



Union des Professionnels
de la Dépollution des Sites.

CAHIERS DES CHARGES
ET CONTRATS POUR
LES SITES ET SOLS POLLUÉS

Tome 3 Contrat



CAHIERS DES CHARGES
ET CONTRATS POUR
LES SITES ET SOLS POLLUÉS

Tome 3 Contrat



REMERCIEMENTS

L'UPDS remercie sincèrement **tous ses adhérents** qui ont participé activement à l'élaboration de ce guide depuis 2014 : ceux qui en ont eu l'idée et qui l'ont initié, ceux qui en ont rédigé une partie, ceux qui l'ont relu. Ils se reconnaîtront.

L'UPDS remercie particulièrement **Ingrid Hamon** (GINGER BURGEAP), **Laurent Jay** (SARPI Remediation) et Christel de La Hougue (UPDS) sans la ténacité desquels ce guide n'aurait probablement jamais vu le jour.

L'UPDS remercie vivement **Maître Laure NGUYEN**, avocate associée au sein du bureau parisien du cabinet Simmons et Simmons, pour ses recommandations et conseils avisés lors de la préparation de ce guide et la société **Bleu Citron Vo** qui a réalisé le travail de mise en page.

Table des matières

PRÉAMBULE	4
Origine du guide	4
Champ d'application du troisième volet du guide	4
GÉNÉRALITÉS SUR LE CONTRAT	5
Définition du contrat	5
Contractants	6
L'objet du contrat	6
La forme du contrat ou marché	7
<i>Cas des marchés publics</i>	7
Marché "classique"	7
Marché à tranches fermes et optionnelles	7
Les accords-cadres	7
<i>Cas des marchés privés</i>	9
La durée du contrat	9
Les intervenants et interlocuteurs	9
La sous-traitance	10
<i>Définition</i>	10
<i>Déclaration de sous-traitance dans les marchés publics</i>	11
<i>Déclarations de sous-traitance en marchés privés</i>	11
<i>Paiement du sous-traitant</i>	12
Cas des marchés publics	12
Cas des marchés privés	12
Notification des marchés publics et privés	12
<i>L'Ordre de Service (OS)</i>	13
<i>Le bon de commande</i>	14
<i>Cas des marchés publics</i>	14
<i>Cas des marchés privés</i>	14
Les conditions du contrat	16
Clauses abusives	16
Éthique et responsabilité sociétale et environnementale (RSE)	16
<i>Cas des marchés publics</i>	16
<i>Cas des marchés privés</i>	16
VOLET TECHNIQUE DU CONTRAT - CLAUSES	17
Description des prestations à réaliser	17
<i>Pourquoi en parler dans le contrat ?</i>	17
<i>Conseils et exemples de clause sur les prestations à réaliser</i>	18
Données mises à disposition	18
<i>Pourquoi en parler dans le contrat ?</i>	18
<i>Quelques conseils</i>	18
<i>Exemple de clause sur les données mises à disposition</i>	19

Quantités à réaliser, à traiter ou à fournir	20
Pourquoi en parler dans le contrat ?	20
Quelques conseils	20
Exemples de clause sur les quantités à traiter, à réaliser ou à fournir	21
Objectifs de l'étude ou des travaux	22
Pourquoi en parler dans le contrat ?	22
Conseils et exemples de clause sur les objectifs	22
Fonctionnement des installations (contrat de travaux)	23
Pourquoi en parler dans le contrat ?	23
Conseils et exemples de clause sur le fonctionnement des installations	23
Mise à disposition du personnel	23
Pourquoi en parler dans le contrat ?	23
Conseils et exemples de clause sur la mise à disposition du personnel	24
Délais d'exécution	24
Pourquoi en parler dans le contrat ?	24
Conseils et exemples de clause sur les délais d'exécution	25
Les aspects santé et sécurité	25
Pourquoi en parler dans le contrat ?	25
Conseils et exemples de clause sur les aspects sécurité	26
Propriété intellectuelle	26
Pourquoi en parler dans le contrat ?	26
Conseils et exemples de clause sur la propriété intellectuelle	26
Les aspects qualité	27
Pourquoi en parler dans le contrat ?	27
Conseils	27
VOLET ÉCONOMIQUE DU CONTRAT	28
Formes des prix et contrat au forfait	28
Pourquoi en parler dans le contrat ?	28
Les prix unitaires	28
Les prix forfaitaires	29
Conseils et exemples de clauses sur les prix	30
En matière de contrat à prix unitaires	30
En matière de contrat au forfait	30
Prix fermes ou prix révisables	31
Pourquoi en parler dans le contrat ?	31
Prix initial définitif	31
Prix provisoires	31
Prix fermes	31
Prix actualisables	31
Prix révisables	31

Table des matières

<i>Conseils et exemples de clauses</i>	32
Cas des marchés publics	32
Cas des marchés privés	32
Pénalités	33
Pourquoi en parler dans le contrat ?	33
Conseils et exemples de clause sur les pénalités	33
Clauses incitatives	35
Pourquoi en parler dans le contrat ?	35
Conseils et exemples de clauses incitatives	35
Retenue de garantie	36
Pourquoi en parler dans le contrat ?	36
Conseils	37
Conditions de facturation et de paiement	37
Pourquoi en parler dans le contrat ?	37
Conseils et exemples de clause sur les conditions de facturation	37
Aléas	38
Pourquoi en parler dans le contrat ?	38
Conseils et exemples de clause sur les aléas	38
Intempéries	39
Pourquoi en parler dans le contrat ?	39
Conseils et exemples de clause sur les intempéries	40
Découverte fortuite	40
Pourquoi en parler dans le contrat ?	40
Conseils et exemples de clause sur la découverte fortuite	41
Cas de force majeure, litige, résiliation	41
Pourquoi en parler dans le contrat ?	41
Conseils et exemples de clause sur force majeure	42
LES ASSURANCES	43
Les garanties dues pendant les études ou les travaux	43
Responsabilité civile professionnelle (RCP)	43
Responsabilité civile atteinte à l'environnement (RCAE)	44
Les garanties post-contractuelles	44
Garantie décennale	44
Garantie de parfait achèvement	45

GLOSSAIRE

ACT :	Assistance apportée au maître de l'ouvrage pour la passation du Contrat de Travaux
AE :	Acte d'Engagement
AMO :	Assistant à Maîtrise d'Ouvrage
BPU :	Bordereau des Prix Unitaires
CCAG :	Cahier des Clauses Administratives Générales
CCAG-PI :	CCAG Prestations Intellectuelles
CCAG-TIC :	CCAG Techniques de l'Information et de la Communication
CCAG-FCS :	CCAG Fournitures Courantes et Services
CCAG-MI :	CCAG Marchés Industriels
CCAP :	Cahier des Clauses Administratives Particulières
CCTP :	Cahier des Clauses Techniques Particulières
CCP :	Code de la Commande Publique
CSPS :	Coordination Sécurité et Protection de la Santé
CGA :	Conditions Générales d'Achat
CGV :	Conditions Générales de Vente
DAJ :	Direction des Affaires Juridiques du ministère de l'économie.
DCE :	Dossiers de Consultation des Entreprises
DPGF :	Décomposition du Prix Global et Forfaitaire
DQE :	Détail Quantitatif Estimatif
MOA :	Maître d'Ouvrage
MOD :	Maître d'Ouvrage Délégué
MOE :	Maître d'Œuvre
OS :	Ordre de Service
PCT :	Plan de Conception de Travaux
PV :	Procès-Verbal de réception
RC :	Règlement de la Consultation
RSE :	Responsabilité Sociétale et Environnementale
SSP :	Sites et Sols Pollués
UPDS :	Union des Professionnels de la Dépollution des Sites



PRÉAMBULE

ORIGINE DU GUIDE

Ce guide de bonnes pratiques pour la rédaction des Dossiers de Consultation des Entreprises (DCE) et des contrats dans le cadre d'études et de travaux à réaliser dans le domaine des sites et sols pollués (SSP) a été élaboré par l'Union des Professionnels de la Dépollution des Sites (UPDS).

Il a pour vocation de fournir – sans pour autant prétendre à l'exhaustivité – des clés pour que les études et les travaux à réaliser dans le cadre d'un projet de réhabilitation se déroulent dans les meilleures conditions possibles. Il vise également à présenter des éclairages juridiques et contractuels sur certaines pratiques qui génèrent des risques pour l'ensemble des parties prenantes sans pour autant servir l'objectif du projet.

Ce guide trouve son origine dans le constat collectif, au sein de l'UPDS, de l'existence de difficultés rencontrées par ses membres, lors de la rédaction de cahiers des charges ou la réponse aux appels d'offres et/ou lors de la réalisation des prestations d'ingénierie et des travaux dans le domaine des SSP.

Des échanges entre l'UPDS et les représentants des maîtres d'ouvrage (MOA) ont également été l'occasion d'enrichir les réflexions et de prendre en considération les différents points de vue. Ces multiples retours d'expériences collectés auprès des acteurs du marché ont permis de mettre en lumière certains points d'attention et des axes d'amélioration sur plusieurs thématiques :

- Rôles et responsabilités ;
- Éléments techniques à intégrer dans le DCE ;
- Aléas, sujétions imprévues et vices cachés ;
- Analyse de risques projet ;
- Types de contrats ;
- Couvertures assurantielles.

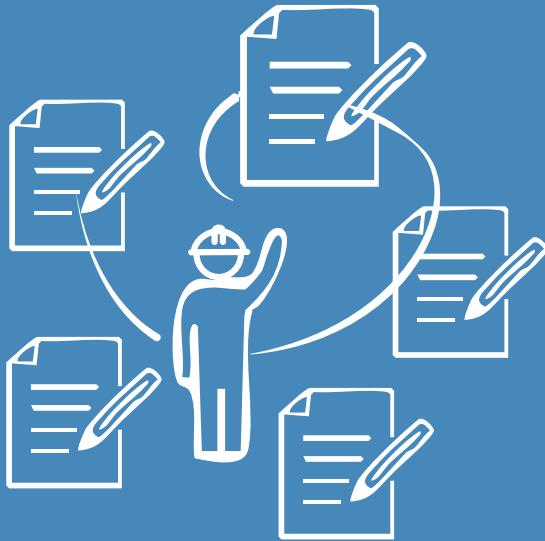
Ces retours d'expériences ont servi de base à la construction du guide, qui vise à les agréger avec un souci constant de pragmatisme et de réalisme dans la manière de traiter les sujets.

Le guide est constitué de 3 volets complémentaires les uns des autres :

- Un premier volet rappelant les définitions, ainsi que les rôles et responsabilités de chaque intervenant ;
- Un deuxième volet décrivant les bonnes pratiques à mettre en œuvre lors de la rédaction des DCE ;
- Un troisième volet concernant les bonnes pratiques lors de la rédaction des contrats.

CHAMP D'APPLICATION DU TROISIÈME VOLET DU GUIDE

Ce troisième volet du guide présente les bonnes pratiques lors de la rédaction des contrats de réalisation d'études et/ou de travaux dans le domaine des SSP. Après la présentation de généralités sur les contrats, il est expliqué, pour chaque thématique, pour quelle raison il est important de l'aborder dans le contrat ainsi que les pratiques couramment constatées. Des exemples de clauses sont proposés et l'attention du lecteur est attirée sur les risques de pratiques abusives. Les questions d'assurances sont également abordées en fin de document.



GÉNÉRALITÉS SUR LE CONTRAT

I DÉFINITION DU CONTRAT

Selon l'[article 1101 du Code civil](#) : « Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ».

Selon l'[article L1111-1 du Code de la Commande Publique \(CCP\)](#) : « un marché est un contrat conclu par un ou plusieurs acheteurs soumis au présent code avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, en contrepartie d'un prix ou de tout équivalent ».

Les marchés de travaux et ceux de services sont les plus courants dans le domaine des SSP. Ils sont respectivement décrits aux articles [L1111-2](#) et [L1111-4](#) du CCP.

Un marché public est strictement encadré par le CCP, alors qu'un marché privé ne l'est pas. Ce dernier offre une grande liberté contractuelle aux parties (celles-ci étant notamment libres de déterminer comme elles le souhaitent le contenu des clauses du contrat de même que sa forme) dans le respect toutefois des limites fixées par la loi.

Il est néanmoins assez fréquent que des MOA privés s'inspirent du formalisme des marchés publics, notamment lors de la consultation des prestataires, en mettant à leur disposition un règlement de la consultation (RC), figurant lui-même dans un DCE comprenant en particulier des références à des cahiers des clauses administratives et techniques (vocabulaire et distinction issus des marchés publics).

Dans les marchés publics, les quantités sont généralement indiquées dans les pièces de la consultation : Cahier des Clauses Techniques Particulières (CCTP), Détail Quantitatif Estimatif (DQE), Décomposition du Prix Global et Forfaitaire (DPGF). Dans les marchés privés, l'indication des quantités n'est pas systématique.

Un marché, qu'il soit public ou privé, implique des conséquences juridiques pour chacune des parties. Il convient donc de porter une attention particulière aux clauses qu'il comporte, celles-ci devant être rédigées et relues avec la plus grande attention pour éviter toute ambiguïté ou incertitude quant aux droits et obligations de chacune des parties (vectrices d'insécurité juridique) et permettre une exécution dans les meilleures conditions du contrat.

■ **CONTRACTANTS**

Un contrat est, pour reprendre la définition qu'en donne le Code Civil ([article 1101](#)), « *un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* ».

Il convient donc d'identifier clairement les co-contractants dans le contrat. Il s'agira d'y faire figurer :

- Les coordonnées de celui qui sollicite la réalisation de la prestation, dont la désignation peut varier d'un contrat à un autre (référence étant parfois faite au « MOA », au « donneur d'ordre » ou bien encore au « client » ...),
- Les coordonnées de celui (ou ceux) qui la réalise(nt), dont la désignation peut également varier selon les contrats (référence étant parfois faite au « contractant », au « prestataire » ou bien encore à l « exécutant »....).

Maître d'ouvrage

Société :	
Forme juridique :	
Siège social :	
Représenté par :	, agissant en qualité de

Contractant

Société :	
Forme juridique :	
Siège social :	
Représenté par :	, agissant en qualité de

En cas de pluralité de contractants, les éléments ci-dessus sont repris pour chaque contractant. En cas de groupements (et quel que soit le type de groupements – conjoints, solidaires), il y a lieu d'identifier chacun des membres le composant.

Dans un marché public, ces informations sont formalisées dans l'acte d'engagement (AE).

■ **L'OBJET DU CONTRAT**

L'objet du contrat confié au contractant par le MOA doit être clairement décrit dans le contrat. L'intitulé du contrat que les parties font généralement figurer en première page du texte contractuel doit être le plus en phase possible avec son contenu sachant qu'il ne peut à lui seul naturellement résumer le contenu des droits et obligations des parties, que seule l'analyse des dispositions contenues en son sein permet de pleinement appréhender. L'étendue de la mission confiée par le contrat est précisée dans la suite des documents contractuels.

I LA FORME DU CONTRAT OU MARCHÉ

→ **Cas des marchés publics**

Pour les marchés publics, le contrat peut se présenter sous forme de :

→ *Marché "classique"*

Cette forme de marché est le cas le plus simple. La consultation et le contrat concernent une prestation définie qui engage de manière réciproque l'acheteur (MOA) et le prestataire (contractant).

La nature de la prestation, le prix et les modalités d'exécution sont définis et doivent s'appliquer.

→ *Marché à tranches fermes et optionnelles*

Le marché à tranche optionnelle comprend obligatoirement une tranche ferme et une ou plusieurs tranches optionnelles (anciennement « conditionnelles ») ([articles R2113-4 à R2113-6 du CCP](#)).

Le prestataire soumissionnaire doit chiffrer et s'engager sur toutes les tranches.

L'acheteur s'engage uniquement sur la tranche ferme. La mise en œuvre de chaque tranche optionnelle est à l'appréciation de l'acheteur.

Le DCE précise la nature, le prix et les modalités de détermination et d'exécution de chaque tranche. Les tranches peuvent notamment être différentes dans la forme des prix.

Le marché à tranche optionnelle se caractérise par :

- La certitude (définition précise) des prestations à satisfaire,
- L'incertitude sur la mise en œuvre des tranches optionnelles.

À NOTER !



Dans le contexte de démarche itérative liée à la méthodologie SSP, cette approche est un **bon moyen pour conserver le même prestataire entre différentes phases**. Pour permettre une adaptation aux données des précédentes phases, la définition de la ou des tranches optionnelles doit comprendre une gamme de prestations large et diversifiée.

Une étape, avec ses résultats et éléments propres, conditionne souvent le périmètre de l'étape suivante. De ce fait, si l'on souhaite appliquer certaines tranches optionnelles avant la connaissance précise des résultats des travaux précédents, il est conseillé d'avoir plusieurs tranches optionnelles différentes, et une seule s'appliquera selon le besoin.

Cette démarche permet une continuité des prestations d'études et/ou de travaux.

→ *Les accords-cadres*

La Direction des Affaires Juridiques du ministère de l'économie (DAJ¹) définit les accords-cadres de la manière suivante : « ... l'accord-cadre est un contrat par lequel l'acheteur public s'engage à passer des marchés auprès du ou des titulaires de l'accord, pendant une période donnée, au fur et à mesure de ses besoins et pour des prestations déterminées ».

¹ [Fiche de la DAJ sur les accords-cadres](#)

Les accords-cadres présentent une différence importante avec les marchés à tranches fermes et optionnelles : ils **peuvent être mono ou multi-attributaires**.

Pendant sa durée d'exécution, l'accord-cadre est conclu avec un ou plusieurs attributaires, aucun nouveau prestataire ne peut entrer dans l'accord-cadre.

La durée des accords-cadres ne dépasse généralement pas 4 ans. Des cas particuliers peuvent être rencontrés dans la commande publique (articles **L2125-1** et **R2162-1 à R2162-6** du CCP pour les dispositions générales).

L'article **R2162-4** précise que « *les accords-cadres peuvent être conclus* :

- *Soit avec un minimum et un maximum en valeur ou en quantité* ;
- *Soit avec seulement un maximum en valeur ou en quantité* ».

Il existe deux types d'accords-cadres :

- Accord-cadre avec exécution par l'émission de bons de commande (articles **R2162-13 à R2162-14** du CCP) ;
- Accord-cadre avec exécution par la conclusion de marchés subséquents (articles **R2162-7 à R2162-12** du CCP).

Accord-cadre avec exécution par l'émission de bons de commande

L'accord-cadre avec exécution par l'émission de bons de commande est utilisé pour des achats répétitifs de prestations définies.

Ses avantages sont les suivants :

- Une seule procédure de mise en concurrence ;
- Des prix déterminés pour la durée de l'accord ;
- À l'apparition d'un besoin, grâce à un simple bon de commande, l'acheteur demande au prestataire la réalisation de prestations définies dans l'accord-cadre ;
- Une meilleure réactivité pour répondre à un besoin.

Il existe différentes méthodes d'attribution des commandes :

- La méthode dite « en cascade » : l'acheteur passe commande en priorité aux prestataires les mieux-disants (du premier au deuxième etc, etc...) ;
- La méthode dite « à tour de rôle » : l'acheteur passe commande par alternance aux prestataires attributaires ;
- ...

En tout état de cause, les modalités d'attribution des bons de commande au titulaire ou aux différents titulaires doivent être précisément définies lors de la consultation. Elles sont fixées par l'accord-cadre et doivent toujours être objectives, transparentes et non discriminatoires.

Accord-cadre avec exécution par la conclusion de marchés subséquents

La DAJ décrit l'accord-cadre avec exécution par la conclusion de marchés subséquents de la façon suivante : « ... l'accord-cadre exécuté au moyen de marchés subséquents offre la possibilité de ne pas définir, à l'avance, de manière précise, les règles qui prévaudront pour le choix du prestataire appelé à exécuter les prestations et de pouvoir mettre en concurrence les titulaires de l'accord-cadre afin de bénéficier, tout au long de l'accord-cadre, de la meilleure qualité au meilleur prix ».

Lors d'un accord-cadre avec exécution par la conclusion de marchés subséquents, à l'apparition d'un besoin, l'acheteur procède à une consultation ou remise en concurrence du ou des attributaires sur la base d'une définition précise du marché subséquent.

La remise en concurrence doit respecter 4 critères impératifs :

- Consulter par voie écrite le ou les attributaires ;
- Annoncer un délai pour la remise de l'offre ;
- Transmettre les offres par écrit sous forme papier ou sous forme dématérialisée ;
- Définir les critères d'attribution au préalable dans l'accord-cadre.



À NOTER !

Les prix annoncés dans le marché subséquent ne peuvent pas être supérieurs aux prix de l'accord-cadre. Il est en revanche possible de proposer des prix pour des prestations complémentaires lors de la consultation/remise en concurrence.

➔ Cas des marchés privés

Pour les marchés privés, le contrat se présente sous une forme assez libre.

Les marchés privés peuvent constituer :

- Des marchés classiques ;
- Des marchés à tranches fermes et optionnelles ;
- Des accords-cadres avec exécution par l'émission de bons de commande (souvent appelés, dans les contrats, par le vocable d'ordres de services (OS) spécifiques).

Des variantes peuvent également être prévues dans les marchés privés.

Les MOA peuvent référencer une sélection de prestataires qu'ils consulteront pour un type de prestation. Le référencement des prestataires par le MOA peut se baser sur les retours d'expérience (bonne ou mauvaise) intervenus précédemment, sur les compétences, les capacités techniques, les garanties financières ou assurantielles, ...

I LA DURÉE DU CONTRAT

Il est primordial de bien fixer la durée du contrat et le cas échéant les conditions de son renouvellement. La durée du contrat constitue en effet la période durant laquelle le titulaire exécute les prestations, réalise les travaux ou livre les prestations objet du marché et par conséquent la période pendant laquelle chacune des parties sera tenue par les obligations contractuelles.



À NOTER !

Durée du contrat et délais d'exécution ne doivent pas être confondus. La durée du contrat est généralement plus longue que les délais d'exécution des missions/prestations spécifiques qu'il contient.

I LES INTERVENANTS ET INTERLOCUTEURS

Il est nécessaire que soient mentionnés dans le contrat les différents intervenants concernés par son objet, c'est-à-dire ceux ayant (ou susceptibles d'avoir) des interactions avec l'une des ou les parties à ce contrat.

Quelques exemples figurent ci-dessous.

Interlocuteurs techniques :

- MOA,
- Assistant à Maître d'Ouvrage (AMO), le cas échéant.

Dans le cas des marchés de travaux :

- Maîtrise d'œuvre générale,
- Et/ou architectes,
- Et/ou Maîtrises d'œuvre spécifiques (géotechnique, structures, fluides, ...), le cas échéant.

Interlocuteurs financiers et administratifs le cas échéant :

- MOA,
- Maître d'œuvre délégué le cas échéant.

Autres intervenants :

- CSPS le cas échéant, ou responsable HSE,
- Contrôleur extérieur,
- Économiste le cas échéant,
- Etc.

I | LA SOUS-TRAITANCE

→ Définition

En France, la sous-traitance est régie par [la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975](#) dans son article 1^{er} selon la définition suivante : « *la sous-traitance est l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant, l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage* ».

À NOTER !



La norme NF X31-620 « Qualité du sol – Prestations de services relatives aux sites et sols pollués (études, ingénierie, réhabilitation de sites pollués et travaux de dépollution) » définit la sous-traitance selon les termes suivants : « *sous-traitant : personne physique ou morale liée par contrat avec le prestataire qui lui confie, sous sa responsabilité, l'exécution d'une opération, dans le respect des règles et procédures internes du prestataire, à défaut selon les exigences de ce dernier* ».

La norme NF X31-620 exige également dans sa partie 1 :

- D'informer le MOA de tout recours à la sous-traitance pour toute prestation couverte par les différentes parties de la norme ;
- De maîtriser la sous-traitance, **sans recours à de la sous-traitance en cascade**.

Elle fixe également les conditions et possibilités de recours à la sous-traitance en fonction des missions.

La clause de sous-traitance est importante, que l'on soit dans un contexte de marché public ou privé (contrat). Elle permet de fixer dans quelles conditions et selon quelles modalités précises les parties peuvent avoir recours à un tel mécanisme.

→ Déclaration de sous-traitance dans les marchés publics

Dans les marchés publics, les conditions de déclaration des sous-traitants sont clairement définies et sont d'ailleurs régulièrement exigées dès le stade de la remise de l'offre.

Aux termes de l'article 3 de la [loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975](#) et de l'article [L. 2193-10 du CCP](#) (marchés publics classiques), le titulaire n'est autorisé à sous-traiter l'exécution de certaines prestations du marché public qu'à la condition d'avoir obtenu du MOA l'acceptation des sous-traitants et l'agrément de leurs conditions de paiement.

La déclaration du sous-traitant est donc obligatoire.



À NOTER !

L'opération de sous-traitance en marché public implique l'existence de deux contrats distincts :

- Un marché public conclu entre l'acheteur (MOA) et le titulaire (prestataire) ;
- Un contrat, généralement de droit privé (de type contrat d'entreprise), qualifié de contrat de sous-traitance ou de « sous-traité », conclu entre le titulaire et le sous-traitant.

→ Déclarations de sous-traitance en marchés privés

Comme précédemment indiqué, [la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975](#) contient des dispositions qui concernent les marchés privés et, plus précisément, les contrats d'entreprise.

Le contrat d'entreprise est, en substance, un contrat par lequel une personne (le prestataire) s'oblige moyennant rémunération à accomplir de manière indépendante un travail déterminé, au profit d'une autre (le MOA) sans la représenter.

Dès lors que le contrat principal a la nature d'un contrat d'entreprise, il peut fournir la base d'une sous-traitance sans qu'il y ait à distinguer selon son objet. En particulier, il importe peu qu'il porte sur une prestation d'ordre matériel (exemple : construction d'un immeuble, travaux de dépollution) ou sur une prestation purement intellectuelle (exemple : contrat de l'architecte, du bureau d'études...).

Pour les marchés privés, le prestataire titulaire doit :

- Présenter et faire accepter chaque sous-traitant au MOA, au moment de la conclusion et pendant toute la durée du contrat ;
- Faire agréer les conditions de paiement de chaque contrat de sous-traitance par le MOA.

Ces deux formalités sont obligatoires et indissociables. Le prestataire peut en faire la demande à tout moment, de préférence par écrit pour des facilités de preuve en cas de litige, même si aucun formalisme n'est exigé par la loi.

Il est à noter que c'est donc au prestataire principal qu'il appartient de faire agréer ses sous-traitants et, pour cela, de demander l'acceptation et l'agrément au MOA.

S'agissant du MOA, pour les contrats de travaux de bâtiment et de travaux publics, il doit, s'il a connaissance de la présence sur le chantier d'un sous-traitant, mettre le prestataire principal en demeure de s'acquitter de ses obligations de déclaration en présentant ce sous-traitant.

S'il ne le fait pas, le sous-traitant perd le bénéfice de l'action directe, c'est-à-dire de la possibilité qui lui est offerte d'exercer une action directe en paiement contre le MOA.

→ **Paiement du sous-traitant**

→ Cas des marchés publics

Dans le cas des marchés publics, dès que le montant des prestations sous-traitées **dépasse 600 € TTC**, le paiement direct des sous-traitants par le MOA est **obligatoire**.

→ Cas des marchés privés

Dans le cas des marchés privés, le paiement direct des sous-traitants n'est pas une obligation. En revanche, au terme de [la loi n° 75-1334 du 31 décembre 19755](#), le sous-traitant qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par le MOA, a une action directe contre ce dernier si le prestataire principal ne paie pas, un mois après en avoir été mis en demeure, les sommes qui sont dues en vertu du contrat de sous-traitance. Toute renonciation à l'action directe est réputée non écrite.

La loi précitée instaure ce faisant un dispositif très protecteur des sous-traitants.

SOUS-TRAITANCE > LES IDÉES FORTES

Dans le contexte du métier **SSP**, la sous-traitance doit être déclarée pour assurer une conformité à la norme NF X31-620.

La déclaration de sous-traitance est obligatoire dans le cas des marchés publics.

La déclaration de sous-traitance offre le maximum de garantie pour les acteurs.

NOTIFICATION DES MARCHÉS PUBLICS ET PRIVÉS

À l'issue de la phase de consultation, le MOA opère la sélection d'un candidat et notifie le marché à ce dernier.

Par la notification, le projet de marché devient le marché et le candidat retenu devient le titulaire du marché.

La date de notification correspond à la date de prise d'effet du marché.

Les délais de réalisation et la date de démarrage des prestations sont quant à eux indiqués dans le marché.

Pour la date de démarrage des prestations, il peut s'agir :

- Soit de la date de notification du marché,
- Soit, selon le type de marché et ce qui y est précisé, de la date d'un ordre de service ou d'un bon de commande.

→ L'Ordre de Service (OS)



À NOTER !

D'après les Cahier des Clauses Administratives Générales (CCAG), un OS est un acte notifiant une décision au titulaire du marché dans les conditions prévues par ce dernier et qui doit être respecté. Les OS peuvent être émis (ceci devant aussi être précisé dans le marché) par le MOA, le MOE (cas majoritaire dans les marchés de travaux) ou un tiers représentant le MOA.

L'OS est utilisé pour :

- Communiquer officiellement des décisions administratives au titulaire telles que le démarrage des travaux, des modifications de délais, etc. ;
- Préciser les modalités d'exécution des prestations/travaux ;
- Contraindre les prestataires à exécuter correctement leurs obligations sous peine de sanctions.

Les objets possibles d'un OS sont généralement :

	Communiquer des décisions administratives au prestataire (démarrage, délais, etc.)	Préciser les modalités d'exécution de travaux au prestataire	Contraindre le prestataire à exécuter correctement ses travaux	OS sans juste rémunération des prestations supplémentaires	Modification contractuelle (ex : travaux supplémentaires)
MARCHE PUBLIC (CCAG travaux)	✓	✓	✓	✗	✓ OS suivi d'un avenant **
MARCHE PRIVE	✓	✓	✓	✗ (en théorie)	✓ Un avenant doit être réalisé

* Loi PACTE (2019) et art. L2194-3 du CCP – Pour les marchés publics, « 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 »

** La loi n°2019-486 du 22 mai 2019 (loi « PACTE » sur la croissance et la transformation des entreprises) a introduit un article L. 2194-3 dans le CCP, imposant la juste rémunération des prestations supplémentaires ou modificatives pour les marchés de travaux. Pour une mise en œuvre de ce principe, l'ensemble des Cahiers des Clauses Administratives Générales (CCAG) 2021 prévoient désormais, sur le modèle du CCAG-Travaux, que les prestations supplémentaires ou modificatives ayant une incidence financière sont demandées par l'acheteur au moyen d'un ordre de service mentionnant provisoirement les prix nouveaux retenus, après consultation du titulaire.

Ceci étant, les prestations supplémentaires ou modificatives constituent des modifications du marché en cours d'exécution, et doivent à ce titre être prescrites dans le respect des règles prévues aux articles R. 2194-1 à R. 2194-9 du CCP. Elles donnent donc lieu à un avenant.

→ **Le bon de commande**

Le bon de commande est, lui aussi, un acte d'exécution du marché unilatéral et écrit du MOA, mais son objet se limite à commander des prestations aux conditions d'exécution décrites au marché en précisant juste les quantités.

→ **Cas des marchés publics**

Lors de l'achèvement de la procédure de passation, au moment de la signature et de la notification du marché, se finalise le contrat.

Le marché notifié comprend généralement les pièces suivantes :

- Le courrier de notification,
- L'AE signé,
- Le Cahier des clauses administratives particulières (CCAP),
- Les pièces financières : à savoir le bordereau de prix unitaires (BPU) complété du DQE et/ou la DPGF,
- Le CCTP,
- L'offre du prestataire (mémoire technique) s'il s'agit d'une pièce contractuelle désignée comme telle par le DCE, ...

Vient ensuite l'OS n°1 actant le démarrage des travaux (voir § [Délais d'exécution](#) sur les délais d'exécution).

Les clauses techniques d'un contrat sont notées dans le CCTP (voire dans l'offre du prestataire en cas de contractualisation de cette offre) qui font foi.

Les autres clauses sont décrites dans le CCAP (et dans l'offre du prestataire en cas de contractualisation de cette offre).

L'ensemble de ces clauses peut aussi être réuni au sein d'un seul et unique document si une distinction entre les clauses techniques et administratives n'est pas opportune.

Le CCTP et le CCAP sont donc les deux documents primordiaux pour la définition du contrat. Ils restent généralement inchangés entre le moment de la consultation et celui de la notification. Ils peuvent néanmoins être modifiés par l'ajout de nouveaux documents annexes.

Le prestataire peut, quant à lui, apporter des modifications ou précisions techniques et contractuelles par l'intermédiaire de son offre.

L'offre du prestataire et son mémoire peuvent, ou non, être rendus contractuels. Cet état doit être indiqué dans le CCAP ou tout autre document tenant lieu de cahier de clauses particulières.

→ **Cas des marchés privés**

Le marché comprend diverses pièces, qui diffèrent d'un dossier à un autre selon la volonté des parties, la complexité du marché et la typologie des prestations à réaliser (travaux, réalisation d'une prestation intellectuelle telle qu'une étude...).

Il n'existe, en d'autres termes, pas de contenu précis et uniforme de pièces en matière de marché privé, pour autant, les documents suivants composent généralement a minima le marché :

- Un **bon de commande** accompagné de l'offre du prestataire à laquelle sont adossées ses conditions générales et techniques d'intervention (cas rencontré assez fréquemment pour des prestations telles que la réalisation **d'études**),

- Ou un **contrat** encadrant les conditions de réalisation des prestations au plan administratif (objet des prestations, prix, délai de réalisation, etc.), accompagnées d'annexes précisant en détail les caractéristiques techniques des prestations à réaliser, les conditions financières de leur réalisation (tableau récapitulant les dates et modalités précises de paiement...) et fournissant certains documents considérés comme importants par les parties (polices d'assurances, garanties bancaires, offre du prestataire...) (cas rencontré assez fréquemment pour des prestations de **travaux**).

Il est à noter que les éléments techniques d'un contrat sont fréquemment identiques à ceux qui figurent dans le cahier des charges envoyé par le **MOA** lors de la consultation des prestataires et qui sont repris dans l'offre du prestataire. Mais il arrive que ces éléments techniques soient discutés et modifiés ultérieurement dans le cadre des négociations préalables à la signature du contrat. Aussi est-il prudent, pour éviter toute ambiguïté entre les parties quant à la teneur des obligations du co-contractant du MOA, que les aspects techniques associés aux prestations à réaliser soient repris et précisément détaillés dans le document faisant office de contrat ou que ceux-ci figurent en annexe de celui-ci.

À NOTER !

Quelles que soient les pièces constitutives du contrat, il est essentiel, dans un souci de clarté, que celles-ci soient listées en son sein ou dans une de ses annexes et que, par ailleurs, leur ordre de priorité en cas de contradiction les unes avec les autres soit clairement affiché dans le contrat.



I | LES CONDITIONS DU CONTRAT

Les conditions générales de vente (CGV) (du prestataire) et d'achat (CGA) (du MOA) sont souvent différentes.

Le marché prévaut sur les CGV sauf à ce que des dispositions spécifiques viennent modifier l'ordre de hiérarchie prévu par les pièces du marché. De même, si l'acheteur signe les documents du titulaire, les CGV de ce dernier seront applicables. En pratique, les DCE prévoient généralement un ordre de priorité contractuelle qui écarte ou limite la portée des CGV.

Dans le cas des marchés privés, il est essentiel que les deux parties (prestataire et MOA) échangent et s'entendent avant la signature du contrat sur les conditions de réalisation des prestations objet du contrat. Il est également nécessaire que celles-ci soient clairement déterminées dans le contrat, dès lors que les parties sont libres d'appliquer les conditions qu'elles souhaitent et qui peuvent être soit celles proposées par le MOA, soit celles proposées par le prestataire, soit un « mixte » des deux.

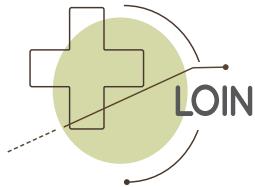


À NOTER !

Dans le cas des marchés publics, il convient d'être attentif car les CGV tacitement acceptées engagent l'acheteur public et le tiennent en tant qu'élément contractuel si les CGV ont été incluses dans le champ du contrat (CAA Nancy, 1re ch. – formation à 3, 2 avr. 2015, n° 14NC01916).

I | CLAUSES ABUSIVES

D'après l'article **L212-1 du Code de la consommation**, dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, une clause est abusive lorsqu'elle a pour objet ou effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat. La réglementation sur les clauses abusives s'applique quels que soient la nature et la forme du contrat et les produits concernés.



Pour aller plus loin : L'article **R212-1 du Code de la Consommation** liste 12 clauses « noires » qui sont interdites. L'article **R212-2 du Code de la Consommation** liste 10 clauses « grises » qui sont présumées abusives.

I | ÉTHIQUE ET RESPONSABILITÉ SOCIÉTALE ET ENVIRONNEMENTALE (RSE)

→ Cas des marchés publics

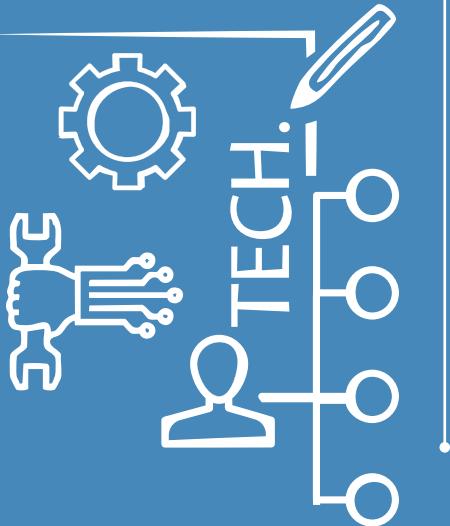
Même si le CCP prévoit la possibilité d'insérer un critère RSE dans un marché public, il faut toutefois veiller :

- À ce que ce critère soit en lien avec l'objet ;
- Aux conditions d'exécution du marché ;
- À ce que ce critère ne soit pas discriminatoire.

L'article **L.2112-2 du CCP** prévoit la prise en compte des critères RSE dans les conditions d'exécution. Il est en effet mentionné : « *Les clauses du marché précisent les conditions d'exécution des prestations, qui doivent être liées à son objet. Les conditions d'exécution peuvent prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social, à l'emploi ou à la lutte contre les discriminations* ».

→ Cas des marchés privés

Dans le cadre des marchés privés, des critères RSE peuvent être précisés dans le contrat. Une société privée a souvent une politique RSE propre à son entité et spécifique à son métier et à sa raison d'être qui, de fait, diffère de la politique RSE des autres sociétés privées. Il convient, dans un contrat, d'inclure uniquement les critères RSE qui sont en lien avec l'objet du contrat et qui peuvent être respectés par les contractants.



VOLET TECHNIQUE DU CONTRAT - CLAUSES

I DESCRIPTION DES PRESTATIONS À RÉALISER

→ Pourquoi en parler dans le contrat ?

Les prestations à réaliser sont l'objet du marché. Il est essentiel de bien les décrire pour éviter tout malentendu, toute mauvaise compréhension sur les contours et limites des droits et obligations des parties et limiter les risques de problèmes lors de l'exécution de celui-ci.

Pour les marchés d'études, il s'agit souvent des spécificités des prestations qui seront réalisées comme, par exemple : la profondeur des forages, leur diamètre, les modalités de gestion des cuttings...

Pour les marchés de travaux, il peut s'agir, par exemple, des quantités traitées ou terrassées, des critères d'acceptation dans les filières, la fourniture ou non des utilités (eau, électricité...),...

→ **Conseils et exemples de clause sur les prestations à réaliser**

Il n'est pas possible de présenter d'exemples de clause car la description des prestations à réaliser est technique et spécifique à chaque contrat.

Les bons conseils à suivre sont en particulier :

- De rappeler dans le contrat la description précise des prestations à réaliser pour éviter toute ambiguïté ;
- De faire référence au mémoire technique de l'offre présentant une description détaillée de la prestation ou d'étayer cette description par tous documents utiles (plans, schémas, photographies, etc.) ;
- De rappeler ce qui n'est pas compris dans le contrat.

À NOTER !

Pour éviter toute ambiguïté, il est important de décrire précisément dans le contrat les prestations qui doivent être réalisées mais également ce qui ne sera pas effectué.

DONNÉES MISES À DISPOSITION

→ **Pourquoi en parler dans le contrat ?**

Les données mises à disposition (études déjà réalisées sur le site, documents historiques, plans,...) sont la base de la définition d'une prestation et des contraintes qui peuvent influencer sa réalisation. Il est donc essentiel de les mentionner de manière exhaustive dans le contrat.

Elles peuvent provenir des documents et informations transmises, des constats et des échanges intervenus lors de la ou des visites du site préalablement à l'élaboration du contrat.

→ **Quelques conseils**

Il est important que l'ensemble des échanges relatifs aux données mises à disposition soit retranscrit par écrit dans des documents (notamment via des comptes-rendus pour les données recueillies lors des visites de site) et que le contrat relaie cette mise à disposition de données.

À NOTER !

Plus le contrat est clair quant au niveau de connaissance du site et de ses caractéristiques par le prestataire, et plus les risques d'une remise en cause de certains aspects du contrat se trouvent réduits.

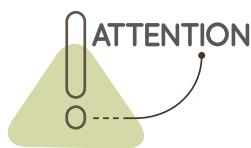
➔ **Exemple de clause sur les données mises à disposition**

Deux exemples de clauses sont proposés ci-dessous :

Exemple 1 : « Le MOA s'engage notamment à :

- Transmettre au prestataire tout document ou information dont il dispose et qui sont nécessaires à la réalisation de la mission ;
- Permettre au prestataire d'accéder au site pour la réalisation de la mission ;
- Informer le prestataire de tout fait dont il a connaissance et susceptible d'avoir une incidence sur le bon déroulement des prestations »

Exemple 2 : « Chaque Partie communiquera à l'autre, dès qu'elle en aura connaissance et de manière suffisamment documentée, toute information ou tout événement susceptible d'avoir une incidence sur le bon déroulement des Prestations ou susceptible de modifier les Prestations, de manière à permettre aux Parties de prendre toutes mesures utiles à cet effet. En conséquence, les Parties se rapprocheront pour estimer les incidences éventuelles de la réalisation de ces Prestations sur le Planning et/ou sur la durée de la Mission et définir d'un commun accord les modifications éventuelles des conditions financières et contractuelles associées ».



Risque de pratique abusive :

- Il peut être indiqué dans le contrat que le prestataire ne peut se prévaloir d'aucune réclamation au prétexte de documents mis à sa disposition qu'il jugerait incomplets. En effet, il doit en avoir pris connaissance et avoir fait part, si nécessaire, de demandes complémentaires ou remarques au moment de la consultation.
- En revanche, il ne peut pas lui être demandé d'assumer d'éventuelles modifications à venir dans l'exécution des prestations pour des raisons ou événements inconnus au stade de la consultation et non maîtrisables (ex. aléas, découvertes fortuites...), sauf si les parties conviennent d'ores et déjà que tel ou tel événement donnera lieu à un avenant au contrat.
- Une modification des données d'entrée ou l'apparition d'aléas doit conduire les parties à renégocier les termes du contrat.



■ QUANTITÉS À RÉALISER, À TRAITER OU À FOURNIR

➔ Pourquoi en parler dans le contrat ?

Selon que l'on se trouve en marché d'études ou de travaux, les quantités :

- À réaliser (nombre de visites, de réunions, de scénarios à étudier, d'ouvrages de prélèvement ou de mesures, linéaire de sondage, ...);
- À traiter (masse ou volume de sol et/ou d'eau, ...);
- À fournir (livrables);

constituent un élément dimensionnant clé du marché.

Ces quantités sont définies en nombre et en qualité.

Elles sont liées à un prix unitaire et / ou une prestation.

Elles doivent être établies par le MOA ou par le MOE (dans ce cas, au regard des résultats obtenus lors des phases d'études et fournis dans le cahier des charges).



À NOTER !

Même dans le cadre d'un engagement au forfait (présenté au § [Formes des prix et contrat au forfait](#)), les quantités ayant servi à dimensionner le forfait doivent être mentionnées dans le contrat.

➔ Quelques conseils

Dans le cadre des marchés de travaux, les documents contractuels doivent décrire comment seront mesurées les quantités :

- Par quel moyen (bascule de pesée sortie de chantier / réception en centre de traitement, constat contradictoire entre le prestataire et le MOA ou son représentant, mesure avec un débit-mètre, etc.) ?
- Avec quelle unité ?
 - m³ de sol en place, m³ de sol foisonné, tonnage pesé,
 - volume d'eau en m³, volume d'air,
 - mètre linéaire,
 - ...
- Par quel acteur (Prestataire / MOE / Géomètre) ?
- Sur la base de quel(s) support(s) de suivi (Bsd/constat contradictoire etc..) ?

Pour l'évacuation des terres ou des eaux en centre de traitement, il est préférable d'utiliser la tonne comme unité. En effet, ces centres de traitement sont souvent équipés de pont-bascule contrôlé par l'administration dont les pesées font foi. De plus, lorsqu'une taxe s'applique à la filière, elle est basée sur la tonne.

L'utilisation d'un intervalle de valeurs pour exprimer les quantités peut permettre de prendre en compte certaines incertitudes attachées à ces quantités :

- Variabilité géométrique (interprétation des données analytiques, extensions, etc.) ;
- Variabilité densimétrique (incertitudes géologiques).

La notion de quantité peut se présenter sous une forme particulière, notamment dans les marchés concernant les traitements in-situ, par le terme « **d'emprise de la pollution** ». Ce terme d'emprise de la pollution se retrouve souvent dans des cartographies ou plans où sont dessinées des surfaces (sans ou avec des profondeurs associées permettant de quantifier des volumes). Ces surfaces sont souvent définies sur la base des concentrations en polluants et font apparaître les zones sources (ou de pollution concentrée) et les zones impactées via la diffusion à partir de la

zone source. Pour éviter toute difficulté lors de la réalisation des travaux, il est indispensable que ces emprises ou surfaces soient correctement géoréférencées à partir de points de sondages et quantifiées (via des mailles, par exemple) dans le contrat en m^2 et en m^3 (avec la profondeur ou la hauteur des horizons concernés).

À NOTER !



Le contrat doit décrire comment, par qui, avec quelle unité et sur la base de quel support les quantités seront mesurées.

→ Exemples de clause sur les quantités à traiter, à réaliser ou à fournir

Les clauses suivantes sur les quantités à traiter, à réaliser ou à fournir sont proposées à titre d'exemple.

Pour les études :

« Le présent contrat est basé sur les quantités définies dans l'offre de prix des prestations (référence XXX) approuvée par le MOA ».

Pour les travaux :

« Le présent contrat est basé sur la quantité suivante : XXXX, qui a servi de référence à l'offre de prix de traitement des terres. Cette prestation inclut toutes les fournitures et sujétions relatives :

- À la maintenance et au suivi de la prestation,
- À l'encadrement de l'opération par les opérateurs du prestataire,
- Aux mesures et analyses nécessaires.

Au-delà d'une fourchette de variation de $\pm 10\%$ de la quantité de terres estimée, la plus ou moins-value sur le prix unitaire par lot de XX en plus ou en moins indiquée au bordereau des prix sera appliquée. Seul le poste « YYYY » pourra faire l'objet d'une facturation complémentaire.

En cas de variation :

- Cette plus ou moins-value comprend :
 - lister les prestations incluses,
- Ne comprend pas :
 - lister les prestations exclues... »

Cette clause est équilibrée car elle fixe les modalités de révision des prix liées aux variations de quantités.



■ OBJECTIFS DE L'ÉTUDE OU DES TRAVAUX

➔ Pourquoi en parler dans le contrat ?

Les objectifs sont liés à la prestation à réaliser et décrits dans le DCE ou cahier des charges. Il convient de les préciser dans le contrat.

Dans le contrat, les clauses relatives au respect des objectifs peuvent concerner :

- Les aspects techniques qui sont précisés dans le mémoire technique ou l'offre ;
- Les conditions applicables, le cas échéant, en cas de non atteinte des objectifs avec les aspects de délai et durée ainsi que les aspects financiers ;
- Les modalités de contrôle des objectifs (dans le cas de travaux notamment).



À NOTER !

Il est conseillé de préciser les conditions applicables en cas de non atteinte des objectifs. Toutefois, la non-atteinte des objectifs ne peut pas se traduire par une absence totale de rémunération. En revanche, des pénalités ou une réfaction peuvent s'appliquer.

En effet, les études et/ou travaux réalisés doivent être conformes aux spécifications techniques du CCTP. Le non-respect des spécifications techniques et des objectifs fixés au contrat peut conduire, le cas échéant, à l'application de pénalités contractuelles.

Dans le cas des marchés publics, il peut y avoir une réfaction telle que définie dans les CCAG 2021 (à l'exception du CCAG-Travaux), qui est une décision prise par l'acheteur. Elle consiste à réduire le montant des prestations à verser au titulaire lorsque les prestations fournies ne satisfont pas entièrement aux prescriptions du marché, mais qu'elles peuvent tout de même être admises en l'état.

➔ Conseils et exemples de clause sur les objectifs

Pour les études :

« Le prestataire s'engage à mettre en place les moyens nécessaires au respect de la date de remise des livrables exigée par le MOA ».

Pour les travaux :

Exemple 1 : « Le prestataire s'engage à atteindre X % d'abattement en concentration moyenne sur l'ensemble des ouvrages (à définir et nommer), et individuellement X % au minimum. Les objectifs d'abattement ne seront pas calculés sur les ouvrages les moins impactés »

Exemple 2 : « A l'échéance, le prestataire s'engage à poursuivre les travaux sur une durée maximale de X mois, et de fait le délai d'exécution sera prolongé d'une durée équivalente à ce délai de X mois de poursuite des travaux ».

Exemple 3 : « L'atteinte du résultat est prévue le xxxx. À cette échéance, le prestataire poursuivra les travaux moyennant son accord exprès ainsi qu'un accord des parties sur le prix et les délais de réalisation ».



- La définition d'objectifs excessifs ou inatteignables peut conduire les prestataires soit à décliner si les risques sont trop importants, soit à surévaluer le prix pour intégrer le risque au détriment du MOA.
- Pour les travaux, cette situation est normalement évitée via la réalisation d'un PCT en bonne et due forme.

I FONCTIONNEMENT DES INSTALLATIONS (CONTRAT DE TRAVAUX)

→ Pourquoi en parler dans le contrat ?

Lors de la mise à disposition d'une unité de traitement sur un site, le fonctionnement de l'installation peut être primordial ; c'est le cas notamment lors d'opérations de pompage et de traitement d'eaux souterraines au droit d'une barrière hydraulique. Ce fonctionnement est le garant d'une protection environnementale. Une garantie de fonctionnement est alors logique et nécessaire.

Le fonctionnement se mesure par un taux de fonctionnement selon des critères de temps et de capacité.

Un autre aspect peut être contractualisé pour le fonctionnement. Il s'agit du délai d'intervention en cas de panne ou d'arrêt. L'intervention peut se faire sur le site au droit de l'installation de traitement ou à distance par télégestion.

Des conditions de disponibilité de pièces de rechange sur site peuvent être également notifiées dans les contrats. Dans cette hypothèse, le stockage de pièces de rechange réservées pour un contrat spécifique doit faire l'objet d'une rémunération, puisque ces pièces sont immobilisées pour les besoins du contrat.

→ Conseils et exemples de clause sur le fonctionnement des installations

Exemple 1 : « Les dispositifs de traitement devront fonctionner 90 % du temps normal de fonctionnement nécessaire à la réalisation des travaux.

$$Tnf = Tt - Tm - Dc$$

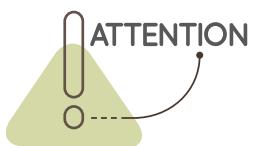
Tnf : Temps normal de fonctionnement

Tt : Temps total

Tm : Temps de maintenance habituel

Dc : Durées des coupures d'alimentation en énergie par un réseau public.

Le dispositif de traitement doit être équipé d'un système de comptage horaire permettant de contrôler la durée effective de fonctionnement ».



Un fonctionnement continu 24h/24 ne peut pas être exigé car des aléas peuvent survenir et la maintenance des installations nécessite souvent des arrêts. Sauf si l'ensemble des éléments de l'installation est doublé et équipé de système d'alimentation de secours avec gestion automatisée.

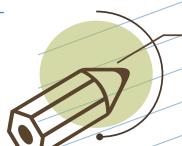
I MISE À DISPOSITION DU PERSONNEL

→ Pourquoi en parler dans le contrat ?

La mise à disposition du personnel concerne essentiellement le personnel qui gère le chantier ou qui suit la réalisation des investigations, la partie sécurité et la présence aux réunions.

Si une présence est requise, elle doit être rémunérée en précisant dans quel poste de prix elle est comprise. Le personnel intervenant pour garantir le fonctionnement d'une unité de traitement peut également être requis ; il convient d'associer les clauses liées au fonctionnement et à la mise à disposition du personnel pour avoir un contrat pertinent.

À NOTER !



La série de normes NF X31-620 relative aux prestations de services dans le domaine des sites et sols pollués (SSP), dans sa partie 1 « exigences générales », présente des niveaux d'étude et d'expérience professionnelle pour le personnel ainsi que les savoir-faire correspondant à chaque domaine.

Pour intervenir dans le domaine des SSP, le personnel mis à disposition doit respecter ces exigences de la norme.

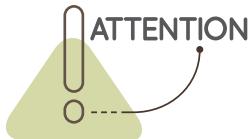
→ Conseils et exemples de clause sur la mise à disposition du personnel

« Un chef de projet est désigné à l'établissement de l'offre. En cas de changement de chef de projet, le soumissionnaire s'engage à :

- Remplacer le chef de projet par un profil de compétence et d'expérience équivalent ;
- Assurer la continuité et la passation du dossier.

Par réciprocité, le **MOA** s'engage à désigner le plus en amont possible du démarrage de projet un chef de projet le représentant. En cas de changement de chef de projet, le **MOA** s'engage à :

- Remplacer le chef de projet par un profil de compétence et d'expérience équivalent ;
- Assurer la continuité et la passation du dossier ».



- **Risque de pratique abusive** : Il peut être exigé du prestataire qu'il remplace toute personne à compétence et expérience équivalente. Il peut même lui être infligé des pénalités s'il ne respecte pas cette clause.
Mais cela doit être spécifié dès la consultation.
➤ Il n'est en revanche pas acceptable de lui imposer une pénalité du seul fait de ce changement.

I DÉLAIS D'EXÉCUTION

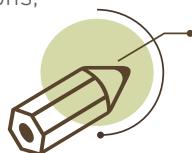
→ Pourquoi en parler dans le contrat ?

Le délai d'exécution correspond au temps défini pour la réalisation d'une mission ou d'une prestation.

Le délai d'exécution peut être de deux types :

- Soit il est défini par une date libératoire : à telle date, le site doit être libre pour la réalisation de nouvelles activités indépendantes de l'objet du marché. Cette date libératoire permet de calculer le délai d'exécution pour l'ensemble des prestations, y compris l'aménée et repli des installations ;
- Soit il correspond à un temps défini pour réaliser une prestation ou pour atteindre un objectif.

Des exemples de clauses concernant ce deuxième cas sont présentées dans le paragraphe relatif aux objectifs (§ Conseils et exemples de clause sur les objectifs, exemples 2 et 3).



À NOTER !

Le délai d'exécution peut être soumis à des étapes ou jalons de validation administrative indépendante des contractants. Ces étapes ou jalons doivent être cités et décrits dans le contrat. Il est souvent nécessaire de prévoir un point de discussion pour prendre en compte les éventuelles incidences de ces étapes ou jalons et, le cas échéant, établir un avenant au contrat.

→ Conseils et exemples de clause sur les délais d'exécution

- les clauses suivantes sont proposées :

Exemple 1 :

« Dans le cas où le MOA commanderait des prestations supplémentaires, induites par de nouvelles demandes ou par des faits nouveaux, les Parties se rapprocheront pour estimer les incidences éventuelles de la réalisation de ces prestations sur le planning et/ou sur la durée de la mission »

Exemple 2 :

« Événement susceptible de modifier les Prestations : chaque partie communiquera à l'autre, dès qu'elle en aura connaissance et de manière suffisamment documentée, tout événement susceptible de modifier les Prestations, de manière à permettre aux Parties de prendre toutes mesures utiles à cet effet.

Notamment, en cas de survenance, dans le cadre de la Mission de Réhabilitation, d'impacts ou nuisances non envisagées au préalable, de faits nouveaux ou en cas de découvertes ou situations jugées anormales, le PRESTATAIRE en informera immédiatement le MOA et définira en concertation avec le MOA les mesures nécessaires et/ou les nouvelles conditions d'exécution des Prestations ».

I LES ASPECTS SANTÉ ET SÉCURITÉ

→ Pourquoi en parler dans le contrat ?

Les aspects santé et sécurité sont souvent liés au site ou aux polluants rencontrés à l'occasion de la réalisation des prestations.

Du fait des techniques mises en œuvre et de la présence de polluants, le métier des SSP amène généralement à prendre des mesures de santé et sécurité spécifiques, qui viendront en addition des obligations usuelles qui s'appliquent en matière de santé et sécurité.

Les règles de sécurité spécifiques qui s'appliquent sur certains sites industriels peuvent également s'imposer aux prestataires. Ce point est généralement précisé dans le contrat.

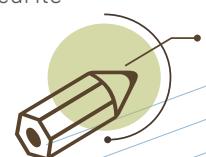
La santé et sécurité étant particulièrement importante en matière de SSP, il est courant que les exigences en matière de gestion de la sécurité figurant au contrat dépassent le cadre strict des obligations légales (DICT, plan de prévention, ...) et visent, par exemple, les obligations suivantes à la charge du prestataire :

- Obligation d'attester par tous moyens (formation, guide de pratiques internes...) de la bonne connaissance et sensibilité du prestataire en matière de santé et de sécurité au travail,
- Obligation de « moment sécurité » avant les travaux,
- Obligation de fournir les CV du personnel intervenant et de ne faire intervenir que des personnes disposant d'un niveau de qualification permettant de s'assurer du plus grand professionnalisme et sérieux dans l'appréhension des sujets sécurité...

Le respect ou non-respect de ces exigences peut parfois être associé à des bonus ou pénalités financières.

À NOTER !

Il convient de souligner que, compte tenu de leur spécificité et de leur impact fort sur les coûts de réalisation, les exigences en matière de santé et de sécurité spécifiques à l'intervention dans le domaine des SSP doivent idéalement être définies dès le stade de la consultation des prestataires, afin que les prestataires soumissionnaires puissent estimer de la façon la plus juste possible le montant de leur intervention.



→ Conseils et exemples de clause sur les aspects sécurité

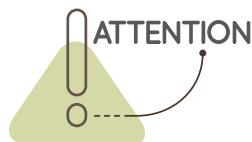
Il est difficile de proposer des clauses types pour les aspects santé et sécurité car elles restent liées au contexte du site et des travaux.

Toutefois, il est important que les clauses de santé et sécurité soient notées et communiquées à tous les intervenants du chantier et qu'elles soient réciproques, c'est-à-dire que celles du site soient appliquées par les prestataires SSP et que les règles spécifiques aux prestations SSP s'appliquent au MOA et à ses intervenants.



À NOTER !

Les règles de santé et sécurité doivent être pertinentes et en lien avec l'activité du site ainsi qu'avec les prestations réalisées.



- L'exigence d'application de règles génériques multiples non liées à l'activité du site ou aux prestations réalisées engendre une perte de sens et de priorité dans la démarche sécurité.

I PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

→ Pourquoi en parler dans le contrat ?

Dans le métier des SSP, la propriété intellectuelle concerne à la fois :

- La propriété industrielle de type brevet, marque, dessin et modèle industriel ;
- La propriété littéraire et artistique de type droits d'auteur.



À NOTER !

Il est donc indispensable de préciser les règles applicables en lien avec la propriété intellectuelle pour protéger les prestataires de l'utilisation par des tiers des droits concernés et éviter la contrefaçon et le piratage.

→ Conseils et exemples de clause sur la propriété intellectuelle

Dans le cadre d'un marché public, notamment soumis au CCAG travaux issu de l'[arrêté du 30 mars 2021](#), la propriété intellectuelle est encadrée au chapitre 6.

L'article 48 dudit CCAG, qui peut être dérogé, prévoit à cet effet dans les grandes lignes que « Le titulaire accorde au MOA les droits nécessaires pour utiliser ou faire utiliser les résultats de façon permanente ou temporaire, en tout ou partie, par tout moyen et sous toutes formes, pour les besoins et finalités d'utilisation exprimés dans les documents particuliers du marché et en toute hypothèse pour les besoins d'utilisation découlant de l'objet des prestations commandées dans le cadre du marché » mais qu'il « conserve la propriété de ses savoir-faire et méthodes utilisés pour réaliser les résultats ».

Un raccourci classique est fait entre les moyens, qui demeurent la propriété du prestataire, et les résultats, qui deviennent la propriété du MOA .

Dans les marchés privés, une clause protectrice des droits de chaque partie peut ainsi être prévue : « Sauf mention contraire, la conclusion du contrat n'empêche pas transfert des droits de propriété intellectuelle ou des droits de toute autre nature afférents aux connaissances antérieures, ou aux moyens utilisés par le prestataire (documents, matériels, logiciels, etc...) dans le cadre de la réalisation de ses Prestations.

Chaque partie au contrat reste propriétaire des droits de propriété intellectuelle ou des droits de toute autre nature portant sur les connaissances antérieures ou sur les moyens utilisés dans le cadre du contrat.

Le cas échéant, le MOA garantit être titulaire de l'ensemble des droits de propriété intellectuelle/industrielle nécessaires à l'exécution des Prestations confiées et garantit le prestataire contre toute réclamation ou action d'un tiers à ce titre ».



À NOTER !

En tout état de cause, en cas de transfert, les clauses de propriété intellectuelle doivent être rédigées avec attention au vu des spécificités du droit français (portant sur le droit moral) et de la manière dont les parties entendent appréhender les choses.

LES ASPECTS QUALITÉ

→ Pourquoi en parler dans le contrat ?

Les démarches de qualité sont indispensables à la bonne réalisation des prestations d'études ou de travaux dans le domaine des SSP. Du fait de ses aspects contrôle et amélioration continue, la qualité permet d'améliorer les résultats des prestations réalisées et de s'assurer du respect de règles essentielles.

Chaque prestataire mène et gère sa propre politique Qualité.

Il convient dans le contrat de définir les règles de gestion et de contrôle de la qualité. Cet aspect concerne également toutes les opérations de traçabilité.

Ces aspects qualité peuvent être régis par l'intermédiaire d'un SOPAQ et, pour la traçabilité des déchets dans le cadre des marchés de travaux, d'un SOGED.



À NOTER !

Pour la traçabilité des déchets et des terres excavées et sédiments, les obligations réglementaires de déclaration dans des registres doivent être décrites pour définir les rôles et devoirs de chacun des intervenants.

→ Conseils

Les aspects qualité et contrôle sont nécessaires et indispensables. Ces opérations monopolisent en effet du personnel et du temps. Il convient donc que ces moyens soient correctement identifiés et contractualisés.



VOLET ÉCONOMIQUE DU CONTRAT

FORMES DES PRIX ET CONTRAT AU FORFAIT

→ Pourquoi en parler dans le contrat ?

Il existe deux formes de prix pour les prestations d'un marché :

- Les prix unitaires appliqués aux quantités réellement livrées ou exécutées ;
- Les prix forfaitaires appliqués à tout ou partie du marché, quelles que soient les quantités livrées ou exécutées.

Au sein d'un même marché, les deux formes de prix peuvent être combinées selon la nature de la prestation à réaliser.

Dans le DCE ou cahier des charges, la forme de prix doit être indiquée pour chaque prestation.

→ Les prix unitaires

Les prix unitaires sont les prix à l'unité de prestations précisément définies dans les documents contractuels. Le prix unitaire est appliqué aux quantités livrées ou exécutées. Cette forme de prix est plutôt utilisée dans les accords-cadres de services courants à bons de commande.

Les prix unitaires restent donc une forme simple. Il est néanmoins important de définir la prestation rémunérée aux prix unitaires. **Il est également essentiel que l'unité reste cohérente avec l'objet du prix.** Par exemple, le chiffrage d'un diagnostic ne doit pas se faire à l'hectare, mais doit intégrer le détail des prestations à réaliser (mise à disposition du personnel, prélèvements, analyses, interprétation des résultats...).

Enfin, la quantité est également importante pour cette forme de prix car le prestataire définit les prix unitaires en fonction des quantités annoncées dans le DCE. La rémunération pour ces prestations se fait ensuite selon la quantité réellement livrée et exécutée, et cette quantité n'est connue qu'à la fin du marché.

→ Les prix forfaits

Le prix forfaitaire est une forme plus complexe qu'il convient de préciser et d'expliquer.

Le prix forfaitaire rémunère le titulaire pour une prestation ou un ensemble de prestations, quelles que soient les quantités réellement livrées ou exécutées.

Le prix forfaitaire ne peut pas s'appliquer pour une prestation illimitée et il n'est pas adapté aux prestations ou ouvrages dont la réalisation présente des aléas techniques importants. **Le prix forfaitaire ne convient que pour une prestation ou une somme de prestations dont la consistance forme un ensemble fini et défini.** Cette forme de prix est recommandée « lorsque l'acheteur est en mesure de définir avec précision la consistance des prestations (volume, nature et modalités) en contenu et en quantité comme dans les marchés industriels, certains marchés de travaux ou lorsque les prestations forment un ensemble cohérent et non sécable », comme, par exemple, les marchés prévoyant des prestations identiques sur plusieurs sites.



Les contours du forfait (ce qui est inclus dans le forfait et ce qui en est exclu) doivent être précisés. Certaines prestations peuvent être exclues du forfait (par exemple, la gestion des déchets, ou les obligations déclaratives de type traçabilité qui restent de la responsabilité du MOA).

Le contenu de cet ensemble est défini par des limites figurant au contrat, telles que la durée de la prestation, la surface d'intervention, le volume concerné, le type de pollution,... Le prestataire évaluera les quantités selon ses choix techniques et opérationnels pour calculer le prix forfaitaire et posera les limites.

Le contrat au forfait est couramment utilisé dans le domaine des SSP. En effet, les MOA sont tentés de recourir à ce type de contrat par souci de se protéger financièrement des aléas intrinsèques à ce métier. Mais le contrat au forfait devrait avoir pour objectif de partager les aléas entre le prestataire et le MOA.

Il paraît ici essentiel de rappeler que, pour qu'un marché à forfait se déroule bien, il est nécessaire de s'assurer côté donneur d'ordre, que l'estimation des besoins est pertinente et précise. En effet, si des prestations ou des travaux non prévus par le contrat initial se révèlent indispensables, la conclusion d'un avenant peut s'avérer nécessaire aux fins de permettre leur réalisation en contrepartie d'une rémunération du titulaire, sous réserve toutefois pour les marchés publics que la modification soit autorisée au sens des dispositions du CCP.

Quelques règles sont proposées ci-dessous pour que les partenariats entre les co-contractants restent gagnant-gagnant et que les chantiers se déroulent au mieux.

À NOTER !

Dans le cadre de la mise au point du contrat au forfait, il convient donc de rappeler que les coûts indiqués sont dépendants des quantités contractualisées.



→ **Conseils et exemples de clauses sur les prix**

→ En matière de contrat à prix unitaires

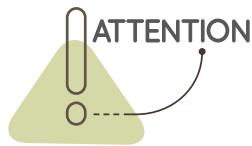
Le contrat engage sur des quantités livrées ou exécutées.

Il est important qu'un bilan des quantités réalisées ou engagées soit régulièrement actualisé et communiqué au MOA.

Il est recommandé, avant l'engagement ou la réalisation de quantité supérieure à celle du marché anticipé par le candidat dans le DQE (qui n'est pas une pièce contractuelle contrairement au BPU), d'obtenir l'accord du MOA pour valider la capacité de prise en charge financière.

→ En matière de contrat au forfait

Un forfait pour la totalité des études ? ou pour des travaux sans études complètes ?

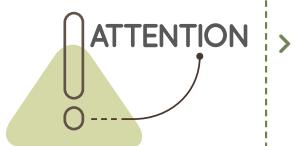


Dans le domaine des SSP, les prestataires se trouvent régulièrement face à des demandes de MOA pour un chiffrage au forfait de la totalité des études :

- > de l'étude historique et documentaire jusqu'au plan de gestion ;
- > de la réalisation des travaux de dépollution sur la base d'études incomplètes.

La méthodologie nationale de gestion des SSP est fondée sur l'aspect itératif des études. Il est donc impossible pour un prestataire de chiffrer forfaitairement la totalité des études dès le démarrage des prestations sur un site. En effet, l'étude historique aura un impact fort sur le nombre et l'implantation des sondages et sur les analyses à réaliser. Si un forfait peut être établi pour réaliser l'historique et un premier diagnostic, le contrat doit prévoir des prix au bordereau pour ajuster le dimensionnement (et donc le montant) de ce diagnostic aux résultats de l'étude historique. Par ailleurs, en fonction de la situation révélée lors du premier diagnostic, il pourra ensuite être nécessaire de réaliser un diagnostic complémentaire pour affiner les informations disponibles et les interprétations des données en vue d'estimer le plus précisément possible les quantités de sols ou d'eaux à traiter. Cette estimation précise est nécessaire pour réaliser un plan de gestion pertinent qui considérera les différentes solutions de gestion et de traitement envisageables pour le site.

Un forfait, oui, mais avec des limites :



Il ne peut pas être demandé au prestataire d'assumer au-delà d'une certaine limite, les quantités qui n'auraient pas été prévues ou qui ne pouvaient pas être anticipées au stade de la consultation.

Dans le cadre d'un marché, une prestation à prix forfaitaire est souvent associée à une DPGF que le prestataire complète avec sa liste de prix de prestations et avec ses quantités.

Cette DPGF permet dans la phase d'analyse de l'offre de juger des éléments prévus par le prestataire pour la réalisation de la prestation forfaitaire.

Si le CCAP (en cas de marché public) ou les clauses (du contrat privé) le prévoient, les prix indiqués dans la DPGF peuvent être rendus contractuels pour des commandes complémentaires.

Afin que l'approche « contrat au forfait » soit « gagnante-gagnante », il est conseillé aux MOA de prévoir dans leurs cahiers des charges et contrats, des clauses précises relatives :

- aux limites claires de ce forfait (quantités maximales...) ;
- à la réception des travaux de réhabilitation ;
- aux travaux ou prestations modifcatifs ;
- au bornage des quantités supplémentaires à x % du marché, au-delà desquels le prestataire pourra faire valoir des travaux ou prestations et rémunérations complémentaires.

La clause suivante est proposée à titre d'exemple :

« Tout forfait éventuel inclus ne s'applique qu'aux prestations telles qu'elles sont strictement décrites dans l'offre du Prestataire et dans la DPGF jointe à celle-ci, en termes de quantité, qualité, délais. Tout engagement supplémentaire ou différent, toute prestation supplémentaire ou nouvelle par rapport à ce descriptif et le dépassant de X %, est hors forfait ».

I PRIX FERMES OU PRIX RÉVISABLES

➤ Pourquoi en parler dans le contrat ?

La partie 1 de la série de normes NF X31-620 concernant les exigences générales lors de prestations de services relatives aux SSP, prévoit en partie 6.2 « contenu de l'offre de prestation » que la partie financière de l'offre des prestataires intègre « un exposé des conditions de validité du devis, de révision et d'actualisation du prix » (cf. tableau 5 de ladite norme). Tout prestataire disant appliquer cette norme doit donc respecter cet engagement.

➤ Prix initial définitif

Dans le prix initial définitif, le terme « définitif » ne correspond pas au fait que le prix ne peut pas varier, mais signifie que ce prix est calculé (défini) et déterminé selon des modalités fixées initialement dans les documents contractuels du marché. Comme indiqué à l'article [R2112-8 du CCP](#), « un prix définitif peut être ferme ou révisable ».

➤ Prix provisoires

Il existe également des prix provisoires. Il est possible de conclure des marchés à prix provisoires dans des cas exceptionnels tel qu'un caractère d'urgence impérieuse, lorsque l'exécution du marché doit commencer alors que la détermination d'un prix initial définitif n'est pas encore possible,... Ces cas ne sont pas traités dans le présent guide.

➤ Prix fermes

Un prix ferme est un prix invariable pendant la durée du marché ou contrat.
Les prix fermes sont actualisables.

➤ Prix actualisables

L'actualisation des prix ou prix actualisables concerne la variation des prix entre la date d'établissement de l'offre et la date du début des missions du prestataire.

➤ Prix révisables

Un prix révisable est un prix qui peut être modifié selon des conditions et règles définies dans le contrat, pour tenir compte de variations.

Lorsque le prix est révisable, il est nécessaire de fixer la date d'établissement du prix initial, les modalités de calcul de la révision et la périodicité de la révision.

La révision des prix peut se faire sur la base d'un ou de plusieurs indices de référence, sur tout ou partie d'un prix selon une formule de révision.

Elle se calcule entre la date d'établissement des prix et la date des situations intermédiaires (factures).



À NOTER !

La révision des prix peut s'appliquer pour des prix unitaires ou des prix forfaitaires ; et pour tous les prix ou seulement certains prix d'un marché.

→ Conseils et exemples de clauses

→ Cas des marchés publics

Pour les marchés publics, les règles concernant les prix fermes et révisables sont décrites dans les articles **R2112-7 à R2112-14** du CCP.

L'actualisation des prix pour un marché conclu à prix ferme s'applique si le délai entre la date de l'offre et la date de début d'exécution des prestations excède 3 mois. L'actualisation se fait aux conditions économiques qui étaient celles à une date antérieure de 3 mois.

L'actualisation des prix ne se fait qu'une fois selon les conditions précisées dans les clauses du marché. Pour les marchés avec plusieurs tranches, le prix de chaque tranche est actualisable de manière séparée.

Selon l'[article R2112-13 du CCP](#) : « Un marché est conclu à prix révisable dans le cas où les parties sont exposées à des aléas majeurs du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations ».

Le CCAP doit préciser si les prix sont fermes ou révisables.

Lorsque des prix sont révisables, les modalités d'application (dates et formule) de la révision doivent être inscrites dans les clauses du marché.

Un prix est soit ferme (et le cas échéant actualisable), soit révisable, pour toute la durée du marché (articles [R. 2112-8 à R. 2112-14 du CCP](#)).

Ces modalités sont exclusives l'une de l'autre pour un même prix.



À NOTER !

Seul un prix ferme peut être actualisable : le prix actualisable ne peut pas être révisé, et le prix révisable ne peut pas être actualisé.

→ Cas des marchés privés

Les marchés privés ne sont soumis à aucune règle particulière concernant l'actualisation et la révision des prix. Les parties sont libres de prévoir ce qu'elles souhaitent en la matière.

Il convient le cas échéant de proposer les conditions d'actualisation et de révision des prix dans l'offre et de les définir dans le contrat, notamment en application de la partie 1 de la série de normes NF X31-620.

I PÉNALITÉS

→ Pourquoi en parler dans le contrat ?

Comme indiqué dans la fiche « **les pénalités dans les marchés publics** » de la Direction des Affaires Juridiques (DAJ) du ministère de l'économie¹, « *les pénalités ont pour but de garantir à l'acheteur le respect par son cocontractant des stipulations contractuelles. Toute méconnaissance d'une obligation sur laquelle s'est contractuellement engagé le titulaire d'un marché public peut donner lieu à l'application de pénalités. Celles-ci visent à inciter les titulaires à respecter leurs engagements* », généralement en matière de délais d'exécution. Mais elles peuvent aussi « *être prévues pour sanctionner la méconnaissance d'autres obligations contractuelles* » (par exemple, non remise de documents, indisponibilité de matériel...).

Les pénalités doivent avoir été prévues dans les clauses du marché pour être appliquées. Si elles concernent le délai d'exécution, les dates de départ et de fin d'exécution doivent avoir été déterminées avec précision afin d'éviter tout litige. De même, les retards d'exécution doivent avoir été dûment constatés et les jours de retard décomptés précisément.

Les pénalités ne peuvent être appliquées « *que si la méconnaissance des obligations contractuelles [...] est imputable au titulaire du marché ou à l'un de ses sous-traitants* ».

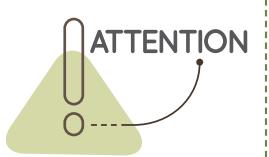
« *Indépendamment des clauses du contrat, il peut être utile d'échanger avec son co-contractant pour comprendre les causes du non-respect par celui-ci de ses engagements contractuels. [...]. Ce dialogue pourra par ailleurs être aussi l'occasion de trouver des solutions appropriées à des difficultés structurelles d'exécution de la prestation* ».

Les marchés privés s'inspirent quant à eux généralement des pratiques des marchés publics en termes de pénalités. Précision faite que dans le cadre de marchés privés, les parties sont libres de définir comme elles l'entendent les conditions et modalités d'application des pénalités et de les considérer ou non, dans le contrat, comme libératoires.

Par défaut de précision dans le contrat en la matière, les pénalités sont en principe libératoires (c'est-à-dire que le bénéficiaire des pénalités ne peut prétendre pour le préjudice subi à une réparation en plus du montant de la pénalité) dans la mesure où elles ont un caractère forfaitaire et exhaustif, et jouent un rôle de sanction/réparation.

Le fait que les pénalités soient le cas échéant indiquées comme libératoires dans le contrat ne libère toutefois pas le prestataire de réaliser les prestations faisant l'objet d'une pénalité.

→ Conseils et exemples de clause sur les pénalités



Il n'est pas rare que les projets de contrat/marché ne prévoient pas de plafonnement des pénalités. La DAJ précise à toutes fins utiles que « *des pénalités trop fortes peuvent conduire certains opérateurs à renoncer à se porter candidats ou à augmenter leur prix pour couvrir le risque encouru* ».

Comme indiqué dans la fiche « **les pénalités dans les marchés publics** » de la (DAJ) « L'application des pénalités de retard est un droit contractuel de l'administration, à l'application duquel elle peut renoncer. Ce principe trouve particulièrement à s'appliquer lorsque le titulaire du marché est une TPE ou une PME, pour lesquelles la mise en œuvre des pénalités peut avoir de lourdes conséquences financières. [...] La jurisprudence invite désormais l'acheteur à faire une application raisonnée des pénalités de retard ».

Comme indiqué au § « **Guide sur les prix pour les marchés publics** » élaboré par la DAJ dans le cadre de l'Observatoire économique de la commande publique (OECP) dont une version mise à jour a été publiée en octobre 2023, « les CCAG organisent le régime de pénalités applicables aux marchés qui s'y réfèrent (articles **19 du CCAG-Travaux**, **14 des CCAG-FCS**, **PI et TIC**, **15 du CCAG-MI** et **16 du CCAG-MOE**) et prévoient :

- Des clauses-types de pénalités ;
- L'exonération du paiement de ces mêmes pénalités lorsque leur montant total ne dépasse pas 1 000 € pour l'ensemble du marché
- Ainsi qu'un plafonnement du montant total des pénalités de retard appliquées au titulaire pendant la durée du marché à 10 % du montant total ht du marché, de la tranche considérée ou du bon de commande ».



« Afin d'encourager les titulaires de marchés publics à une meilleure réalisation des prestations objet du contrat, voire à une réalisation anticipée du marché, l'acheteur peut également faire usage du mécanisme des clauses incitatives² (prime d'avance, prime pour dépassement de performance ou clause d'intéressement) ». voir § **Clauses incitatives** page suivante.



² Source : Fiche pratique de la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie <https://www.economie.gouv.fr/daj/penalites-ds-mp-2019>

I CLAUSES INCITATIVES

→ Pourquoi en parler dans le contrat ?

Par la notion de clauses incitatives, il convient de comprendre l'octroi d'une prime ou de bonus. Le montant du marché est augmenté de la prime à verser si les conditions prévues pour en bénéficier sont réalisées.

L'objectif des clauses incitatives est que les contractants aient un intérêt positif à sa réalisation.

L'insertion de clauses incitatives dans les marchés publics est facultative. Elles peuvent être utilisées par l'acheteur public pour atteindre trois objectifs :

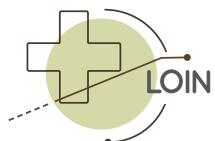
- Améliorer les délais d'exécution ;
- Rechercher une meilleure qualité des prestations ;
- Réduire les coûts de production (consommation d'énergie, ...);
- ...

Une clause incitative doit comprendre :

- Un objectif de performance défini et quantifié (ou daté) ;
- Un domaine d'application ;
- Une définition de la mesure de la performance.

La nature et les modalités de la ou des clause(s) incitative(s) doivent être décrites dans un article du CCAP.

Dans les marchés privés, les clauses incitatives peuvent être employées. Elles y sont souvent appelées « success fee ».



Pour aller plus loin :

§4.2 du « [Guide sur les prix pour les marchés publics](#) » élaboré par la DAJ dans le cadre de l'OECP, dont une version mise à jour a été publiée en octobre 2023.

→ Conseils et exemples de clauses incitatives

Comme indiqué dans le « [Guide sur les prix pour les marchés publics](#) », « plusieurs mécanismes d'incitation peuvent être prévus par l'acheteur :

- Une prime pour réalisation anticipée des prestations (ou d'avance sur le délai contractuel) ;
- Une prime pour dépassement de performances ;
- L'introduction d'une clause d'intéressement ».

« Par ailleurs, les clauses incitatives des CCAG relatives à la réalisation anticipée des prestations et à la performance financière ([Articles 15 CCAG-PI, 15 CCAG-TIC, 19.4 CCAG-Travaux, 17 CCAG MOE, 15 CCAG-FCS et 16 CCAG-MI](#)) ont été clarifiées et harmonisées afin d'en faciliter la mise en œuvre ».

En raison des différents critères qui peuvent être retenus pour l'application d'un éventuel bonus (réception anticipée, taux de performance, taux de valorisation dépassé, ...), ces clauses doivent être rédigées au cas par cas.

RETENUE DE GARANTIE

→ Pourquoi en parler dans le contrat ?

En marché public, le cadre légal des retenues de garantie est défini par les articles [R. 2191-32 à R. 2191-35 du CCP](#).

Aux termes de l'article [R2191-32](#), « *La retenue de garantie a pour seul objet de couvrir les réserves formulées à la réception des prestations du marché et, le cas échéant, celles formulées pendant le délai de garantie lorsque les malfaçons n'étaient pas apparentes ou que leurs conséquences n'étaient pas identifiables au moment de la réception* ».

Dans les marchés publics, la retenue de garantie a pour seule finalité de couvrir des réserves justifiées pendant le délai de garantie contractuel. Elle ne couvre que la reprise des malfaçons ayant fait l'objet de réserves motivées et ne peut servir à d'autres motifs tels que récupérer l'avance versée au titulaire ou lui imputer des pénalités de retard.

Les acheteurs doivent utiliser ce mécanisme uniquement pour imputer les réserves fondées, et restituer les sommes dans les délais légaux. Les titulaires sont en droit d'exiger le respect des règles de prélèvement et de remboursement prévues par les textes.



À NOTER !

Le montant de la retenue de garantie ne peut être supérieur à 5 % du montant initial du marché, augmenté, le cas échéant, du montant des modifications en cours d'exécution. Pour les marchés publics conclus par l'État et une petite et moyenne entreprise mentionnée à l'article [R.2151-13 du CCP](#), ce taux est de 3 %.

En marché privé, la mise en place des retenues de garanties par le MOA est encadrée par la [loi n°71-584 du 16 juillet 1971](#) tendant à réglementer les retenues de garantie en matière de marchés de travaux définis par l'article 1779-3 du code civil.

Au terme de cette loi, la retenue de garantie est la somme qui peut être retenue par le MOA sur les paiements des acomptes réclamés par l'entrepreneur sur la valeur du marché de travaux privés visés à l'[article 1779-3 du code civil](#), afin de satisfaire, le cas échéant, aux réserves faites à la réception par le MOA.

Les travaux concernés, définis au 3° précité de l'[article 1779 du Code-Civil](#) sont « les louages d'ouvrages et d'industrie » des « architectes, entrepreneurs d'ouvrages et techniciens par suite d'études, devis ou marchés ».

La [loi n°71-584 du 16 juillet 1971](#) précise que la retenue de garantie :

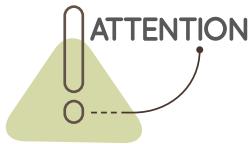
- Peut s'élever au plus à 5 % du montant des acomptes ;
- Doit être consignée par le MOA ;
- Peut ne pas être pratiquée si elle est remplacée par une caution personnelle et solidaire de l'entrepreneur, émanant d'un établissement financier (figurant dans une liste fixée par décret), pour un montant égal ;

Précision faite qu'à l'expiration d'une année à compter de la date de réception faite avec ou sans réserve, des travaux, la caution est libérée ou les sommes consignées sont versées à l'entrepreneur, même en l'absence de mainlevée, si le MOA n'a pas notifié à la caution ou au consignataire, par lettre recommandée, son opposition motivée par l'inexécution des obligations de l'entrepreneur. Sont nuls et de nul effet les clauses ayant pour effet de faire échec aux dispositions ci-dessus.

→ Conseils

La mise en place d'une retenue de garantie en marché public doit respecter le cadre légal posé par le CCP en termes de détermination du montant (i.e., taux maximal de 5 % ou de 3 % pour l'État avec les PME). Il reste possible de prévoir un plafond moindre dans les documents particuliers.

En marché privé, les clauses en matière de retenue de garantie peuvent varier selon les spécificités de chaque dossier et il est assez fréquent que dans le cas des contrats rentrant dans le champ de la loi n°71-584 du 16 juillet 1971, la clause soit assez courte, en se limitant à préciser le pourcentage de retenue de garantie applicable ou en faisant référence au recours alternatif à la caution personnelle et solidaire évoquée ci-dessus, dont le modèle est alors généralement porté en annexe du contrat.



Les pratiques en termes de retenue de garanties sont très variables et vont jusqu'à déroger parfois à la loi n°71-584 du 16 juillet 1971. Ainsi, il n'est pas rare de voir :

- Des retenues de garanties allant jusqu'à 30 % du montant des travaux ;
- Une libération des retenues de garanties sur plusieurs années, en fonction ou non de l'atteinte de différents objectifs.

Ceci doit amener à une vigilance particulière des parties lors de la négociation et rédaction du contrat et de l'acte de caution, le cas échéant.

I CONDITIONS DE FACTURATION ET DE PAIEMENT

→ Pourquoi en parler dans le contrat ?

Les conditions de facturation imposées dans certains contrats font peser une pression très importante sur la trésorerie des prestataires.

En effet, certains traitements imposent la mise en place d'importantes installations ainsi que la réalisation d'aménagements d'envergure (base vie, ouvrages, tente, équipements hors normes...). De même, certaines études nécessitent le déploiement de moyens techniques importants (sondages, analyses en laboratoire, investissements dans certains équipements de prévention particuliers,...).

Il est donc nécessaire d'avoir des conditions de facturation et une garantie de paiement dans des délais raisonnables après réalisation des prestations.

La perception d'un acompte ou d'une avance peut également être de nature à soulager l'avance de trésorerie des prestataires.

→ Conseils et exemples de clause sur les conditions de facturation

Pour les conditions de facturation, une clause de ce type (à proportionner aux caractéristiques de la prestation) peut être proposée :

- **Exemple 1** – travaux : « le prestataire facturera ses prestations selon le phasage suivant :
 - 20 % au titre d'une avance forfaitaire ;
 - 70 % au fur et à mesure de l'avancement du projet ;
 - 5 % à la fin du projet de traitement ;
 - 5 % après validation d'absence d'effet rebond ».

- **Exemple 2** – études : « le prestataire facturera ses prestations selon le phasage suivant :
 - facture d'acompte : 30 % du montant de l'offre à la commande ;
 - facture intermédiaire : 20 % à remise du livrable 1 ;
 - facture intermédiaire : 20 % à remise du livrable 2 ;
 - facture du solde : 30 % à la remise du livrable 3 ».

Il est également nécessaire d'intégrer dans le contrat une clause décrivant de façon détaillée le processus de validation des situations financières. Cette clause doit notamment préciser :

- Qui fait quoi ?
- Dans quel délai ?
- Quel est le processus de règlement des éventuels différends ?

Elle doit aussi mentionner que les éléments non contestés sont payés et préciser la manière dont les parties entendent gérer le cas d'un différend sur une situation donnée (règlement de la partie non contestée ; pour le surplus, recours éventuel à un tiers expert pour trancher la contestation, etc.).

Attention, en matière de marché public, la facturation fait l'objet de dispositions spécifiques. Les modalités de facturation et de paiement sont définies aux [articles L2192-1 à L2192-15 du CCP](#). Il convient aussi de tenir compte des dispositions des CCAP et CCAG applicables le cas échéant.

Le titulaire du marché public peut demander le paiement de ses prestations uniquement lorsqu'elles ont été réalisées et que l'acheteur a constaté qu'elles sont conformes (service fait). À réception de la facture (via la plateforme Chorus Pro), l'acheteur dispose d'un délai maximum pour effectuer le règlement qui, s'il est dépassé, donne lieu à des intérêts moratoires et une indemnité forfaitaire.

■ ALÉAS

→ Pourquoi en parler dans le contrat ?

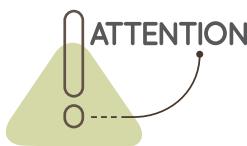
Les prestations du domaine des SSP (diagnostic et travaux) comportent par essence, une part d'aléas intrinsèques portant sur :

- La nature des polluants ;
- La nature des matrices ;
- L'emprise de la zone polluée, et donc les quantités à traiter...

Il est donc essentiel de prévoir au stade du contrat la façon dont seront gérés les potentiels aléas.

→ Conseils et exemples de clause sur les aléas

Si les limites du contrat sont bien définies (donnés d'entrée, incertitudes, dimensionnement des travaux à réaliser...), il est évident qu'un aléa susceptible de remettre en cause l'équilibre du contrat doit faire l'objet d'un échange (idéalement en amont de la signature du contrat) et de clauses précises dans le contrat. Il n'y a pas toujours de clause « aléas » dans les cahiers des charges ou dans les contrats. En revanche, les aléas liés aux intempéries (cf. § [Intempéries](#)), aux découvertes fortuites (cf. § [Découverte fortuite](#)), sont généralement mentionnés et anticipés.



- Cet invariant des marchés de dépollution conduit les MOA, MOE et leurs conseils à recourir à des clauses les dédouanant de toute responsabilité quant à la complétude des cahiers de charges.
- S'il est aisément compréhensible que l'existence quasi permanente des aléas et/ou imprécisions de tels marchés conduisent les MOA à essayer de sécuriser au maximum leurs projets au plan financier, en introduisant des clauses de transfert de responsabilité, il est tout aussi aisément compréhensible que, par réciprocité, les prestataires en charge des opérations de dépollution ne peuvent pas accepter une responsabilité sans limite sur la prise en compte de ces aléas.

En marché public, ces « aléas » sont pour ainsi dire appréhendés au travers de la notion de « cause légitime » (qui permet en cas de survenance de justifier d'un retard dans la réalisation de la prestation sans application de pénalité de retard) et de « force majeure » (qui constitue une cause exonératoire pour le titulaire).

En marché privé, ils sont pareillement appréhendés au travers de l'insertion dans le contrat de « causes légitimes » (permettant de faire obstacle à l'application de pénalités et concrètement de prolonger le délai de livraison du temps pendant lequel la cause légitime aura empêché la poursuite de la réalisation de la prestation).

Outre les aléas précités d'intempéries ou d'interventions liées à la découverte de vestiges archéologiques, il est plus que fréquent de voir dans les contrats une liste de causes légitimes plus ou moins longue et traitant de situations très diverses, en lien avec les préoccupations des parties (telles que par exemple les pénuries d'approvisionnement en matières premières rendant difficile la poursuite de tout ou partie des prestations de travaux).

Il est par ailleurs usuel que le contrat contienne des développements sur la « force majeure », dont le contenu pourra s'avérer plus ou moins exhaustif selon les contrats (certains contrats se bornant parfois à indiquer que les délais de réalisation des prestations valent hors cas de « force majeure » au sens de l'[article 1218 du Code Civil](#)).

I | INTEMPIERIES

➔ Pourquoi en parler dans le contrat ?

Le CCAG « travaux » ne donne pas de définition du contenu de la notion d'intempéries, mais procède à un renvoi au Code du travail (articles [L.5424-6](#), [L.5424-8 à 15](#) et [L.5424-18](#)). Au sens de ces articles, les intempéries sont caractérisées quand surviennent des conditions atmosphériques ou des inondations dont l'importance rend impossible ou dangereux l'accomplissement du travail.

À NOTER !



En cas d'intempéries, au sens législatif ou réglementaire en vigueur, entraînant un arrêt de travail sur le chantier, les délais d'exécution sont prolongés pour un nombre égal de jours pendant lesquels le travail a été arrêté, en décalquant, s'il y a lieu, le nombre de jours d'intempéries prévisibles indiqué au CCAP.

→ **Conseils et exemples de clause sur les intempéries**

Les prestataires de travaux dans le domaine des SSP ne sont en grande majorité pas des entreprises de travaux publics et ne cotisent pas à la caisse d'intempéries du BTP.

Pour autant, ils sont tout autant impactés par les conditions météorologiques lors de travaux de terrassement ou lors de la mise en place d'un traitement. À ce titre, un projet qui doit débuter au printemps, n'est pas le même qu'un projet qui doit l'être en hiver.

Il convient donc que les parties s'entendent sur le fait qu'une pluviométrie forte est de nature à retarder les travaux de terrassement, que des températures négatives sont de nature à impacter la mise en route d'un traitement biologique sans que cela puisse être imputable au prestataire.



À NOTER !

Il revient à cet égard aux parties de décrire très précisément dans le contrat dans quelles conditions météorologiques précises (en termes de niveau de gel, de précipitations, d'humidité du sol, de rafales de vent, de neige, de température...) il pourra y avoir suspension des délais pour la réalisation des prestations.

I DÉCOUVERTE FORTUITE

→ **Pourquoi en parler dans le contrat ?**

Dans le domaine des SSP, les découvertes fortuites sont de divers ordres et peuvent aussi bien concerner des pollutions mal identifiées que la découverte d'objets pyrotechniques, de vestiges archéologiques, etc ... Elles impliquent de facto des retards et des surcoûts, qui peuvent remettre en cause le bon déroulement des opérations, l'atteinte des objectifs voire la sécurité des intervenants et des riverains.

Il n'est pas évoqué ici la découverte fortuite de pollution dans les sols³ puisque pour la rédaction d'un contrat de dépollution, celle-ci est a priori déjà identifiée, mais plutôt de découverte non envisagée par le cahier des charges techniques du MOA qui sollicite un prestataire pour procéder à des travaux de dépollution.

Il peut s'agir de découverte de matériaux, d'ouvrages non répertoriés (cuve, réseaux...), de vestiges archéologiques, d'objets pyrotechniques, ou d'amiante qui ne pouvaient être raisonnablement décelés au stade de la consultation, mais aussi toute découverte d'une pollution non identifiée au stade du cahier des charges techniques, tout changement de choix de filière suite à un écart des pollutions réellement détectées par rapport aux teneurs mesurées lors des études

Si le risque de ces découvertes n'est pas expressément envisagé au contrat, le prestataire peut être amené à surévaluer le coût de ses prestations pour tenir compte des risques potentiels.

³ Guide relatif à la découverte fortuite de pollution dans les sols et les eaux souterraines lors de travaux - BRGM - mai 2020

→ Conseils et exemples de clause sur la découverte fortuite

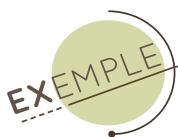
Il convient d'anticiper au maximum les conséquences de ces découvertes dans le contrat, en prévoyant en particulier les incidences qu'elles pourraient avoir sur :

- Le planning d'exécution ;
- Le coût du démantèlement, de l'immobilisation de chantier ou le coût supplémentaire de la dépollution ;
- Les limites de prestation/compétence ;
- La possibilité éventuelle, selon le cas, de renégocier certains éléments du contrat (prix, délai de réalisation des prestations etc.) ;
- Les dédommagements éventuels du prestataire à prévoir.



À NOTER !

En cas de risque de découverte fortuite ou de connaissance insuffisante du site, il est donc conseillé de prévoir des clauses particulières de gestion de ces situations et si les quantités du contrat ne sont pas sécurisées, d'envisager des tranches optionnelles ou des prix « pour mémoire ».



« En cas d'aléa, évènement ou découverte qui n'aurait pas été mis en évidence lors des diagnostics déjà réalisés sur l'emprise des travaux ou dont le prestataire n'aurait pas eu connaissance, et dont l'impact est de nature à remettre en cause le dimensionnement des travaux, les parties conviennent de se rencontrer dans les meilleurs délais pour discuter de la conclusion d'un avenant au contrat qui devra être négocié de bonne foi entre les parties, le prestataire et le MOA ».

À l'occasion de la conclusion du contrat, il peut par ailleurs s'avérer judicieux pour les parties de discuter de l'insertion éventuelle d'une clause d'imprévision dans le contrat. Précision faite qu'au sens de l'[article 1195 du Code Civil](#), l'imprévision vise stricto sensu « un changement de circonstances imprévisibles lors de la conclusion du contrat » qui « rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque ». Dans ce cas, « celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant ».

Dans le cas des marchés privés, il n'est pas rare que soit inséré dans le contrat des clauses contractuelles d'imprévision, s'écartant de la lettre de l'article 1195 susvisé.

I CAS DE FORCE MAJEURE, LITIGE, RÉSILIATION

→ Pourquoi en parler dans le contrat ?

On entend par force majeure tout événement de force majeure au sens de la loi française ainsi que les événements suivants dès lors qu'ils sont hors de contrôle et ne résultent pas d'une faute de la partie affectée par l'événement de force majeure : incendie, guerre, etc...

Les cas de force majeure, les litiges et les cas de résiliation de contrat sont gérés de la même façon dans le domaine des SSP que dans les autres domaines. Il est néanmoins essentiel d'évoquer ces points dans le contrat afin d'anticiper leur règlement dans les meilleures conditions possibles.

De la même manière, le contrat doit anticiper les événements liés à l'imprévision (voir § Découverte fortuite ci-dessus), aux changements de lois et (pour les marchés publics) au fait du Prince.

→ Conseils et exemples de clause sur force majeure

La clause suivante est proposée pour la gestion des cas de force majeure : « *Aucune des Parties ne sera tenue responsable de la non-exécution de l'une quelconque de ses obligations au titre du présent Contrat, dans la mesure où cette inexécution est due à la survenance d'un cas de force majeure.*

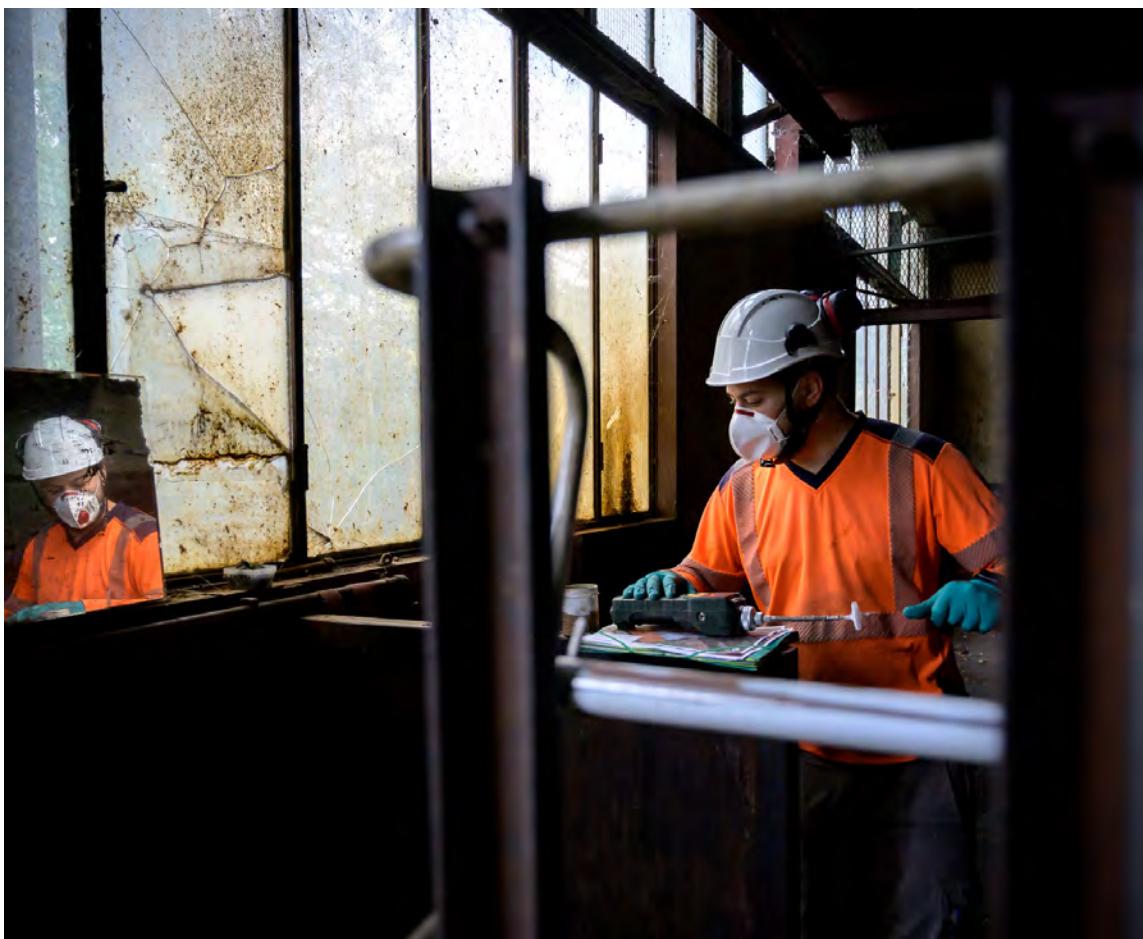
Dans le cadre du présent Contrat, il faut entendre par cas de force majeure tout évènement indépendant de la volonté des Parties qu'elles ne pouvaient raisonnablement prévoir au moment de la conclusion du Contrat et qu'elles ne pouvaient raisonnablement éviter ou surmonter.

Sont considérés comme cas de force majeure sans que cette liste soit limitative : les cataclysmes naturels (tels que les tempêtes, les cyclones, les tremblements de terre, les raz de marée, les inondations, les destructions par la foudre..), les incendies, les guerres déclarées ou non, les émeutes, les actes ou règlements émanant d'autorités publiques, civiles ou militaires, les pandémies, les actes terroristes (sabotages...).

La Partie invoquant un cas de force majeure en informera l'autre Partie dans les meilleurs délais à compter de la survenance du cas de force majeure, la renseignera sur sa durée, ses conséquences prévisibles et fera tous ses efforts pour en limiter la portée.

La survenance d'un cas de force majeure suspend les obligations de la Partie l'invoquant en proportion de l'empêchement subi. L'autre Partie sera alors également dispensée d'exécuter ses propres obligations et ce, à concurrence de l'inexécution des obligations de la Partie invoquant le cas de force majeure.

Les Parties se rencontreront dans les meilleurs délais pour convenir ensemble des mesures à prendre pour pallier les conséquences du cas de force majeure. En particulier, si le cas de force majeure entraîne l'arrêt total ou partiel du chantier, le PRESTATAIRE devra consacrer ses meilleurs efforts afin de répondre en priorité aux demandes du MAITRE D'OUVRAGE et permettre ainsi la reprise d'activité du chantier dans les meilleurs délais ».





LES GARANTIES DUES PENDANT LES ÉTUDES OU LES TRAVAUX

Les prestataires du domaine des sites et sols pollués qui travaillent en accord avec la norme NF X31-620 (partie 1 - engagement E3) sont tenus, « en cohérence avec le domaine de prestation exercée, [de] disposer d'une assurance responsabilité civile professionnelle et d'exploitation incluant spécifiquement les risques d'atteintes à l'environnement ». Les prestataires doivent communiquer les attestations correspondantes au donneur d'ordre avec leur offre de prestations (§6.2 de la partie 1 de la norme).

→ **Responsabilité civile professionnelle (RCP)**

Les professionnels du Bâtiment sont soumis à l'obligation de souscrire une assurance de responsabilité civile professionnelle (RCP) en vertu de l'article [L242-1 du code des assurances](#).

Cette assurance couvre les dommages causés à des tiers lors de l'exercice de cette activité.

Elle comprend en général les garanties suivantes :

- Frais de défense (honoraires d'experts et d'avocats)
- Dommages et intérêts :
 - dommages matériels (par exemple, bien endommagé ou détruit) ;
 - dommages immatériels (par exemple, perte financière) ;
 - dommages corporels (blessure ou décès).

Le coût de l'assurance varie en fonction du nombre de salariés et du chiffre d'affaires de la société.

→ **Responsabilité civile atteinte à l'environnement (RCAE)**

La responsabilité civile atteinte à l'environnement (RCAE) d'un exploitant est engagée en cas de dommages corporels (ingestion d'eau polluée par exemple), matériels (pollution d'un sol suite à une fuite) et immatériels (surcoût lié à l'approvisionnement en eau potable d'un quartier sinistré du fait du sinistre) subis par les tiers, résultant d'une atteinte à l'environnement consécutive à un accident imputable à son activité.

Il y a atteinte à l'environnement lorsque des dommages sont provoqués par :

- L'émission, la dispersion, le rejet ou le dépôt de toute substance solide, liquide ou gazeuse qui entraîne une contamination de l'atmosphère, des eaux ou du sol ;
- La diffusion d'odeurs, bruits, vibrations, ondes, radiations, rayonnement ou des variations de températures qui excèdent les limites autorisées.

I **LES GARANTIES POST-CONTRACTUELLES**

→ **Garantie décennale**

L'article **L. 241-1 du Code des assurances** dispose : « *Toute personne physique ou morale, dont la responsabilité décennale peut être engagée sur le fondement de la présomption établie par les articles 1792 et suivants du Code civil, doit être couverte par une assurance.* »

À l'ouverture de tout chantier, elle doit justifier qu'elle a souscrit un contrat d'assurance la couvrant pour cette responsabilité. Tout candidat à l'obtention d'un marché public doit être en mesure de justifier qu'il a souscrit un contrat d'assurance le couvrant pour cette responsabilité.

Tout contrat d'assurance souscrit en vertu du présent article est, nonobstant toute stipulation contraire, réputé comporter une clause assurant le maintien de la garantie pour la durée de la responsabilité décennale pesant sur la personne assujettie à l'obligation d'assurance ».

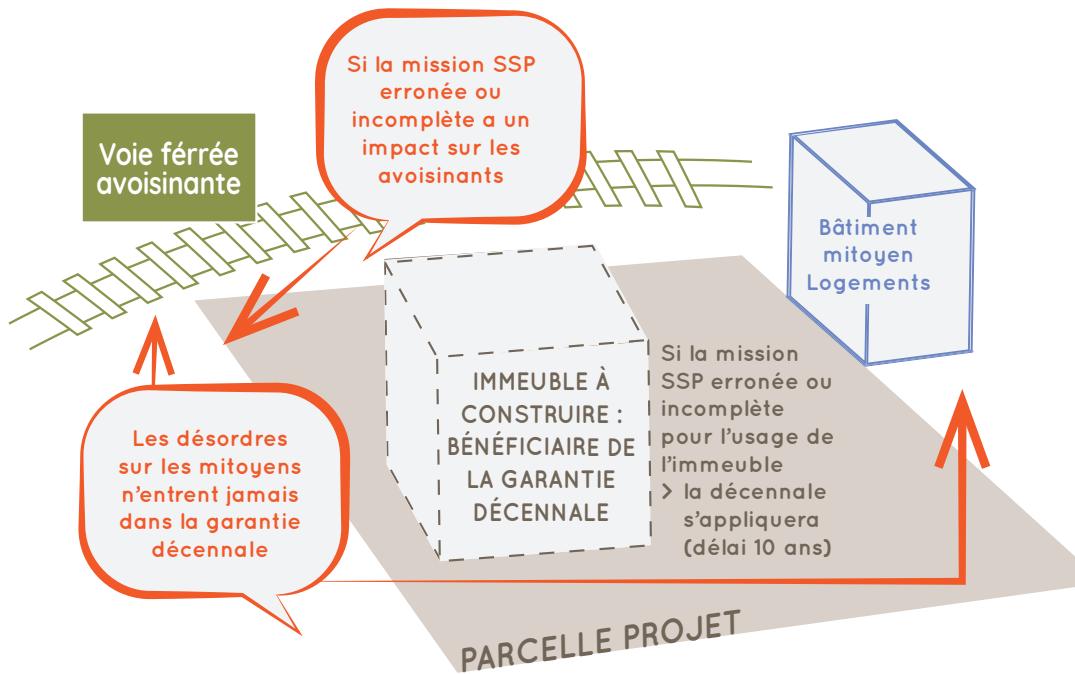
Le champ d'application de l'obligation d'assurance décennale est donc déterminé par celui de la responsabilité décennale des constructeurs elle-même.

Or le champ d'application de la responsabilité décennale est lui-même posé par les dispositions du premier alinéa de l'**article 1792 du Code civil** selon lequel : « *Tout constructeur d'un ouvrage est responsable de plein droit, envers le maître ou l'acquéreur de l'ouvrage, des dommages, même résultant d'un vice du sol, qui compromettent la solidité de l'ouvrage ou qui, l'affectant dans l'un de ses éléments constitutifs ou l'un de ses éléments d'équipement, le rendent impropre à sa destination. Une telle responsabilité n'a point lieu si le constructeur prouve que les dommages proviennent d'une cause étrangère ».* »

Ainsi, il en résulte que :

- Seuls des ouvrages construits au sens de constructions sont visés par les assurances décennales. Il s'agit d'ouvrages dits définitifs. En SSP, ceux-ci peuvent-être essentiellement des remblais techniques de fondations de route, des talus définitifs, etc.... ;
- La dépollution en elle seule ne conçoit pas d'ouvrage et donc ne rentre pas dans le champ d'application de la responsabilité décennale, sauf si la pollution est identifiée et que le prestataire SSP participe à la conception de l'ouvrage en gérant la pollution existante au niveau du RDC ou des sous-sols, ou des voies d'accès ou des aménagements paysagers. Dans ce cas de figure, le prestataire SSP sera considéré comme concepteur, et donc constructeur au sens de la garantie décennale ;
- Les excavations seules, les travaux temporaires ne sont pas visés par les garanties décennales ;

- Cette garantie ne peut en aucun cas couvrir, sur la durée, la dépollution des sols qui ne peut faire l'objet d'aucune garantie postérieurement à une réception sans réserve.



➔ **Garantie de parfait achèvement**

La garantie de parfait achèvement, visée à l'alinéa 2 de l'article [1792-6 du Code civil](#), peut quant à elle trouver à s'appliquer sur tous les types de louage d'ouvrage et notamment sur les travaux de dépollution, dès lors qu'elle ouvre un délai d'un an au MOA pour agir en responsabilité contre le prestataire à compter de la réception, que celle-ci soit prononcée avec ou sans réserve.

Elle s'étend à la réparation de tous les désordres signalés par le MOA à la réception ou par voie de notification pour ceux révélés postérieurement à la réception.

Au-delà de ce délai d'un an :

- Soit une action judiciaire a été menée par le MOA avant la date anniversaire sur le fondement des désordres non réparés ;
- Soit les désordres sont suffisamment graves pour entrer dans le cadre de la garantie décennale, lorsque les travaux effectués sont éligibles à une garantie décennale (cf § [Les garanties post-contractuelles](#) page précédente) ;
- Soit le prestataire est définitivement libéré de toute garantie contractuelle et peut prétendre au paiement de la retenue de garantie visée au § [Retenue de garantie](#) du présent guide, ou à la mainlevée de la caution personnelle donnée en contrepartie.

Dans le cas de travaux de traitement de sols et/ou d'eaux souterraines, en l'absence d'ouvrage constructif, aucune garantie post-contractuelle n'est due. En effet, ces travaux ne peuvent pas être garantis dans le temps dès lors qu'ils ont fait l'objet d'une réception sans réserve. Il est en conséquence recommandé de déroger à cette garantie post-contractuelle en insérant dans le contrat une clause d'absence de cette garantie et de veiller à faire une réception. En effet, toute mise en jeu d'une garantie alors que le contrat a été parfaitement exécuté à la date de réception serait abusive.



183, avenue Georges Clemenceau
92000 Nanterre

upds.org

création graphique : www.bleucitronvo.fr © Photographies : UPDS

