreprise** ([CAA Bordeaux, 9 mars 2006, n°02BX02454 Sté SOGEA GUYANE](#)) :

« Cette prolongation acceptée par le maître de l'ouvrage et qui avait pour objet la réalisation de travaux supplémentaires indispensables pour l'exécution, selon les règles de l'art, des ouvrages prévus par le marché et dont le paiement a été prévu par l'avenant, a occasionné pour la société requérante des frais supplémentaires dans le cadre de ses missions d'O.P.C. et de gardiennage du chantier ; que, même en l'absence d'un ordre du maître de l'ouvrage, la SOCIETE SOGEA GUYANE est fondée à en demander le règlement, nonobstant le caractère forfaitaire des travaux prévus en l'espèce, [...] ».

La nécessité intrinsèque à l'exécution matérielle du contrat prime sur le formalisme écrit ou verbal de l'autorisation des travaux.

A titre d'illustration, on peut citer :

- [CAA de DOUAI, 2ème ch. 21 février 2023, 19DA02251, Inédit au recueil Lebon](#) : « le cocontractant de l'administration peut demander à être indemnisé, sur la base du contrat, des travaux supplémentaires réalisés sur ordre de service, **ainsi que de ceux qui ont été réalisés sans ordre de service mais qui étaient indispensables à l'exécution du contrat dans les règles de l'art**, sans qu'il soit besoin de rechercher si ces travaux supplémentaires ont ou non, par leur importance, bouleversé l'économie du marché » ;

- [CE, 10 juin 2022, Société Voirie Assainissement Travaux Publics, n° 451334](#) : « Le caractère global et forfaitaire du prix du marché ne fait pas obstacle à ce que l'entreprise cocontractante sollicite une indemnisation au titre de travaux supplémentaires effectués, même sans ordre de service, dès lors que ces travaux étaient indispensables à la réalisation de l'ouvrage dans les règles de l'art. ». [CAA de DOUAI, 3ème ch. 7 juillet 2022, 19DA00692, Inédit au recueil Lebon](#) : « La charge définitive de l'indemnisation incombe, en principe, au maître de l'ouvrage » ;

- [CAA de MARSEILLE, 6ème ch.- formation a 3, 14 juin 2021, 16MA02979, Inédit au recueil Lebon](#) : « La mise en œuvre des entrées d'air est indispensable à la réalisation de l'ouvrage dans les règles de l'art. Par suite, de telles prestations ont le caractère de travaux supplémentaires et la société Eiffage énergie système – Clevia Méditerranée a droit au paiement de la somme de 2 287,18 euros hors taxes.18.» ; [CAA de NANCY, 4ème chambre, 16 juin 2020, 18NC02300 et 18NC03021, Inédit au recueil Lebon](#) ;

- [CAA Marseille 6ème ch. 16 février 2015 n°12MA02540](#) : « Considérant que, sans qu'y fasse obstacle l'article 15.4 du CCAG travaux qui prévoit que la réalisation de travaux excédant la masse initiale prévue doit donner lieu à l'émission d'un ordre de service et nonobstant le caractère forfaitaire du marché, le cocontractant de l'administration peut demander à être indemnisé, sur la base du contrat, des travaux supplémentaires réalisés sur ordre de service, **ainsi que de ceux qui ont été réalisés sans ordre de service mais qui étaient indispensables à l'exécution du contrat dans les règles de l'art** » ;

- [CAA Marseille 28 avril 2014 n°11MA04042, Cabra BTP](#) / « une entreprise a droit à l'indemnisation de travaux supplémentaires indispensables à la réalisation de l'ouvrage dans les règles de l'art, sans qu'y fasse obstacle l'absence d'ordre de service du maître d'ouvrage ».

L'indemnisation sera, somme toute, fondée sur l'appréciation par la jurisprudence du caractère indispensable des travaux, qui ne pourra se faire qu'au cas par cas.

## a) Les travaux jugés indispensables seront intégralement indemnisés

### i. La charge de la preuve

Alors même que les travaux sont considérés comme supplémentaires, la jurisprudence peut considérer que le maître d'ouvrage n'est pas tenu de les rémunérer si l'analyse des faits ne permet pas de les qualifier de travaux indispensables.

**La preuve du caractère indispensable des travaux est à la charge de l'entreprise :**  
« que, par ailleurs, la société requérante, n'apporte aucun élément de nature à justifier que les prestations supplémentaires exposées par elle excédant le montant forfaitaire de son marché, non prévues au contrat, auraient été indispensables à la réalisation de l'ouvrage dans les règles de l'art ; que, par suite, les conclusions indemnitaires de la société VIA TP ne peuvent qu'être rejetées » ([CAA Versailles 12 juin 2007, société VIA TP req n°05VE01962](#)) ;

- [CAA de NANCY, 4ème chambre, 19 mars 2019, 17NC02166, Inédit au recueil Lebon](#) : En l'espèce, pour solliciter une rémunération complémentaire, l'entrepreneur faisait valoir qu'elle avait été contrainte de réaliser des prestations supplémentaires pour mettre les ouvrages en conformité avec de nouvelles réglementations relatives à l'amiante, qui seraient intervenues en cours de réalisation des travaux.

En l'absence d'éléments probants, sa demande de rémunération supplémentaire est rejetée ;

- [CAA de DOUAI, 3ème chambre, 9 décembre 2021, 20DA00278, Inédit au recueil Lebon](#) : « En se bornant à produire des devis concernant des travaux respectivement de 9 715,60 euros hors taxes au titre du réarmement des moteurs de désenfumage et de 1 125 euros hors taxes au titre de la production supplémentaire de dossiers des ouvrages exécutifs, la société Eiffage Energie Thermie Ile-de-France n'établit pas que ces travaux étaient indispensables à la réalisation de l'ouvrage dans les règles de l'art. Par suite, elle n'est pas fondée à demander une indemnisation à ce titre ».

**La charge de la preuve pèse sur l'entrepreneur tant pour prouver le caractère indispensable des travaux que leur exécution selon les règles de l'art ([CAA Marseille, 12 novembre 2012 SNT PETRONI n°10MA01805](#)), mais elle peut également résulter d'une reconnaissance explicite par le maître d'œuvre ([CAA Nancy 28 février 2017, n° 15NC01977 Sogea Est BTP et Babillon TP](#)) ou d'un rapport d'expertise.**

Il s'agit donc de démontrer le caractère inéluctable des travaux à réaliser, indépendamment de l'entreprise titulaire du marché.

- [CE, 7ème chambre jugeant seule, 29 décembre 2021, n°452894](#) : le pourvoi n'est pas admis dans le cadre d'une demande de la Société Agence du bâtiment considérant que la CAA de Bordeaux : « a dénaturé les pièces du dossier en estimant qu'il n'y avait pas lieu de prendre en compte certains travaux supplémentaires aux motifs qu'ils ne résultaient pas d'un ordre de service ou d'une demande du maître d'ouvrage, qu'ils étaient déjà prévus au marché et inclus dans le forfait ou qu'ils ne présentaient pas un caractère indispensable » ;
- [CE, 7ème SSJS, 13 mai 2015, 380863, Inédit au recueil Lebon](#) : « Considérant qu'il résulte de ce qui a été dit au point 2 qu'en rejetant les conclusions des sociétés Gallego et Temsol tendant au paiement des travaux supplémentaires au motif que celles-ci ne soutenaient ni que ces travaux résultaient de sujétions imprévues ni qu'ils étaient à l'origine d'un bouleversement de l'économie du contrat, sans rechercher s'ils ont été indispensables à la réalisation de l'ouvrage selon les règles de l'art, la cour a commis une erreur de droit » ;
- [CE, 7ème sous-section jugeant seule, 9 mai 2012, 347940, Inédit au recueil Lebon](#) : « que pour écarter leur demande d'indemnisation relative au titre des travaux de démolition et de mise en place d'une nouvelle chambre de tirage, la cour a, en relevant que les travaux initialement exécutés avaient été considérés par l'opérateur téléphonique comme non conformes aux règles de l'art et que cette circonstance était imputable à l'entrepreneur, relevé d'office un moyen qui n'était pas d'ordre public ; qu'elle a inexactly qualifié les faits et a insuffisamment motivé son arrêt en écartant cette demande ; que la cour a dénaturé les pièces du dossier et a insuffisamment motivé son arrêt en se fondant, pour écarter la demande d'indemnisation au titre de certains travaux supplémentaires réalisés en raison de la découverte d'un réseau d'eaux sous l'emprise d'un groupe électrogène, sur l'absence de justification du caractère indispensable de ces travaux ».

## ii. Le juge n'a pas à rechercher si les travaux indispensables ont bouleversé l'économie du marché

« Considérant que, d'une part, il appartient au maître d'ouvrage de régler le solde du marché qu'il a passé ; qu'il doit notamment payer ceux des travaux supplémentaires, qui soit, étaient indispensables pour l'exécution, selon les règles de l'art, des ouvrages prévus par le marché, soit, ont fait l'objet d'ordres de service, ce nonobstant le caractère forfaitaire du marché, et alors même que ces travaux supplémentaires n'auraient pas bouleversé l'économie du contrat » ([CE 4 juillet 2012 n°343539](#) ; [SARL Rosalie CAA Lyon 4è ch., 3 fev 2011 n°05LY01803, SA THEROND CONSTRUCTION et SARL FARIGOULE](#)).

## iii La jurisprudence relative aux travaux indispensables s'applique aux travaux exécutés par le sous-traitant régulièrement accepté

- [CE 13 février 1987, Sté Ponticelli Frères, req. n° 67314](#) ; [CE, 26 oct. 1988, Sté ETANCO, req n°58253, CAA Versailles, 5è ch. 2 février 2012 n°09VE03036, Sté VALENTIN SA](#).

Dans cette hypothèse, le sous-traitant a droit au paiement direct des travaux supplémentaires selon des critères identiques à ceux appliqués à l'entreprise principale :

- « le sous-traitant bénéficiant du paiement direct des prestations sous-traitées a également droit à ce paiement direct pour les travaux supplémentaires qu'il a exécutés et qui ont été indispensables à la réalisation de l'ouvrage, dans les mêmes conditions que pour les travaux dont la sous-traitance a été expressément mentionnée dans le marché ou dans l'acte spécial signé par l'entrepreneur principal et par le maître de l'ouvrage » ([CAA Nantes 18](#)



[juill. 2011 n°05NT01827, Sté FRAMATEC](#));

« Considérant qu'en première instance, la commune de Montataire a contesté seulement devoir payer la somme réclamée, en raison du refus opposé par la société Sobeca aux factures présentées par la société Les compagnons paveurs ; qu'en cause d'appel, **la commune de Montataire ne conteste pas sérieusement la réalité des travaux supplémentaires effectués par la société requérante, ni d'ailleurs le fait que la pose des pavés supplémentaires a été indispensable à la réalisation de l'aménagement de la voirie communale ; que, par suite, la société Les compagnons paveurs est fondée à demander la condamnation de la commune de Montataire à lui verser la somme de 25 734,62 euros hors taxes, soit 30 778,61 euros toutes taxes comprises, correspondant aux coûts de ces travaux dont le montant n'est pas sérieusement contesté et qui correspond aux factures émises par la société requérante** » ([CAA Douai, 1<sup>è</sup> ch., 3 avr. 2014, n°12DA01302, la société Les compagnons paveurs](#));

- [CAA de Marseille, 6<sup>ème</sup> chambre, 10 octobre 2022, 20MA03764, Inédit au recueil Lebon](#) : « Le sous-traitant bénéficiant du paiement direct des prestations sous-traitées a également droit à ce paiement direct pour les travaux supplémentaires qu'il a exécutés et qui ont été indispensables à la réalisation de l'ouvrage ».

#### iv Des exemples de travaux indispensables

La notion de travaux indispensables peut couvrir un champ d'application relativement large :

- **Au titre de l'obligation de sécurité liée à l'exécution ouvrage :**

**Les travaux exigés par les organismes de contrôle ou des services publics pour des raisons de sécurité sont indispensables** ([CE 3 octobre 1979, Sté Entrasudo, req. n° 08585, CAA Paris, 13 février 2007, SNC Dumez Île-de-France, req. n° 04PA01640](#); [CAA Paris, 4<sup>ech</sup>, 6 mars 2007 n°04PA02356, Sté Entreprise Générale de Construction et de Maintenance](#) : travaux supplémentaires exigés par l'inspection du travail ; [CAA Versailles 6<sup>ech</sup>, 28 mai 2015 n°12VE04166 Ste d'Etudes et Travaux pour l'Environnement \(SETE\)](#) : travaux répondant à un impératif de sécurité pour le personnel).

**Par contre, des travaux réclamés par des organismes dénués de tout pouvoir de contrainte ne sont pas indispensables** : à propos d'exigences particulières de sécurité formulées par la fédération internationale de football et de conditions posées par une région au versement d'une subvention ([CE 30 juillet 2003, Commune de Lens, req. n° 223445](#)).

Il en est de même lorsqu'il s'agit de la mise en sécurité tant au bénéfice de l'administration que des tiers. Les travaux nécessaires à ce titre sont réputés prévus dans le prix et ne peuvent donc pas être payés en sus. A titre d'illustration : « *les marches spéciales pour les gradins en forme de trapèze, si elles ne sont pas expressément prévues par les documents contractuels sont nécessaires à la sécurité des usagers ; que, dans ces conditions, la société requérante n'est pas fondée à réclamer un supplément de rémunération pour la fourniture de ces matériels* » ([CE 27 mars 1987, Sté Ges Thomasson, req. n° 37990](#)).

#### b) Les travaux résultant d'un manquement ou d'une faute du maître d'ouvrage ou du maître d'œuvre

- **Des travaux de remblaiement non prévus par le marché initial qui auraient été indispensables même si l'entreprise avait effectué une étude de sol préalable :**

« Considérant que si la communauté d'agglomération Périgourdine fait valoir **que les difficultés rencontrées au cours du chantier du fait de la nature friable du sol auraient pu être évitées si la société « ENTREPRISE JACCOU » s'était livrée à un examen préalable de la nature du sol, cette circonstance ne retire toutefois pas à la société le droit d'être indemnisée des travaux supplémentaires que ces difficultés ont engendrées et qui étaient indispensables à la réalisation des travaux du marché** ; qu'il est, à cet égard, constant que le remblaiement en grave ciment autour des baches des eaux de goulottes alors que le Cahier des Clauses Techniques Particulières prévoyait l'utilisation pour ces remblais des terres existantes, le remblaiement autour des parois de galeries se trouvant le long des bassins et l'augmentation de l'épaisseur de la plate-forme des plages qui ont été effectuées pour suivre les recommandations du rapport établi par le cabinet INGESOL ont revêtu le caractère de travaux supplémentaires indispensables à la réalisation du marché » ([CAA Bordeaux, 1<sup>è</sup> ch, 12 juin 2008, n°06BX00256, Entreprise JACCOU](#));

- **Des travaux non compris dans le marché** en raison du fait que l'appel d'offres avait été lancé avant que le permis de construire ait été instruit et délivré, et **que le maître d'œuvre et le maître de l'ouvrage avaient omis de prendre en compte au stade de la conception** un certain nombre d'obligations réglementaires s'agissant notamment d'un bâtiment recevant du public :

« S'agissant des travaux non prévus : Considérant qu'il résulte de l'instruction, et notamment du rapport d'expertise, que l'appelante a dû réaliser des travaux non compris dans le marché en raison du fait que l'appel d'offres avait été lancé avant que le permis de construire ait été instruit et délivré, et que le maître d'œuvre et le maître d'ouvrage avaient omis de prendre en compte au stade de la conception un certain nombre d'obligations réglementaires, s'agissant notamment d'un bâtiment recevant du public ; que ces travaux, destinés à répondre aux prescriptions du permis de construire particulièrement en ce qui concerne l'accessibilité aux personnes handicapées, aux préconisations du bureau de contrôle en matière de sécurité et de solidité, aux demandes des pompiers en matière de sécurité incendie, étaient indispensables à la réalisation de l'ouvrage dans les règles de l'art » ([CAA Paris 10 juin 2008 n°04PA02967, SOCIETE LEON GROSSE](#)) ;

- [CAA de MARSEILLE, 6ème chambre, 20 mars 2023, 20MA03264, Inédit au recueil Lebon](#) : « Par ailleurs, il ne résulte pas de l'instruction, d'une part, que de tels travaux étaient indispensables à la réalisation de l'ouvrage dans les règles de l'art, auxquels il devait être procédé en l'absence d'ordre de service et qui puissent être considérés comme implicitement prévus par le contrat. D'autre part, il ne résulte pas davantage de l'instruction que ces travaux aient été effectivement demandés par le maître d'ouvrage ni qu'ils soient imputables à une faute de la personne publique commise notamment dans l'exercice de ses pouvoirs de contrôle et de direction du marché, dans l'estimation de ses besoins, dans la conception même du marché ou dans sa mise en œuvre. »

- **Une modification des fondations de l'ouvrage rendue nécessaire par des études réalisées après la signature du contrat et avant le début des travaux :**

« Considérant qu'il est constant qu'au cours de l'exécution des travaux, le CEBTP a réalisé le 17 décembre 2003 une étude de sols en vue de la réalisation du projet de construction de l'édifice en cause ; qu'à la suite de cette étude dont l'auteur a recommandé l'adaptation du projet en ce qui concerne le mode de fondation, le dallage et les travaux de terrassement, la société Cabra BTP s'est vu adresser par le bureau d'études techniques Jouve, les plans rectifiés des planchers, en janvier et avril 2004 ; que l'entreprise a donc réalisé des travaux consistant dans la modification des fondations initialement prévues et des planchers du rez-de-chaussée et de l'étage ; que, alors même qu'ils n'ont donné lieu à aucun ordre de service régulier de la part du maître d'ouvrage, ni à la signature d'un avenant et n'auraient pas constitué de sujétions imprévues, **il n'est pas contesté que ces travaux supplémentaires présentaient un caractère indispensable à la réalisation du bâtiment en cause dans les règles de l'art** ; qu'en premier lieu, si la commune de Sahorre soutient qu'elle n'a pas commandé l'étude de sols, elle n'apporte aucun élément de nature à infirmer les mentions portées sur l'étude précisant " à la demande et pour le compte de la mairie " sur la base d'investigations par sondages, proposées le 24 octobre 2003 par le maître d'ouvrage ; qu'en deuxième lieu, **la collectivité requérante n'invoque aucune stipulation contractuelle mettant à la charge de la société Cabra BTP l'élaboration d'une étude de sols préalablement au dépôt de son offre lors de l'appel d'offres** ; qu'au demeurant, il n'est pas contesté qu'une telle étude n'aurait pu être réalisée avant la démolition du presbytère édifié sur le terrain d'assiette du projet, laquelle n'a eu lieu que le 19 septembre 2003, postérieurement à la conclusion du marché ([CE 14 mai 1990 n°77842, Administration Générale de l'Assistance Publique à Paris](#)) ;

Qu'en dernier lieu, le défaut de signature d'un avenant ne saurait priver la société de son droit à être indemnisée des travaux supplémentaires indispensables à la réalisation de l'ouvrage dans les règles de l'art ; que, dès lors, la société Cabra BTP a droit au paiement des travaux supplémentaires en cause » ([CAA Marseille 6ème ch, 28 avril 2014 n°11MA04042, Cabra BTP](#)) ;

- **Des travaux de démolition plus importants que ceux prévus initialement, en raison du mauvais état des ouvrages** ([CAA Nantes, 2 juillet 2010, n°10NT00090 SARL ROSALIE](#)).

- **Des travaux d'étude et de fabrication en atelier pour parvenir à l'aspect architectural voulu par l'architecte mais mal préparé par lui :**

En l'espèce, le rapport d'expertise a conclu que les dispositions constructives de l'auvent prévues dans le dossier de consultation des entreprises n'étaient pas adaptées pour permettre la réalisation de l'aspect effectivement recherché par les architectes.

Ainsi la Cour a estimé que les sociétés qui ont « exposé, du fait de la situation créée par le manquement affectant la définition de l'auvent, des travaux supplémentaires en matière d'études et de fabrication en atelier » ont le droit d'être indemnisées, ces travaux étant indispensables à la réalisation de l'ouvrage dans les règles de l'art ([CAA Marseille 2 février 2015 société Escota req. 12MA01844](#)).

- Par contre, le Tribunal Administratif de Paris a considéré que **des travaux de finition n'apportent qu'une plus-value artistique à l'ouvrage et ne sont donc pas indispensables** :

« La société Hitec demande également le versement d'une somme de 5 000 euros, correspondant, selon le devis n° 2011029 du 18 juillet 2011, à la pose de plaques en inox sur le pourtour de portes. S'il résulte de l'instruction qu'une telle prestation était prévue dans le carnet de détail du marché inclus dans le dossier de consultation des entreprises, sans toutefois être reprise dans le cahier des charges spécifiques à chaque lot, **cette finition, qui a été réalisée par la société Hitec sans y avoir été expressément invitée par le maître d'ouvrage, ne peut être regardée comme présentant un caractère indispensable, dès lors qu'elle n'apporte qu'une plus-value esthétique à l'ouvrage.** Par suite, la société requérante n'est pas en droit d'obtenir le paiement de ces travaux. » ([TA Paris, 23 juin 2016 n°1405335/3-1](#)).

- L'élaboration d'un nouveau plan d'exécution dès lors que la nécessité résulte d'une erreur de l'architecte du bâtiment :

« Considérant qu'il résulte de l'instruction que l'implantation du bâtiment à construire, telle que reportée dans le plan de masse établi par le maître d'œuvre, était inexacte, un mur d'angle et des poteaux empiétant de vingt centimètres sur le mur d'un local existant ; que par lettre du 8 juillet 2009, la société Solé et Fils a demandé à l'architecte de modifier ce plan de masse ou de préconiser une solution alternative permettant l'insertion du bâtiment projeté sur le site ; qu'il ressort des comptes rendus des réunions de chantier des 17 juillet 2009 et 11 septembre 2009 qu'à la suite de la modification de ce plan de masse, la société Solé et Fils a dû procéder à l'élaboration d'un nouveau plan d'exécution ; que cette modification étant indispensable à la réalisation de l'ouvrage dans les règles de l'art, les premiers juges étaient fondés à indemniser la société Solé et Fils par le versement de la somme de 2 800 euros hors taxes » ([CAA Marseille 10 juillet 2017 société Solé et Fils, req n°16MA00428](#)).

Il convient de noter que, dans cet arrêt, postérieur à la jurisprudence « Haute Normandie », la cour admet que **l'élaboration d'un nouveau plan d'exécution consécutive à la modification du plan de masse, en raison d'une erreur commise par le maître d'œuvre quant à l'implantation du bâtiment à construire, est un travail indispensable** à la réalisation de l'ouvrage dans les règles de l'art. Par contre, la cour estime que **ne peuvent faire l'objet d'une rémunération supplémentaire des prestations qui auraient dues être anticipées et chiffrées par l'entreprise** à l'occasion de la présentation de son offre. Tel est le cas de travaux qui étaient prévisibles au regard d'une étude de sol réalisée antérieurement au marché, de stipulations du CCTP ou des plans d'architectes annexés au dossier de consultation des entreprises.

- L'élaboration de plans d'exécution non-réalisés par l'architecte ([CE 12 mai 1989 n°81896](#)) ou une reprise intégralement des études mal faites par la maîtrise d'œuvre ([CE 3 octobre 2008, Société établissements Paul Mathis SA et autres, req. n° 291919](#)).

**A noter que le maître d'ouvrage, qui aura rémunéré l'entreprise, pourra appeler en garantie le maître d'œuvre et obtenir toute ou partie de la somme à laquelle il aura été condamné :**

« L'entrepreneur a le droit d'être indemnisé du coût des travaux supplémentaires indispensables à la réalisation d'un ouvrage dans les règles de l'art ; que la charge définitive de l'indemnisation incombe, en principe, au maître de l'ouvrage ; que, toutefois, **le maître d'ouvrage est fondé, en cas de faute du maître d'œuvre, à l'appeler en garantie** ; qu'il en va ainsi lorsque la nécessité de procéder à ces travaux n'est apparue que postérieurement à la passation du marché, en raison d'une mauvaise évaluation initiale par le maître d'œuvre, et qu'il établit qu'il aurait renoncé à son projet de construction ou modifié celui-ci s'il en avait été avisé en temps utile ([CE n° 401747, 20 décembre 2017, Société POULINGUE](#)).

**Qu'il en va de même lorsque, en raison d'une faute du maître d'œuvre dans la conception de l'ouvrage ou dans le suivi de travaux, le montant de l'ensemble des travaux qui ont été indispensables à la réalisation de l'ouvrage dans les règles de l'art est supérieur au coût qui aurait dû être celui de l'ouvrage si le maître d'œuvre n'avait commis aucune faute, à hauteur de la différence entre ces deux montants** ;



- [CE, 7ème - 2ème chambres réunies, 2 décembre 2019, 423544](#) : « Toutefois, le maître d'ouvrage est fondé, en cas de faute du maître d'œuvre, à l'appeler en garantie, sans qu'y fasse obstacle la réception de l'ouvrage. Il en va ainsi lorsque la nécessité de procéder à ces travaux n'est apparue que postérieurement à la passation du marché, en raison d'une mauvaise évaluation initiale par le maître d'œuvre, et qu'il établit qu'il aurait renoncé à son projet de construction ou modifié celui-ci s'il en avait été avisé en temps utile. Il en va de même lorsque, en raison d'une faute du maître d'œuvre dans la conception de l'ouvrage ou dans le suivi de travaux, le montant de l'ensemble des travaux qui ont été indispensables à la réalisation de l'ouvrage dans les règles de l'art est supérieur au coût qui aurait dû être celui de l'ouvrage si le maître d'œuvre n'avait commis aucune faute, à hauteur de la différence entre ces deux montants. »

- [CAA de NANTES, 4ème chambre, 8 janvier 2021, 20NT00499, Inédit au recueil Lebon](#) ; [CAA de MARSEILLE, 6ème chambre, 29 mars 2021, 18MA01137, Inédit au recueil Lebon](#) :

« S'agissant de travaux indispensables après réception de l'ouvrage : « Il en va ainsi lorsque la nécessité de procéder à ces travaux n'est apparue que postérieurement à la passation du marché, en raison d'une mauvaise évaluation initiale par le maître d'œuvre, et que le maître de l'ouvrage établit qu'il aurait renoncé à son projet de construction ou modifié celui-ci s'il en avait été avisé en temps utile. Il en va de même lorsque, en raison d'une faute du maître d'œuvre dans la conception de l'ouvrage ou dans le suivi de travaux, le montant de l'ensemble des travaux qui ont été indispensables à la réalisation de l'ouvrage dans les règles de l'art est supérieur au coût qui aurait dû être celui de l'ouvrage si le maître d'œuvre n'avait commis aucune faute, à hauteur de la différence entre ces deux montants. »

- **S'agissant de travaux indispensables à la prise en compte des normes parasismiques :**

« Considérant, en premier lieu, **que l'entrepreneur a le droit d'être indemnisé du coût des travaux supplémentaires indispensables** à la réalisation d'un ouvrage dans les règles de l'art ; que la charge définitive de l'indemnisation incombe, en principe, au maître de l'ouvrage ; que, toutefois, le maître d'ouvrage est fondé, en cas de faute du maître d'œuvre, à l'appeler en garantie ; **qu'il en va ainsi lorsque la nécessité de procéder à ces travaux n'est apparue que postérieurement à la passation du marché, en raison d'une mauvaise évaluation initiale par le maître d'œuvre, et qu'il établit qu'il aurait renoncé à son projet de construction ou modifié celui-ci s'il en avait été avisé en temps utile ; qu'il en va de même lorsque, en raison d'une faute du maître d'œuvre dans la conception de l'ouvrage ou dans le suivi de travaux, le montant de l'ensemble des travaux qui ont été indispensables à la réalisation de l'ouvrage dans les règles de l'art est supérieur au coût qui aurait dû être celui de l'ouvrage si le maître d'œuvre n'avait commis aucune faute, à hauteur de la différence entre ces deux montants** » : [CAA de Marseille n°12MA02540, 2 juillet 2018, SA SM Entreprise \(SOGEA\)](#).

- **S'agissant de travaux ayant pour but d'assurer la conformité du système de sécurité incendie**, « ils doivent, dès lors, être regardés comme revêtant un caractère indispensable. » : [TA de Strasbourg, 2ème chambre, 6 juillet 2022, n°1808250](#).

- **Les travaux résultant de modifications décidées par le maître d'ouvrage ou le maître d'œuvre :**

- **Travaux supplémentaires de surélévation du sol et de modification des fondations** rendus nécessaires par la modification de l'implantation des bâtiments par le maître de l'ouvrage postérieurement à la signature du marché ([CE 31 octobre 1986, Hôpital-hospice de Vézelay, req. n° 39419](#)).

- **Les travaux résultant d'une faute d'une entreprise tierce ou d'un incident**

- **Des travaux rendus indispensables par l'exécution défectueuse de travaux par une entreprise intervenant antérieurement sur le même chantier** : « lorsque l'exécution défectueuse de travaux par une entreprise tierce a pour effet d'obliger l'entrepreneur intéressé à effectuer des travaux non prévus au marché pour rendre les ouvrages en cause aptes à recevoir les installations dont il a la charge » : [CAA Nantes 18 juill 2011 n°05NT01827, Sté FRAMATEC](#).

Ces travaux supplémentaires peuvent être **directement** liés aux travaux de l'entreprise précédente, par exemple, en y apportant des correctifs, lorsqu'ils permettent ainsi de rendre les ouvrages aptes à recevoir les installations dont l'entreprise a la charge ([CAA Nantes 4ème ch, n°12NT00798 7 mars 2014 société LGI industrie](#)).

La défaillance de l'entreprise précédente peut également être **indirecte**. Il en va ainsi pour la réalisation de travaux de réparation de désordres causés par un tiers: réalisation, par une entreprise chargée du ponçage d'un parquet, d'un second ponçage en raison d'un dégât des eaux causé par une entreprise travaillant sur le même chantier ([CAA Nancy, 3ème ch, 10 nov 2004, commune de Pont-de-Roide req n°98NC02495](#)).

- **Mais ne sont pas indispensables des travaux rendus nécessaires par un sinistre « collatéral » :**

« *Considérant que la SOCIETE SOFREM expose avoir dû réaliser des tirants plus profonds que prévu et adapter ses méthodes suite à un sinistre collatéral affectant une maison située à Saint Max ; qu'elle n'établit cependant, par les documents produits (..), ni avoir reçu l'ordre d'exécuter des travaux supplémentaires, ni que ceux qu'elle dit avoir réalisés étaient indispensables pour le respect des règles de l'art (...)* ; sa demande tendant au paiement de travaux supplémentaires, augmenté d'intérêts moratoires, ne peut qu'être rejetée... ([CAA Nancy 19 octobre 2009, société Sofrem, req. n° 07NC00563](#)) :

- **Des travaux effectués pour « adapter son ouvrage aux travaux réalisés par d'autres corps d'état dans des conditions divergeant des spécifications contractuelles telles qu'elles ressortent des pièces du marché, notamment de la décomposition du prix global et forfaitaire (DPGF) ou des plans d'exécution établis par la maîtrise d'œuvre »** ([CAA Lyon 3 mai 2012, société Gracio, req. n° 10LY02847](#)).

### c) **Les travaux indispensables partiellement ou non indemnisables en raison d'une carence ou d'une faute de l'entreprise**

Les travaux indispensables mais résultant au moins partiellement du comportement de l'entreprise (négligences ou carences) n'ouvrent droit qu'à rémunération partielle même si ces travaux étaient « *indispensables à la bonne exécution des ouvrages compris dans les prévisions du marché* » :

« *Mais considérant que le cahier des clauses techniques particulières faisait obligation à l'entreprise de faire réaliser tous sondages, essais ou travaux annexes nécessaires pour garantir la parfaite stabilité et tenue de l'ouvrage et de faire établir par un bureau d'études le plan de ferrailage du bâtiment ; que l'entreprise, qui ne s'est pas acquittée de cette obligation, a sous-estimé le volume des terrassements et remblais à effectuer ; qu'il sera fait une juste appréciation des circonstances de l'affaire en laissant à la charge de la Société CONSTRUCTION, RESTAURATION, BATIMENTS INDUSTRIELS un tiers des dépenses supplémentaires exposées* » ([CE 19 avril 1991, Sté construction, restauration, bâtiments industriels \(CRBI\), req. n° 80779](#)).

A titre d'illustration, ne sont pas non plus indemnisables :

- Des travaux nécessités par la **remise en état du chantier** à la **suite de la défaillance du titulaire précédent**. Le CE a estimé que le nouvel intervenant avait pu constater l'état du chantier et les surcoûts induits avant de soumissionner et aurait donc dû les intégrer dans son offre ([CE 3 oct. 1979 n°08585 Entrasudo ;](#)

- **Des travaux résultant du manquement à l'obligation de conseil** d'une entreprise qui n'a pas décelé l'indissociabilité et le **caractère erroné des informations données par le maître de l'ouvrage** à propos de la commande d'une installation de chauffage qui ne pouvait pas ne pas produire de l'eau chaude sanitaire : « *que la société requérante a toutefois commis, en s'abstenant de procéder à une vérification des installations préalablement à l'établissement de sa soumission, une faute de nature à atténuer, dans la proportion d'un tiers, la responsabilité de l'office* » : ([CE 21 septembre 1990, établissements Périn frères c/ OPHLM interdépartemental de l'Essonne, du Val-d'Oise et des Yvelines, req. n° 57569](#)) :

- **Des travaux inclus dans le prix si des réserves pouvaient être formulées à la remise de l'offre** : « *que si le nombre de puits n'a jamais été défini par la maîtrise d'œuvre, il appartenait à l'entreprise requérante d'émettre des réserves ou de formuler des préconisations au stade de la négociation avec le maître d'ouvrage ; qu'ainsi, l'entreprise n'a pas été sciemment induite en erreur par le maître d'ouvrage, comme elle le prétend, alors qu'elle s'est abstenue de formuler des réserves ou des observations sur les travaux nécessaires pour réaliser les fondations* » ([CAA Versailles 28 mai 2015, Société SETE c/ Commune de Clamart, req n°12VE04166](#)) ;

- **A fortiori en cas de travaux évidents par rapport à l'objet du marché mais ne figurant pas au devis estimatif**. L'entreprise aurait dû s'apercevoir d'une erreur aussi grossière ([CE 16 fév. 1972, n°77804](#)) :

- **Des travaux supplémentaires résultant de la faute de l'entreprise qui n'avait pas intégralement utilisé son droit de visite** ([CE 29 mai 2013, ministre de la défense c/ société Aréomécanic, req. n° 364827](#)) :

De même, une entreprise qui visite les lieux, et s'aperçoit de la présence de parties amiantées, avant de remettre son offre, et alors même qu'elle était avertie du risque de la présence d'amiante, ne peut demander un supplément de prix pour le diagnostic et le désamiantage ([CAA Bordeaux, 6 juin 2006, société Mas, req. n° 03BX02384](#)) :

**A contrario, une entreprise ne saurait être fautive si le maître d'ouvrage n'exige pas une visite** : le principe de la rémunération des travaux supplémentaires indispensables trouve à s'appliquer ([CE 4 juillet 2012, commune de Quineville, req. n° 343539](#)) :

- **Des travaux de déplacement d'un bâtiment à la suite d'une erreur d'implantation dès lors que les données transmises par le maître de l'ouvrage étaient suffisamment précises** et que la faute a été commise par l'entreprise qui a mal interprété ces données sur le terrain ([CAA Versailles 5ème ch., 25 janv 2018 n°15VE01922](#)) :

- **Des travaux résultant de la substitution d'une technique plus coûteuse** parce que l'entreprise n'avait pas su réaliser les travaux selon la technique prévue: « *Considérant qu'il résulte de l'instruction que le choix d'une couverture en aluminium a été retenu par l'Etat sur proposition de la société Quille ; que cette société s'est trouvée dans l'incapacité d'obtenir de ses sous-traitants une pose correcte de cette couverture, la réception de celle-ci ayant été assortie de réserves ; qu'après avoir accepté, pour éviter l'application de mesures coercitives, une réfection de la toiture en zinc, la société Quille a essayé d'imposer, à nouveau, une couverture en aluminium dont il résulte de l'instruction qu'en raison de la compétence insuffisante des sous-traitants de la société Quille, elle ne pouvait donner satisfaction ; que, par suite, la substitution du zinc à l'aluminium était nécessaire pour assurer aux bâtiments litigieux une toiture propre à remplir son office ; qu'ainsi, même si la mise en place d'une toiture en zinc procure au maître de l'ouvrage une plus-value estimée par l'expert à 1 250 000 F, les fautes commises par la société Quille et ses sous-traitants et la nécessité de substituer le zinc à l'aluminium justifient, dans les circonstances de l'espèce, que cette plus-value reste à la charge de la société Quille ; qu'il résulte de ce qui précède que le ministre de l'éducation nationale, est fondé, sur ce point, à demander l'annulation du jugement attaqué* » ([CAA Nantes 31 mai 2000, Ministre de l'Éducation nationale c/ société Quille et autres, req. n° 96NT02232](#)).

L'ensemble des jurisprudences suscitées démontre la dérive confirmée des juges à rechercher trop souvent la faute de l'entrepreneur pour au moins conduire à un **partage de responsabilité** et donc à une indemnisation partielle. C'est ce que le Conseil d'Etat nomme « *une juste appréciation de l'indemnité* » ou « *une correcte appréciation des responsabilités encourues* » (confirmation d'une certaine jurisprudence « *que, compte tenu, d'une part, du délai relativement bref dont les entreprises ont disposé pour établir leurs offres, et, d'autre part, de l'imprudence dont la société requérante a fait preuve en négligeant d'opérer au moins une vérification sommaire, il sera fait une correcte appréciation des responsabilités encourues en condamnant l'Etat à verser à ladite société une somme égale à la moitié du préjudice qu'elle a subi* » ([CE, 12 mai 1989, Sté FOUGEROLLE req n°N° 81896](#)) :

- [CAA Douai, 3ème chambre, 31 juillet 2019, 17DA00701, Inédit au recueil Lebon](#) :

« Or il résulte des stipulations citées au point 3 qu'elle demeurait responsable de la protection de ces ouvrages contre les dégâts résultant d'actes de vandalisme jusqu'à la réception des travaux, laquelle n'est intervenue que le 6 octobre 2014, et qu'elle devait le remplacement, à ses frais, des ouvrages détériorés, nonobstant la circonstance que le maître d'ouvrage lui aurait demandé un devis pour la réalisation de ces travaux. Il s'ensuit que ces travaux, réalisés en exécution des stipulations du marché citées au point 3, et qui ont, au demeurant, été rendus nécessaires du fait de sa propre négligence dans la protection des ouvrages qu'elle avait réalisés, ne constituent pas des travaux supplémentaires dont la SARL Normandie Alu serait fondée à réclamer le paiement en application du principe rappelé au point 2. ».

**d) L'indemnisation des travaux indispensables n'est plus possible si le maître d'ouvrage s'est opposé à la réalisation de ces travaux supplémentaires**

De même, l'indemnisation est refusée en présence d'un **refus exprès du maître d'ouvrage** de valider l'exécution de travaux supplémentaires :

- « Considérant que si le cocontractant de l'administration peut demander à être indemnisé, sur la base du contrat, des prestations supplémentaires réalisées sans ordre de service, dès lors que **ces prestations ont été indispensables à l'exécution du contrat dans les règles de l'art, la présomption d'accord tacite à la réalisation de tels travaux sur laquelle repose cette indemnisation, qui déroge aux règles de passation des marchés publics, ne peut être admise lorsque la personne publique a préalablement fait connaître à son cocontractant son refus de les rémunérer** ; qu'il résulte de l'instruction que le département de la Loire-Atlantique a informé la société Axis-Conseils, par un courrier du 16 juillet 2008, du fait que les prestations supplémentaires fournies sans commande expresse de sa part et sans avenant ne seraient pas payées ; que, compte tenu de la volonté ainsi exprimée, les prestations en litige ne sont pas susceptibles d'être indemnisées sur la base du contrat à supposer même qu'elles aient été indispensables, comme le soutient la requérante, à la réalisation des opérations de remembrement » ([CAA Nantes 4ème ch, n°13NT0073818, 18 octobre 2013](#));
- « Si le cocontractant de l'administration peut demander à être indemnisé, sur la base du contrat, des prestations supplémentaires réalisées sans ordre de service, (...). il résulte de l'instruction que le département de la Loire-Atlantique a informé la société Géomat, par un courrier du 16 juillet 2008, du fait que les **prestations supplémentaires fournies sans commande expresse de sa part et sans avenant ne seraient pas payées**. Compte tenu de la **volonté ainsi exprimée**, la société Géomat (...), **n'est pas fondée à demander à être indemnisée** ». ([CAA de Nantes, n°17NT00813, 9 novembre 2018, Société Géomat](#)) ;
- « Le prestataire a le droit d'être indemnisé du coût des prestations supplémentaires indispensables à l'exécution du marché dans les règles de l'art, sauf dans le cas où la personne publique s'est préalablement opposée, de manière précise, à leur réalisation. » : [CE, 2 juillet 1982, Sté Routière Colas, n°23653](#) ; [CE 27 mars 2020, n°426955](#).

**e) L'indemnisation des travaux indispensables n'est plus possible si l'entreprise perd son droit au règlement de ces travaux supplémentaires**

L'indemnisation est également refusée en présence **d'une clause contractuelle excluant le paiement des travaux supplémentaires indispensables qu'elle soit contenue dans le marché ou dans un avenant** :

- **Une clause imposant simplement à l'entreprise de solliciter un ordre de service ou un avenant ne saurait faire obstacle au paiement des travaux indispensables** : « Considérant qu'aux termes de l'article 3-6 du cahier des clauses administratives particulières : « Les travaux supplémentaires ne seront pris en considération que s'ils ont été acceptés par écrit par le maître d'œuvre. Pour ces derniers, un ordre de service devra être délivré » ; que toutefois, l'entrepreneur a droit à être indemnisé des travaux non prévus au marché qui n'ont fait l'objet d'aucun avenant ou d'aucun ordre de service écrit et qui sont indispensables à la bonne exécution des ouvrages compris dans les prévisions du marché ou qui ont été ordonnés dans des conditions irrégulières et sont utiles à une telle exécution ; » ([CAA Nancy 2 août 2012, communauté urbaine du grand Nancy, req. n°11NC00584](#)) ;
- Les stipulations contractuelles d'un marché public peuvent exonérer un pouvoir adjudicateur de sa responsabilité contractuelle en vue de l'indemnisation des travaux supplémentaires ([CE, 9 janvier 2016, n°370576, Commune d'Agde](#)) ;
- La Cour d'Appel de Douai a conclu qu'une entreprise ne saurait réclamer le paiement d'une somme quelconque au titre de travaux supplémentaires, même indispensables, **alors même qu'elle aurait signé un avenant portant renonciation pour tout « faits antérieurs à la signature du présent avenant »** ([CAA Douai 29 janvier 2015, Sas Midavaine, req. n° 13DA00894](#)) ;
- De même, «**la renonciation à « toute réclamation ou indemnité » contenue dans cet avenant rend irrecevable l'ensemble des conclusions indemnitaires de la société CMEG dirigées contre l'Etat, y compris celles tendant à l'indemnisation des travaux supplémentaires qui auraient été indispensables pour la réalisation des ouvrages dans le respect des règles de l'art** » ([CAA Douai 22 février 2018 Société CEMG n°16DA00228](#)) ;
- En revanche, **une clause trop générale ne saurait faire obstacle au paiement des travaux indispensables** ([CAA Bordeaux 1er ch 3 oct. 2013 n°11BX00479, Société ATP](#)) ;



- Enfin, le titulaire d'un marché public de travaux ne peut prétendre au paiement de travaux supplémentaires dès lors qu'il a signé le décompte général sans l'assortir d'aucune réserve, même s'il avait présenté antérieurement un mémoire en réclamation pour le paiement de travaux supplémentaires. Le décompte général étant alors devenu le décompte général et définitif ([CAA Paris, 9 octobre 2019, n° 17PA23213](#)).

#### f) Focus : risque sol

**Dans le cadre d'un marché forfaitaire, le risque sol repose essentiellement sur l'entreprise.** Il ressort de l'analyse de la jurisprudence que la possibilité d'indemnisation de l'entreprise en présence d'une incertitude liée au sol est limitée.

**- S'agissant de travaux de substitution de remblais indispensables à la bonne exécution du chantier dans les règles de l'art et d'une clause du marché trop générale :**

« *Considérant en premier lieu, qu'il résulte de l'instruction et notamment du rapport d'expertise qu'**aucun document ayant servi de base à la consultation des entreprises soumissionnaires à l'appel d'offres ne faisait état de la nécessité de substituer des remblais sains aux remblais existants sur le terrain d'assiette** ; que l'étude du sol figurant dans le dossier communiqué aux entreprises lors de l'appel d'offres se présentait comme une étude préliminaire datée du 21 décembre 1999 et évoquait la présence d'un sol sain ; qu'il n'est pas établi que la seconde étude de sol datée du 7 février 2000 évoquant l'éventualité, si nécessaire, de purger les remblais existants ait été communiquée à la société ATP avant la conclusion du marché du 15 mai 2000 (...)* » ;

« *Considérant en troisième lieu, que, dans ces conditions, **le caractère forfaitaire du marché ne fait pas obstacle à ce que les travaux supplémentaires réalisés par la société ATP soient réglés à l'entreprise en sus du montant prévu par le marché initial**, alors même qu'ils n'auraient pas été expressément notifiés par ordres de service du maître d'œuvre et qu'ils n'auraient pas été approuvés par le maître d'ouvrage (...)* » ([CAA Bordeaux 1er ch 3 oct. 2013 n°11BX00479, Société ATP](#)) ;

Dans cette même affaire, le CCAP invitait les soumissionnaires à « *se rendre compte de l'état des lieux afin de recueillir tous les renseignements qui lui sont nécessaires pour l'établissement de son devis qui sera forfaitaire* ». Le juge a considéré que cette clause générale du CCAP ne suffit pas à rendre le titulaire responsable des travaux supplémentaires qu'il a pu réaliser en raison d'études de sols erronées produites par le maître de l'ouvrage et donc ne saurait faire obstacle au paiement des travaux indispensables.

L'entreprise n'a pas pu obtenir l'indemnisation de travaux supplémentaires car la **CAA l'a tenue intégralement responsable de la non réalisation de sondages alors même que le DCE indiquait clairement les difficultés à établir des calculs fiables** « *la société Sobeia ne pouvait ignorer qu'elle s'était engagée dans le cadre d'un marché global et forfaitaire, qu'elle était en tout état de cause liée par son engagement et ne peut valablement soutenir qu'elle n'avait pas eu connaissance du rapport de sol avant d'émettre son offre ; que ce rapport précisait que la profondeur prévisionnelle ne pouvait être définie et qu'elle serait variable ; que **la requérante ne peut donc s'en prendre qu'à elle-même de ne pas avoir réalisé une étude de sol plus poussée avant d'établir le prix de son offre*** » ([CAA Lyon 4ème ch 30 janvier 2014 n° 12LY01954](#)).

**- Pour la réalisation de forages supplémentaires dès lors que les documents de la consultation indiquent une fourchette métrée pour les forages et font état de difficultés à prévoir**, et ce d'autant plus qu'elle n'a pas demandé de précisions à l'acheteur public alors que le CCAP le lui permettait : « *Considérant que pour rejeter la demande d'indemnisation de la société requérante au titre des travaux de fondations supplémentaires qu'elle a réalisés sans ordre de service jusqu'à une profondeur de huit mètres, au lieu des deux mètres initialement prévus, la cour s'est fondée en premier lieu sur la circonstance que l'étude géotechnique figurant dans le dossier de consultation faisait notamment état d'un niveau d'assise prévisionnel variant entre 2 m et 3,50 m, de profondeurs estimées pour les fondations profondes variant de 2 m à 9,50 m et de la présence d'eau entre 2,80 m et 5,80 m de profondeur, ces constatations justifiant que la société, en professionnel avisé, tienne compte des divers aléas qu'elle pouvait rencontrer et envisage d'avoir à effectuer des fondations plus profondes sur certaines zones ; qu'elle a relevé en second lieu que la société n'avait adressé aucune demande de renseignements complémentaires alors que le cahier des clauses techniques particulières le lui permettait ; qu'ainsi, la cour, dont l'appréciation souveraine est exempte de dénaturation, n'a commis ni erreur de droit ni erreur de qualification juridique des faits* » ([CE 14 oct 2015 n°384749](#)).

- Il en a été jugé de même lorsque la réalisation des travaux supplémentaires découlait des études de sol fournies et cela nonobstant un avenant par lequel la commune avait accepté à tort de payer un supplément de prix au forfait global : « *Considérant que, si la commune recherche également la responsabilité contractuelle de l'architecte à raison des fautes qu'il aurait commises dans sa mission de conseil pour la définition de l'étude de sol, il résulte de l'instruction que, ainsi qu'il a été dit, l'étude réalisée par la société GEOTEC contenait des éléments suffisants pour informer l'entrepreneur de l'état du sous-sol et l'inciter à faire procéder à des investigations complémentaires en considération des plans d'exécution* » ([CAA Bordeaux, 12 octobre 2004, commune de Saint-Junien, req. n° 01BX00555](#)).

- Un arrêt de la Cour d'Appel Administrative de Marseille **exclut le paiement de travaux supplémentaires dans un marché à forfait dès lors que le DCE comportait une étude de sol, que l'entreprise avait une expérience, connaissait le terrain et pouvait demander des renseignements supplémentaires** :

« *La société requérante, titulaire d'un marché à prix forfaitaire, demandait l'indemnisation des travaux supplémentaires qu'elle avait été amenée à effectuer au cours de travaux de gros œuvre (réalisation de fondations à une profondeur supérieure à celle initialement prévue par l'étude de sol). La cour rappelle que si des travaux non prévus au contrat et indispensables à la réalisation de l'ouvrage dans les règles de l'art doivent faire l'objet d'une indemnisation, il en va différemment dans l'hypothèse où l'entreprise aurait elle-même dû anticiper les difficultés techniques nécessitant ces travaux supplémentaires.*

*En l'espèce, le rapport du géotechnicien issu d'une étude de sol commandée par le maître de l'ouvrage était joint au dossier de consultation des offres, le CCTP prévoyait la possibilité pour l'entreprise de demander des renseignements complémentaires notamment pour la réalisation des fondations, et, de surcroît, l'entreprise disposait d'une expérience en la matière et connaissait l'environnement naturel et géologique de l'ouvrage : par conséquent en s'abstenant de tenir compte de ces aléas dans l'élaboration de son offre, elle a commis une faute de nature à justifier que la moitié du surcoût généré soit mis à sa charge* » ([CAA MARSEILLE 12 nov. 2012, n 10MA01805, SNT Petroni](#)).

- **Si le dossier de consultation des entreprises prévoyait que l'entreprise devait vérifier les quantités avant la remise de l'offre, les travaux sont réputés inclus dans le prix.**

En effet, le Conseil d'Etat a estimé que la Cour avait dénaturé les pièces du dossier en jugeant que des insuffisances et erreurs figurant dans l'étude de sol jointe par la commune aux documents de la consultation étaient constitutives d'une faute engageant la responsabilité contractuelle de cette dernière, alors qu'il résulte clairement des stipulations du cahier des clauses techniques particulières du marché et du cahier des clauses administratives particulières du marché, relatif à l'état et à la connaissance des lieux que cette étude de sol n'avait qu'une valeur indicative :

« *Considérant qu'en jugeant que les stipulations citées ci-dessus ne faisaient pas obstacle à l'indemnisation des travaux supplémentaires sur les ouvrages existants de traitement des boues dès lors que ces travaux étaient indispensables à l'exécution du contrat dans les règles de l'art mais faisant **obligation aux candidats de vérifier, avant de déposer leurs offres, les informations fournies par la commune dans le dossier de consultation sur l'état des ouvrages existants et d'estimer en fonction de cet état le coût des travaux à accomplir, elles faisaient obstacle à ce que la société puisse se prévaloir de son erreur d'estimation (...)*** » ([CE, 9 janvier 2015, Société OTV France req. n°370576](#)).

- **L'entreprise qui n'a pas procédé, avant le dépôt de son offre, à une étude préalable tendant à vérifier l'homogénéité et la solidité du terrain, ne saurait prétendre à l'indemnisation de terrassements supplémentaires indispensables, dès lors que le CCAP mettait à sa charge la réalisation de sondages et d'une étude de sols** ([CAA Bordeaux, 4e ch 16 février 2017, n°15BX00263](#)) :

« *Les difficultés rencontrées dans l'exécution d'un marché à forfait ne peuvent ouvrir droit à indemnité au profit de l'entreprise titulaire du marché que dans la mesure où celle-ci justifie que ces difficultés sont imputables à une faute de la personne publique commise notamment dans la conception même du marché ou dans sa mise en œuvre. Il résulte des points 8 à 14 qu'à la suite des conclusions non univoques des études, dépourvues de caractère contractuel, remises à la société Caraïb Moter, **le maître de l'ouvrage a inséré dans le CCTP une clause invitant le cocontractant à faire réaliser des sondages complémentaires. Ce faisant, le maître de l'ouvrage ne peut être regardé comme ayant commis une faute dans la préparation du marché en délivrant une information erronée ou incomplète dans le dossier de consultation.** Par suite, la société Caraïb Moter n'est pas fondée à solliciter l'engagement de la responsabilité du Grand port maritime de Guyane sur le terrain de la faute.* » ([CAA Bordeaux 5 février 2019 , req n° 16BX03809](#)).

## g) Synthèse

**En conclusion, le titulaire d'un marché, conclu à prix forfaitaire, peut obtenir l'indemnisation des travaux supplémentaires qu'il a réalisés, lorsqu'ils ont été commandés par ordre de service du maître d'ouvrage ou lorsque, même non commandés, ils ne correspondent pas à des prestations prévues par le marché et ont été indispensables à la bonne exécution de l'ouvrage dans les règles de l'art (critères cumulatifs) ([CE 20 décembre 2017 Société Poulingue, req. n° 401747](#)).**

Les stipulations de l'article 14 du CCAG Travaux relatives aux conditions du dépassement du montant initial des travaux ne font pas obstacle au principe visé ci-dessus.

**La charge financière des travaux supplémentaires indispensables incombe par principe au maître d'ouvrage qui devra en conséquence indemniser l'entreprise qui les a réalisés.**

Toutefois, il **pourra appeler en garantie d'autres intervenants à l'acte de construire et notamment son maître d'œuvre** qui pourra être condamné à prendre à sa charge tout ou partie du montant desdits travaux si plusieurs conditions sont réunies ([CAA de MARSEILLE, 6ème chambre, 29 mars 2021, 18MA01137, Inédit au recueil Lebon](#) ; [CE 7ème - 2ème chambres réunies 20 décembre 2017 n°401747 Société Poulingue](#) :

« L'entrepreneur a le droit d'être indemnisé du coût des travaux supplémentaires indispensables à la réalisation d'un ouvrage dans les règles de l'art. **La charge définitive de l'indemnisation incombe, en principe, au maître de l'ouvrage**...(...). Toutefois, le maître d'ouvrage est fondé, **en cas de faute du maître d'œuvre**, à l'appeler en garantie....(...). Il en va ainsi lorsque la nécessité de procéder à ces travaux n'est apparue que postérieurement à la passation du marché, en raison d'une **mauvaise évaluation initiale** par le maître d'œuvre, et **qu'il établit qu'il aurait renoncé à son projet de construction ou modifié celui-ci s'il en avait été avisé en temps utile (...)**. Il en va de même lorsque, en raison d'une faute du maître d'œuvre dans la conception de l'ouvrage ou dans le suivi de travaux, le montant de l'ensemble des travaux qui ont été indispensables à la réalisation de l'ouvrage dans les règles de l'art est supérieur au coût qui aurait dû être celui de l'ouvrage si le maître d'œuvre n'avait commis aucune faute, à hauteur de la différence entre ces deux montants ».

Ainsi, confronté à une demande de rémunération portant sur la réalisation de travaux supplémentaires, **le juge vérifie :**

**- Si le maître de l'ouvrage n'a pas opposé un refus exprès :**

« Si le cocontractant de l'administration peut demander à être indemnisé, sur la base du contrat, des prestations supplémentaires réalisées sans ordre de service (...), il résulte de l'instruction que le département de la Loire-Atlantique a informé la société Géomat, par un courrier du 16 juillet 2008, du fait que les **prestations supplémentaires fournies sans commande expresse de sa part et sans avenant ne seraient pas payées**. Compte tenu de la **volonté ainsi exprimée**, la société Géomat (...), **n'est pas fondée à demander à être indemnisée** ». ([CAA de Nantes, n°17NT00813, 9 novembre 2018, Société Géomat](#)) :

« Considérant que si le cocontractant de l'administration peut demander à être indemnisé, sur la base du contrat, des prestations supplémentaires réalisées sans ordre de service, dès lors que ces **prestations ont été indispensables à l'exécution du contrat** dans les règles de l'art, la présomption d'accord tacite à la réalisation de tels travaux sur laquelle repose cette indemnisation, qui déroge aux règles de passation des marchés publics, **ne peut être admise lorsque la personne publique a préalablement fait connaître à son cocontractant son refus de les rémunérer** ; qu'il résulte de l'instruction que le département de la Loire-Atlantique a informé la société Axis-Conseils, par un courrier du 16 juillet 2008, du fait que les prestations supplémentaires fournies sans commande expresse de sa part et sans avenant ne seraient pas payées ; que, compte tenu de la volonté ainsi exprimée, les prestations en litige ne sont pas susceptibles d'être indemnisées sur la base du contrat à supposer même qu'elles aient été indispensables, comme le soutient la requérante, à la réalisation des opérations de remembrement » ([CAA Nantes 4ème ch 18 oct 2013 n°13NT00738](#)).

Confrontée à un tel refus, l'entreprise, ayant préalablement exercé son devoir de conseil sur le caractère indispensable de ses travaux supplémentaires, aurait pour seule alternative l'arrêt de ses travaux.

- **Si la prestation supplémentaire dont l'entrepreneur demande à être indemnisé est bien une prestation « hors marché »** (prestation qui n'a pas été prévue par les parties). A défaut, la prestation est comprise dans les prix du marché et ne donnera donc lieu à aucune indemnisation.

A titre d'illustration, [CAA Lyon 20 juillet 2017 Société Acquadro Favier construction, req. n° 15LY01748](#) sur des raccordements et [CAA Paris 10 avril 2018, Société Imaginal, req. n° 16PA00341](#) sur des modifications de plans).

- **Et si l'entrepreneur apporte la preuve de la réalisation des travaux et de leur caractère indispensable :**  
« le devis ne prévoyait que la pose de 12 diffuseurs sonores et que si la société Savpro faisait valoir que 16 ont été en réalité remplacés car 4 étaient inefficients, elle n'établissait ni ces remplacements supplémentaires, ni leur caractère indispensable » ([CAA Paris 12 juin 2018, req. n° 17PA00910, Sté Savpro](#)).  
Seule la faute de l'entreprise pourra conduire à un partage de responsabilité et donc à une indemnisation partielle de cette dernière au titre des travaux supplémentaires indispensables.

Aussi, il lui appartiendra d'être particulièrement vigilante quant à la mise en œuvre son devoir de conseil et à la réalisation des vérifications élémentaires au risque de voir le montant de son droit à indemnisation de ses travaux supplémentaires indispensables réduit par le juge du fond.

Il lui faudra soulever les erreurs grossières (CE 16 fev 1972, n°77804) et procéder aux constats utiles ; à titre d'illustration l'entreprise devra constater l'état du chantier et l'ensemble des surcoûts induits devant être intégrés dans son offre en cas de remise en état d'un chantier à la suite de la défaillance du titulaire précédent (CE 3 oct 1979 n°8585 Entrasudo) et user pleinement de son droit de visite ([CE 29 mai 2013, ministre de la défense c/ société Aréomécanic, req. n° 364827](#)).

Ainsi, le comportement de l'entreprise s'appréciera :

- Tant au **stade de la remise des offres** où elle pourra émettre des réserves ou formuler des préconisations au stade de la négociation avec le maître d'ouvrage ([CAA Versailles 28 mai 2015, Société SETE c/ Commune de Clamart, req n°12VE04166](#) ; [CE 21 septembre 1990, établissements Périn frères c/ OPHLM interdépartemental de l'Essonne, du Val-d'Oise et des Yvelines, req. n° 57569](#)) ;
- Que **lors de l'exécution des travaux** (travaux résultant d'une « négligence » technique de l'entrepreneur ([CE, 25 nov. 1988, SA Bergeon-Geoffroy Sté TNEE](#) ou d'une omission par l'entreprise d'études ou de travaux prévus au contrat ([CE 19 avril 1991, Sté construction restauration, bâtiments industriels \(CRBI\), req. n° 80779](#)) ; des travaux résultant de la substitution d'une technique plus coûteuse parce que l'entreprise n'avait pas su réaliser les travaux selon la technique prévue ([CAA Nantes 31 mai 2000, Ministre de l'Éducation nationale c/ société Quille et autres, req. n° 96NT02232](#)).



## VII. La remise en cause du prix forfaitaire pour des raisons indépendantes des signataires du marché

(1) Les sujétions imprévues ([Consulter l'étude du Groupe juridique sur le site de la FNTP](#))

(2) Les aléas économiques imprévisibles

a) L'imprévision

i. La situation avant 2021

L'article L. 6 du code de la commande publique, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2019, procède à la codification des principales règles générales, issues de la jurisprudence administrative, applicables aux contrats administratifs (pouvoir de contrôle, continuité du service public, imprévision, pouvoir de modification et de résiliation unilatérale).

Le 3<sup>o</sup> de l'article L. 6 prévoit le principe **d'un droit à une indemnité** au profit du titulaire qui poursuit l'exécution de son marché public « *lorsque survient un évènement extérieur aux parties, imprévisible et **bouleversant temporairement l'équilibre du contrat*** ».

Sont souvent imprévisibles les évolutions de certaines données économiques (salaires, prix de certaines matières premières, de l'énergie, taxes), lesquelles peuvent ôter tout sens aux estimations de l'entrepreneur. Cet aléa économique autorise le contractant à demander une indemnité dite « d'imprévision ».

La théorie de l'imprévision a été introduite par l'arrêt « **Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux** » du **Conseil d'État du 30 mars 1916**. L'imprévision consiste à réintégrer une **charge extracontractuelle** pour assurer la continuité du service public sans rendre l'exécution du contrat insoutenable, même dans l'hypothèse où le contractant de l'administration est réputé l'exécuter à ses risques et périls.

La théorie de l'imprévision n'en demeure pas moins soumise à des conditions cumulatives. Ainsi les conditions cumulatives sont remplies si l'évènement perturbateur de l'équilibre financier du marché :

- N'a pu être raisonnablement prévu par les parties contractantes et en particulier par le titulaire du marché (cet évènement doit être économique ou la conséquence économique d'un évènement naturel ou politique),
- A été indépendant de leur volonté,
- Et entraîne des charges extracontractuelles bouleversant temporairement de l'économie du contrat. [La circulaire du 20 novembre 1974 prévoit que](#) la condition de bouleversement de l'économie du contrat n'est considérée comme remplie que si les charges extracontractuelles atteignent 1/15 du montant initial hors taxes du marché, soit 6,66 %. Ce seuil constitue un ordre de grandeur retenu par l'administration comme base d'indemnisation.

La première et la deuxième condition tiennent à l'imprévisibilité et l'extériorité des évènements. Ceux-ci doivent être ainsi extérieurs aux parties contractantes et déjouer les prévisions qui pouvaient raisonnablement être faites lors de la conclusion du contrat. C'est la raison pour laquelle la théorie de l'imprévision ne joue pas, par exemple, lorsque, à l'époque à laquelle a été conclu le marché, la variation des prix était prévisible, ce qui a été jugé dans le cas des variations des prix pétroliers qui sont par nature volatils :

*« Considérant que, contrairement à ce que soutient la société EUROVIA CHAMPAGNE ARDENNE, les premiers juges n'ont pas dénaturé les faits soumis à leur appréciation en constatant que le prix du pétrole avait augmenté entre 1994 et 2004 ; qu'en effet, si la société requérante soutient que lors de la formulation de son offre et de la signature des marchés en 2005, l'augmentation brutale du prix des produits pétroliers n'était pas prévisible, il résulte toutefois de l'instruction que le prix du pétrole est régulièrement soumis à de fortes variations se répercutant sur le coût de produits à forte teneur en bitume comme ceux utilisés pour la réalisation des prestations des marchés en cause ; que la société EUROVIA CHAMPAGNE ARDENNE, de par ses activités, et alors qu'elle n'a adressé à l'Etat, pour la première fois, que fin 2006, des observations sur la hausse du prix du bitume et des carburants, ne pouvait méconnaître la situation du marché des produits pétroliers ;*

*que, dès lors, elle n'est pas fondée à soutenir que de telles variations des prix des produits utilisés présentaient un caractère imprévisible ; que, par suite, alors même que les clauses de révision des prix prévues aux contrats n'auraient pas corrigé l'évolution des prix des produits pétroliers au cours des années 2005 à 2007, la société requérante ne saurait prétendre à une indemnité d'imprévision ».* ([CAA Marseille, 3 avril 2008, Sté Braga Vesigne, req. N°06MA01355](#) - [CAA Nancy, 27 janvier 2011, Sté Eurovia Champagne, req. N 10NC00154](#)).

La troisième condition tient à l'effet des événements affectant l'exécution du contrat. Il peut s'agir de circonstances économiques, de phénomènes naturels ou de mesures prises par les pouvoirs publics eux-mêmes sous la pression de la nécessité. Ces événements doivent entraîner **un bouleversement de l'économie du contrat**, sans avoir néanmoins le caractère d'un cas de force majeure (cf. 3 ci-après), le contrat étant encore jugé exécutable, mais à un coût financier exorbitant...

En ce qui concerne cette dernière condition, les juges se montrent particulièrement exigeants. Cette charge qualifiée d'extracontractuelle doit provoquer un déficit chez le contractant et pas simplement une diminution de bénéfice.

A partir de ce critère, il a par exemple été décidé qu'une hausse de charges sociales représentant seulement 1 à 2 % du montant définitif du marché, comme les conséquences d'une grève de quarante-huit jours, ne pouvaient entrer en ligne de compte ([Conseil d'Etat, 2 juillet 1982](#), N° 47265 – [Conseil d'Etat 30 novembre 1990](#), N° 53636).

Le surcroît de dépenses doit entraîner non seulement une perte pour le titulaire du marché mais aussi un bouleversement de l'économie du contrat.

L'entrepreneur confronté à des hausses exceptionnelles a intérêt à connaître les modalités de calcul et de versement définies par l'administration.

Les éléments à prendre en compte pour calculer la surcharge peuvent être regroupés en deux catégories :

- Les charges d'approvisionnement, au titre desquelles on trouve les matières premières, les semi-produits, les produits finis et l'énergie intervenant dans l'exécution de la prestation.
- Les salaires, appointements et charges s'y rapportant.

Lorsque les conditions sont réunies, le contractant a droit à être indemnisé, sinon de la totalité, du moins de la plus grande partie de la charge extracontractuelle ; c'est-à-dire du montant du déficit provoqué par l'exécution du contrat pendant la période au cours de laquelle il y a eu bouleversement par les circonstances imprévisibles.

Deux cas de figure peuvent ensuite se présenter :

- Soit l'équilibre contractuel se rétablit, par disparition des circonstances imprévisibles ou du fait de nouveaux arrangements entre les parties,
- Soit le bouleversement de l'économie du contrat se révèle définitif, et l'imprévision se transforme alors en cas de force majeure justifiant la résiliation du contrat.

L'existence de clauses de variation ne fait pas obstacle par principe à l'application de la théorie de l'imprévision :

*« Considérant que l'ordre de service invitant l'entreprise à commencer les travaux du marché n° 214/73, souscrit le 23 septembre 1973, ne lui a été notifié que le 21 janvier 1975 ; que, nonobstant le jeu de la clause de révision des prix, l'économie générale de ce marché a été bouleversée par une forte augmentation des salaires et des autres charges pesant sur l'entreprise qui n'était pas prévisible au moment de la signature du marché et qui lui ouvre droit à une indemnité d'imprévision »* ([Conseil d'Etat, 29 mai 1991, établissement public d'aménagement de la ville nouvelle de Saint-Quentin-en-Yvelines](#)).

Cependant, l'imprévision est le plus souvent écartée en présence de ces clauses qui permettent une adaptation aux évolutions de la situation économique et financière, sauf à démontrer que :

- Les circonstances d'imprévisibilité ont empêché la clause de jouer dans des conditions normales (pour un exemple a contrario, [Conseil d'Etat 19 février 1992 n° 47265](#)),
- Ou que la clause de révision stipulée est insuffisante pour amortir l'augmentation des prix subis par l'entrepreneur (pour un exemple a contrario, [CAA de Nancy, N° 12NC00503, 8 avril 2013](#)).

Jusqu'en 2021, une demande d'indemnisation au titre de l'imprévision était très difficile à obtenir pour les titulaires de marchés publics.

## ii. La période post COVID et les effets de la Crise Ukrainienne : les « circonstances exceptionnelles »

---

Suite à la période post COVID qui a entraîné des difficultés d'approvisionnement et à la crise Ukrainienne, a été publiée une [Circulaire du Premier Ministre](#) « relative à l'exécution des contrats de la commande publique dans le contexte actuel de hausse des prix de certaines matières premières », en date du 30 mars 2022.

Face à la situation qualifiée de « circonstances exceptionnelles », il a été confirmé que le titulaire du marché a un droit à indemnisation, sur le fondement de la théorie de l'imprévision, en cas de « bouleversement temporaire de l'économie du contrat » même si une clause de révision est prévue au marché :

- Le seuil de bouleversement économique retenu est de 1/15 du montant initial HT du marché ou de la tranche comme dans la circulaire précitée de 1974 ;
  - L'entreprise devra apporter les justifications comptables de ses nouvelles charges (prix de revient et marge bénéficiaire au moment de l'offre par rapport aux débours en cours d'exécution, déduction faite des effets de la révision des prix) ;
  - Le versement d'indemnités provisionnelles est possible ;
  - Une part restera à la charge de l'entreprise (de 5 % à 25 % suivant sa structure) ;
  - L'indemnisation sera formalisée par une convention.
- 

Compte tenu de la très forte hausse des prix de l'énergie, des fournitures et des matières premières, la Direction des Affaires Juridiques de Bercy a interrogé le Conseil d'État qui a rendu un avis, le 15 septembre 2022, relatif aux possibilités de modification du prix ou des tarifs des contrats de la commande publique et aux conditions d'application de la théorie de l'imprévision.

Dans cet [avis en date du 15 septembre 2022](#), le Conseil d'État a rappelé qu'indépendamment de la possibilité de modifier un marché selon les dispositions du Code de la commande publique (cf. ci-dessous), en cas de circonstances imprévisibles, le droit à la prise en charge des charges extracontractuelles est applicable en cas de bouleversement de l'économie du marché **que le marché ait été conclu à prix global et forfaitaire ou à prix unitaire.**

Une convention d'indemnisation peut être conclue, entre l'acheteur et le titulaire, afin de compenser les charges extracontractuelles au moyen d'une indemnité. A défaut, c'est le juge administratif qui fixe l'indemnité d'imprévision.

**Cette indemnité d'imprévision n'a pas à être inscrite dans le décompte général et définitif, qu'elle résulte d'une décision unilatérale de l'acheteur, d'une convention d'indemnisation ou d'une fixation par le juge.**

**Les entreprises peuvent donc présenter une demande d'indemnisation au titre des charges extracontractuelles après la notification du DGD.**

### b) Les « circonstances imprévues »

Jusqu'à présent, la théorie de l'imprévision était considérée comme le principal fondement de l'indemnisation des titulaires de marchés publics.

Dans son avis du 15 septembre 2022, le Conseil d'État ouvre de nouvelles possibilités (\*) de modifier les marchés publics dans le but de compenser les surcoûts imprévisibles supportés par les entreprises.

Il s'appuie sur les dispositions existantes du Code de la commande publique qui prévoient des possibilités de modifier un marché sans nouvelle procédure de mise en concurrence (art. [L2194-1](#) Code de la commande publique) et considère que sont autorisées les modifications qui ne portent que sur :

- Le prix, les tarifs, les modalités de leur détermination ou de leur évolution (Point 6) ;
- La seule durée des marchés (Point 7).

Les marchés, qu'ils soient à prix forfaitaires ou unitaires, peuvent ainsi être modifiés afin d'y introduire une clause de variation des prix ou de réexamen si le marché n'en prévoyait pas ou faire évoluer une clause existante qui se serait révélée insuffisante (Point 19).

En effet, ni les directives européennes de 2014, ni le Code de la commande publique ne limitent les modifications des marchés aux seules caractéristiques ou conditions d'exécution des prestations.

(\*) *L'acheteur doit toujours veiller au respect de bon emploi des deniers publics et est libre ou non d'accepter ces modifications.*

### Les modifications possibles par avenant

Ces modifications peuvent être fondées sur :

**Les circonstances imprévisibles** (un marché peut être modifié lorsque la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir – art. [R2194-5](#) du Code de la commande publique).

Les conditions suivantes doivent être respectées :

- Les conséquences onéreuses des circonstances imprévisibles ne pouvaient être raisonnablement prévues par les cocontractants lors de la passation du marché ;
- Les modifications doivent être directement imputables aux circonstances imprévisibles (avec un plafond de 50 % du montant du marché initial, par modification, pour les marchés des pouvoirs adjudicateurs – État, Collectivités territoriales...);
- Les principes de la commande publique (non-remise en cause des conditions de la mise en concurrence initiale, interdiction des libéralités et bon usage des deniers publics).

### Les modifications de faible montant

(inférieures à 15 % du montant du marché pour les marchés de travaux – art. [R2194-8](#) du CCP).

- La perte subie par l'entreprise peut être compensée même s'il n'est pas constaté une dégradation significative de l'équilibre économique du marché ;
- Les modifications doivent respecter les principes de la commande publique et ne pas couvrir des charges qui auraient dû être prévues par l'opérateur économique.

Un marché modifié sur ce fondement peut ensuite être à nouveau modifié sur la base des circonstances imprévisibles.

Pour plus de précisions : [Guide MEDEF/AAP](#) sur les modifications des contrats de la commande publique.

### c) La force majeure

Dès lors qu'un événement de force majeure empêche l'entrepreneur de livrer l'ouvrage dans le délai convenu, ce à quoi il s'était engagé, le maître de l'ouvrage ne peut lui reprocher l'inexécution de ses engagements.

Pour être constitutif de force majeure, le fait invoqué doit répondre à trois conditions cumulatives :

- Être indépendant de la volonté des parties,
- Être imprévisible,
- Être irrésistible (l'exécution du contrat a été totalement impossible).

Il peut s'agir :

- De phénomènes naturels tels que l'affaissement d'un terrain,
- Des chutes de neiges exceptionnelles,
- Des pluies exceptionnelles ([Conseil d'Etat, 19 février 1975, Ministre d'Etat chargé de la Défense nationale](#)),
- De l'effondrement du sous-sol marin ([Conseil d'Etat, 11 décembre 1991, SARL Niçoise pour l'extension de l'aéroport](#)),
- De faits de l'homme tels que la grève.

L'article [17](#) du CCAG Travaux 2021 régit les conséquences d'un tel événement. Il prévoit ainsi qu'en cas de force majeure, mais également en cas de pertes, avaries ou dommages provoqués sur des chantiers par un phénomène naturel qui n'était pas normalement prévisible, l'entrepreneur peut être indemnisé du préjudice subi sous réserve :

- D'avoir signalé les faits immédiatement par écrit au maître d'ouvrage,
- En cas de phénomène naturel, d'avoir pris toutes les mesures de protection nécessaires et prévues par l'article 17.2 du CCAG.

Outre l'indemnisation de son préjudice, l'entrepreneur pourra obtenir la prolongation du délai d'exécution des travaux sur le fondement de l'article 18.2.2 du CCAG Travaux.

Suite à la période post-Covid et à la crise Ukrainienne, ces principes ont été rappelés dans :

- La [circulaire du Premier ministre du 16 juillet 2021](#) : même en l'absence de dispositions contractuelles spécifiques, les délais d'exécution doivent être aménagés en cas de pénurie des matières premières mettant le titulaire dans l'impossibilité de les respecter et les acheteurs doivent renoncer à appliquer les sanctions contractuelles en cas de retard d'exécution liés à l'envolée des prix des matières premières ou à des pénuries ;
- La [fiche technique de la DAJ de Bercy](#), consacrées aux marchés publics confrontés à la flambée des prix et au risque de pénurie des matières premières, publiée le 27 mai 2021 et actualisée le 18 février 2022 : « **La non-application des pénalités de retard et le report des délais d'exécution s'imposent à l'acheteur lorsque les circonstances peuvent être qualifiées de cas de force majeure, étant rappelé que la force majeure s'entend d'un événement extérieur, imprévisible et irrésistible et que ces conditions ne peuvent s'apprécier qu'au cas par cas, selon les aménagements prévus par les stipulations de chaque contrat. Le juge administratif considère notamment que l'imprévisibilité s'apprécie à l'aune de ce qu'un contractant normalement diligent peut prévoir, un événement en lui-même prévisible pouvant avoir des conséquences imprévisibles par leur ampleur. De même, l'appréciation du caractère irrésistible de l'événement tient compte des moyens dont dispose le cocontractant pour l'exécution de ses obligations** » ;
- La [circulaire n° 6338-SG du 30 mars 2022 relative à l'exécution des contrats de la commande publique](#) dans le contexte actuel de hausse des prix de certaines matières premières : « **L'augmentation des prix ne conduit pas, en elle-même, à une situation de force majeure permettant au titulaire de se soustraire à ses obligations contractuelles. L'idée d'une « force majeure financière » serait d'ailleurs incompatible avec la théorie de l'imprévision, conçue précisément pour assurer la continuité du service public en assurant le titulaire que les conséquences du bouleversement de l'économie du contrat seront, pour l'essentiel, prises en charge par l'administration. Néanmoins, à l'instar des mesures prévues par l'ordonnancement° 2020-319 du 25 mars 2020 dans le cadre de la crise sanitaire fiée au covid-19, je souhaite que l'exécution des clauses des contrats prévoyant des pénalités de retard ou l'exécution des prestations aux frais et risques du titulaire soient suspendue tant que celui-ci est dans l'impossibilité de s'approvisionner dans des conditions normales** » ;
- La [circulaire n° 6374-SG de la Première Ministre publiée le 29 septembre 2022](#) suite à l'Avis du Conseil d'Etat relative à l'exécution des contrats de la commande publique dans le contexte actuel de hausse des prix de certaines matières premières. A l'instar de l'Ordonnance de mars 2020 prise dans le contexte de la Crise Covid, la circulaire prescrit le gel des pénalités de retard tant que les entreprises titulaires se trouvent être dans l'impossibilité de s'approvisionner dans des conditions normales et rappelle la possibilité de résilier le marché faute d'accord sur les conditions de sa poursuite.

### (3) Le cas particulier du fait du prince

La théorie du fait du Prince ne s'applique que pour des mesures prises par l'administration à titre extracontractuel. Il peut s'agir par exemple de mesures de police administrative indépendantes du contrat mais qui ont un impact sur les conditions de son exécution. Il ne s'agit pas d'un aléa économique.

L'application de la théorie du fait du Prince entraîne l'indemnisation intégrale du cocontractant par l'administration. Elle se distingue donc de la théorie de l'imprévision qui ne prévoit qu'une indemnisation partielle dans le cas d'un événement indépendant de la volonté des parties.

L'article 34.3, 2ème alinéa du CCAG Travaux 2021 contractualise cette théorie lorsque les voies publiques appartiennent au maître de l'ouvrage. Il prévoit en effet une indemnisation de l'entrepreneur en cas de surcoût imprévu en raison de modifications de la réglementation sur l'usage des voies publiques.