

**Société européenne du droit de la construction**  
**Conférence à Stockholm le 25 août 2006**

**L'ETHIQUE DANS LE DROIT DE LA CONSTRUCTION: REPONSES DE HUIT PAYS MEMBRES**

**A. Enoncé des principes éthiques**

Une conduite éthique demande l'adhérence aux principes éthiques suivants:

- Honnêteté – agir honnêtement et éviter toute action qui pourrait mener, directement ou indirectement, à un abus.
- Équité – ne pas chercher des bénéfices qui résulteraient directement ou indirectement d'un traitement inéquitable d'autrui.
- Compensation équitable – éviter toute action qui mènerait à une compensation inadéquate à autrui pour du travail par lui fourni.
- Fiabilité – maintenir à jour sa capacité et fournir des services uniquement dans son domaine de compétence.
- Intégrité – considérer l'intérêt public en général et en particulier celui de ceux qui utiliseront ou s'engageront dans le projet.
- Objectivité – identifier tout conflit d'intérêt potentiel et en aviser toute personne pour qui il serait néfaste.
- Responsabilité – fournir les informations et les mises en garde, dans son domaine de compétence, en ce qui concerne des circonstances qui pourraient être néfastes à autrui. Ces mises en garde sont à effectuer en temps voulu pour rendre possible la prise de mesures pour contrecarrer le préjudice potentiel.

Ces principes sont applicables à tout cadre ou membre d'une profession libérale dans l'industrie de la construction, indépendamment de sa qualification et affiliation.

**B. Le questionnaire de la société 2005-2006**

- Retenues
- Evaluation de soumissions
- Le maître de l'œuvre change d'affiliation du maître d'ouvrage à l'entrepreneur
- Équité dans l'administration du contrat
- Le devoir de l'entrepreneur de signaler les défauts de conception
- La conclusion ou la modification du contrat au gré du maître d'ouvrage

**C. Réponses reçues**

- Allemagne
- Angleterre et Pays de Galles
- Autriche
- France
- Grèce
- Pays-Bas
- Suède
- Suisse

## 1. Retenues

### Une clause de retenue, serait-elle acceptable?

- Allemagne

Oui: "Il y a couramment un accord sur ce que l'on appelle une retenue de sécurité dans le droit allemand de la construction. Normalement, les parties fixent celle-ci à cinq à dix pour cent du prix contractuel."

- Angleterre et Pays de Galles

Oui: "Au Royaume-Uni un fonds de retenues constitue un mécanisme contractuel légitime et largement accepté." "La polémique actuelle à ce sujet est provoquée non pas par ce principe mais par des abus prétendus, surtout en ce qui concerne des retards dans la libération des fonds."

- Autriche

Oui: "Le contrat standard prévoit de telles retenues [*Deckungsrücklass und Haftrücklass*]."

- France

Oui: "Une clause dans un contrat de construction peut autoriser le maître d'ouvrage à retenir au maximum cinq pour cent des sommes certifiées." "Toutefois, l'entrepreneur peut fournir une garantie ... d'un institut financier" que le maître d'ouvrage doit accepter.

- Grèce

Oui: "Le droit grec des contrats dans le secteur public stipule une retenue de cinq pour cent pour chaque certificat de paiement." De même, "ceci est normalement pratiqué aussi dans le secteur privé."

- Pays-Bas

Oui: "Une stipulation contractuelle de retenir, jusqu'à la réception de l'ouvrage, cinq pour cent de toute somme certifiée constitue une méthode de garantie généralement acceptée aux Pays-Bas."

- Suède

Oui: "Selon les Conditions Générales [de travaux] (telles *AB92*, *ABT94*, *AB04*) de telles dispositions sont acceptables."

- Suisse

Oui: "En Suisse, ce genre de stipulation fait partie du contrat standard, bien établi et largement utilisé (SIA 118 1977/91), où elle est nommée *Rückbehalt* (retenue)." "La retenue correspond à dix pour cent de la valeur en service à la fin de la période de comptabilité... Toutefois, si cette valeur dépasse 300.000 CHF la retenue sera de cinq pour cent de la valeur."

## 2. Evaluation de soumissions

### Le maître d'ouvrage, peut-il normalement prendre en considération l'attitude et les antécédents d'un soumissionnaire?

- Allemagne

Oui: "Selon le droit allemand, la fiabilité du soumissionnaire est un critère d'adjudication."

- Angleterre et Pays de Galles

Oui: "D'après mon expérience, les organismes d'Etat et autres du secteur public au Royaume-Uni prennent déjà en considération les antécédents connus des soumissionnaires."

- Autriche

Oui, selon la loi sur les marchés publics (*Vergabegesetz*), la qualité de la fiabilité (*Zuverlässigkeit*) du soumissionnaire constitue un critère valable.

- France

Non: "Les protagonistes sont protégés par le principe d'égalité. Des règles ne peuvent pas désavantager certains parmi eux."

- Grèce

Non: "Le Comité d'évaluation ne pourra considérer des critères ou facteurs non énoncés dans les documents de soumission."

- Pays-Bas

Non. Même selon la réglementation antérieure (*Aanbestedingsreglemente*), les arbitres ne permettraient pas les organismes publics de reléguer un soumissionnaire à moins que des critères spécifiques ne soient appliqués. La réglementation sur les marchés publics inspirée par l'UE en 2005 a considéré que le régime antérieur était trop subjectif.

- Suède

Oui: "Selon la loi suédoise sur les marchés publics et la jurisprudence y afférente, le résultat d'un procès contre un groupe d'évaluation sur la base légale de *Pratt Contractors v Transit New Zealand* serait probablement le même."

- Suisse

Oui, "selon ma lecture de la jurisprudence récente de la cour fédérale administrative je pense qu'il serait acceptable de prendre en considération les expériences faites, au cours d'un contrat antérieur, avec un soumissionnaire."

## 3. Le maître de l'œuvre quitte le maître d'ouvrage pour se joindre à l'entrepreneur

- Allemagne

Oui, "si un architecte ne fait qu'administrer le contrat et ainsi réussit à écarter tout conflit d'intérêt."

- Angleterre et Pays de Galles

Oui, "il y a de projets expressément conçus à cette fin."

- Autriche

Non, il ne lui serait pas possible de changer de situation.

- France

Oui, mais uniquement dans le secteur privé: "si les entrepreneurs, le maître de l'ouvrage et le bureau du maître de l'œuvre sont ... d'accord ils peuvent conclure un tel contrat." Dans le secteur public les règles de compétition imposées par le code des marchés publics n'admettraient pas un tel arrangement.

- Grèce

Oui, dans le secteur privé, bien que ce soit rare, "il n'y a pas de limites spécifiques imposées par la législation nationale en ce qui concerne la relation entre maître de l'œuvre, entrepreneur et maître d'ouvrage."

Dans le secteur public, bien que dans le droit grec "il n'y ait aucune disposition qui empêche explicitement le maître de l'œuvre initial de faire partie d'un consortium avec un entrepreneur", ceci pourrait outrepasser les principes influencés par l'UE dans le contexte des marchés publics d'une compétition équitable et authentique, d'égalité dans le traitement, de proportionnalité et de transparence.

- Pays-Bas

Non, " l'architecte/ingénieur-conseil ne devrait pas accepter un tel changement de rôle, car ceci pourrait facilement mener à un conflit d'intérêt."

- Suède

Oui, "la situation est plutôt fréquente dans les contrats clés-en-mains." "En Suède, il n'y a ni loi ni règlement qui empêcherait l'architecte/ingénieur-conseil" de travailler pour le maître de l'ouvrage et ensuite pour l'entrepreneur.

- Suisse

Oui: "Je ne pense pas que dans ce genre de dispute il puisse y avoir une argumentation sur une base déontologique."

#### **4. Équité dans l'administration du contrat**

**Le maître d'ouvrage, pourra-t-il nommer l'un de ses employés subalternes comme administrateur d'un contrat de construction traditionnel?**

- Allemagne

Oui: "L'architecte ne pourra et n'acceptera jamais d'assumer un rôle ni d'intermédiaire, ni celui d'un acteur tout à fait indépendant. Si une personne parfaitement neutre est à introduire, l'acceptation des deux parties est exigée. Ce rôle, pourtant, n'est pas, selon le droit allemand, celui de l'architecte."

- Angleterre et Pays de Galles

Non: "Cela créerait une situation impossible où la présomption et la réalité seraient que l'Ingénieur est sujet à 'des interférences du maître d'ouvrage'."

- Autriche

Oui: "En Autriche, nous ne reconnaissons pas la position typique de l'Ingénieur (selon FIDIC) comme un acteur plus ou moins neutre."

- France

Non: "La situation décrite ne pourra exister en France."

- Grèce

Oui. Le maître d'ouvrage nomme les "ingénieurs surveillants" qui suivront les travaux: "le contrôle des ouvrages est la responsabilité de l'autorité en charge du marché."

- Pays-Bas

Oui. "Ces employés sont, dans le droit néerlandais, considérés représenter le maître d'ouvrage. Alors, l'obligation d'équité, comme entre un maître d'ouvrage et un entrepreneur, ne s'applique pas, la "bonne foi" mise à part."

- Suède

Non. "Le maître d'ouvrage doit, de préférence, engager un cadre supérieur comme ingénieur/architecte/manager du projet. S'il l'omet... il peut y avoir rupture du contrat."

- Suisse

Pas de réponse.

## **5. L'obligation de l'entrepreneur de mettre en garde**

### **L'entrepreneur, est-il sous une obligation de signaler les fautes de conception de l'ouvrage?**

- Allemagne

Oui. "Selon le droit contractuel allemand dans le domaine de la construction l'entrepreneur est également sous une obligation étendue de mettre en garde et de notifier."

- Angleterre et Pays de Galles

Oui: "continuer les travaux en cas de conception erronée est, quand cela entraîne un danger physique, illégal aussi bien que non éthique."

- France

Oui, L'entrepreneur doit "signaler au maître d'ouvrage toute faute dans la conception."

- Grèce

Oui: "La législation grecque ne contient aucune disposition explicite en ce qui concerne l'obligation de l'entrepreneur de signaler au maître d'ouvrage des fautes dans la conception de l'ouvrage. Néanmoins une telle obligation a été considérée écouler des articles 691 et 699 du code civil grec, et elle est regardée constituer une obligation secondaire (accessoire) pour l'entrepreneur."

- Pays-Bas

Oui: "L'entrepreneur est sous une obligation de mettre en garde contre les imperfections dans les choses prescrites ou mises à sa disposition par le maître d'ouvrage, mais les rôles peuvent être inversés si le niveau d'expertise, de connaissances et d'engagement du maître d'ouvrage est suffisamment élevé."

- Suède

Oui. Selon les contrats standard *AB* les parties sont obligées de "se tenir réciproquement informées en ce qui concerne les circonstances qui peuvent être considérées avoir un impact significatif sur les ouvrages." Toutefois, ceci ne s'applique qu'au cas "où l'entrepreneur découvre le défaut, et il n'a aucune obligation d'examiner et notifier."

- Suisse

Oui, "l'entrepreneur est sous une obligation d'attirer l'attention du maître d'ouvrage aux défauts dans la conception" dans la mesure où il les découvre.

## **6. Résiliation ou modification au gré du maître d'ouvrage**

### **Le maître d'ouvrage, joue-t-il d'un pouvoir illimité de terminer ou modifier le contrat sans avancer une raison valable?**

- Allemagne

Oui, "au fond, le maître d'ouvrage a toujours le droit de mettre fin, unilatéralement, à un contrat de construction. ... Toutefois, si la résiliation n'est pas justifiée sur une base solide, dont la démonstration incombe au maître d'ouvrage, lui seul soutiendra les conséquences financières de la résiliation avec préavis."

- Angleterre et Pays de Galles

Non, mais il serait possible d'attribuer de tels pouvoirs au maître d'ouvrage si les parties étaient vraiment d'accord là-dessus. Dans la pratique, aucun entrepreneur n'y consentirait.

- Autriche

Oui, mais si le maître d'ouvrage termine le contrat sans raison, l'entrepreneur est en droit de demander des dommages et intérêt.

- France

Non. L'article 1134 du code civil français stipule qu'un contrat ne peut être révoqué que par un accord mutuel des parties, ou bien pour une cause prévue dans la loi. La liberté de contracter n'a jamais été absolue en France.

- Grèce

Non. Bien que l'article 700 du code civil grecque autorise le maître d'ouvrage à résilier un contrat de construction n'importe quand avant sa conclusion, même dans le cas où l'entrepreneur serait sans faute, "le maître d'ouvrage ne pourra exercer ce droit d'une manière abusive ou en dépit de bonne foi." Une compensation est due à l'entrepreneur si ce droit est exercé.

- Pays-Bas

Oui. L'article 7:764 du code civil néerlandais stipule que "le maître d'ouvrage pourra à tout moment résilier le contrat, dans sa totalité ou en partie."

- Suède

Oui. "Le maître d'ouvrage peut, d'une manière générale, agir à son gré, mais devra compenser l'entrepreneur."

## 7. Conclusion

- Tous les huit pays ayant répondu connaissent le mécanisme d'une retenue, et celle-ci est largement considérée acceptable si située autour de cinq pour cent. D'autres formes de sécurité peuvent être acceptées en Allemagne, France, Grèce et aux Pays-Bas.
- Il y a des différences notables en ce qui concerne l'évaluation des soumissions où l'Allemagne, l'Angleterre et le Pays de Galles, l'Autriche, la Suède et la Suisse admettent la prise en compte, lors de l'évaluation, d'expériences faites avec les attitudes et les positions prises au sujet de réclamations par un soumissionnaire. En France, en Grèce et aux Pays-Bas de telles prises en compte ne seraient normalement pas admises.
- La plupart des pays accepteraient que le maître de l'œuvre quitte le maître d'ouvrage pour se joindre à l'entrepreneur bien que des doutes persistent en Autriche et aux Pays-Bas, et en France ceci ne serait pas admis dans le secteur public.
- Quant à l'équité dans l'administration du contrat, l'Allemagne, l'Autriche, la Grèce et les Pays-Bas n'auraient pas d'objection au concept d'un employé subalterne du maître de l'ouvrage comme administrateur du contrat. Ceci poserait un problème en Angleterre et Pays de Galles, en France et en Suède.
- Dans toutes les réponses on trouve une obligation de l'entrepreneur de mettre en garde le maître de l'ouvrage bien qu'il y ait des différences dans la position de l'entrepreneur au cas où le maître de l'ouvrage négligerait cette mise en garde.
- Il y avait des différences substantielles en ce qui concerne le pouvoir du maître de l'ouvrage de mettre fin à ou modifier le contrat à son propre gré, ce pouvoir étant plus étendu en Allemagne, en Autriche, aux Pays-Bas et en Suède, bien que ce droit n'empêche nullement l'entrepreneur de demander d'être compensé.
- Les associations individuelles nationales du droit de la construction peuvent offrir des informations hautement qualifiées sur le droit de la construction dans les pays membres, et la Société européenne du droit de la construction – ESCL – jouit d'une position unique pour mener à bien des études comparatives effectuées par ses membres.