



Marchés privés

Maîtrise d'ouvrage déléguée : attention aux risques de requalification

Créé par la pratique et peu encadré,
ce contrat doit être rédigé avec rigueur.

Par Charles Delavenne, avocat associé, et Maxence Dubreucq, avocat, DLGA, société d'avocats

Face aux difficultés inhérentes au domaine de la construction, les maîtres d'ouvrage ont de plus en plus souvent tendance à vouloir s'entourer de personnes compétentes ; voire à leur déléguer un rôle qui n'est pas censé être délégué. C'est ainsi qu'est né de la pratique un contrat inédit, dont l'encadrement normatif est, sinon inexistant, pour le moins fluctuant : la maîtrise d'ouvrage déléguée. Si elle est réglementée dans les marchés publics, depuis la loi MOP du 12 juillet 1985, la maîtrise d'ouvrage déléguée n'est prévue par aucun texte s'agissant des marchés privés. De par son objet même, elle obéit alors au droit commun des mandats (articles 1984 à 2010 du Code civil).

Le contrat de maîtrise d'ouvrage déléguée privée consiste, selon la doctrine, en un mandat où le maître d'ouvrage confie à un mandataire, agissant en son nom et pour son compte, une partie de ses attributions pour la réalisation d'une opération immobilière. Le mandataire ne peut réaliser d'actes matériels, si ce n'est à titre accessoire, et ne peut disposer de la maîtrise totale de l'opération : il aide son mandant, mais ne se substitue pas à lui. Il résulte de cette absence de définition officielle de la

maîtrise d'ouvrage déléguée en droit privé une grande liberté contractuelle. Mais il faut veiller au contenu du contrat, afin d'éviter le risque de requalification.

Clauses indispensables

Un contrat différent de celui d'AMO... Tout d'abord, il faut préciser dans le contrat qu'il s'agit bien d'un mandat de représentation du maître d'ouvrage par le maître d'ouvrage délégué (MOD). Sans cette mission de représentation, le MOD se retrouverait à conclure des contrats pour le compte du maître d'ouvrage, mais pas en son nom : il s'agirait alors d'une assistance à maîtrise d'ouvrage (AMO). Dans ce cas, l'assistant à maîtrise d'ouvrage verrait sa rémunération diminuer en proportion des missions de moindre envergure qui lui sont attribuées.

... différent du contrat d'entreprise... Les missions confiées au MOD devront par ailleurs être définies précisément mais aussi de manière limitative, le mandataire ne pouvant, traditionnellement, aller « au-delà de ce qui est porté dans son mandat » (art. 1989 C. civ.). Ces missions sont classiquement de quatre ordres :

conseil juridique, gestion comptable et financière, assistance administrative et missions techniques (montage et conduite de l'opération). Ces prestations sont donc d'ordre intellectuel. Si, accessoirement, peuvent exister quelques missions d'ordre matériel, la prépondérance de ces dernières entraînera la requalification en contrat d'entreprise, soumis aux articles 1779 et suivants du Code civil (Cass. 3^e civ., 28 février 1984, n° 82-15550). Le MOD ainsi désavoué sera soumis aux responsabilités spéciales des constructeurs (articles 1792 et suivants du C. civ.).

... et différent du contrat de promotion immobilière. La définition des missions est importante également pour éviter la requalification en contrat de promotion immobilière. L'article 1986 du Code civil précise que le mandat n'est gratuit que « s'il n'y a [pas de] convention contraire ». Dans la pratique, le mandat que constitue la maîtrise d'ouvrage déléguée est très majoritairement rémunéré. Cependant, cette rémunération, généralement fixée proportionnellement au montant de l'opération, ne doit pas entraîner un transfert du risque économique de ladite opération, du maître d'ouvrage vers son mandataire. Ainsi, le MOD ne peut être tenu au respect d'une enveloppe budgétaire préétablie, incluant ou non sa rémunération ; sans quoi les parties se retrouveront dans le cadre du contrat de promotion immobilière, qui prévoit que le prix global de l'opération soit convenu (art. 1831-2 C. civ.). C'est sur ce point que s'exprime la frilosité des maîtres d'ouvrage : ils peuvent penser que le MOD aurait intérêt à dépasser la limite budgétaire, augmentant proportionnellement sa rémunération. Ce risque de dépassement peut être évité en prévoyant un plafond global à respecter mais, dans ce cas, la rémunération du MOD doit être forfaitaire.

Obligations et responsabilité

La responsabilité contractuelle. Selon le régime classique du mandat, le MOD est tenu d'exécuter sa mission conformément aux termes du contrat. S'il n'est pas lié au maître d'ouvrage par un contrat de travail (voir Cass. soc., 26 septembre 2002, n° 01-43212), le MOD est cependant tenu de respecter les instructions reçues de son mandant, étant tenu « des dommages et intérêts qui pourraient résulter de son inexécution » (art. 1991 C. civ.).

Le MOD voit sa responsabilité pour faute présumée du seul fait de l'inexécution de son mandat. Mais cette présomption tombe en cas de mauvaise exécution dudit mandat, auquel cas le maître d'ouvrage devra prouver la faute de gestion de son mandataire, l'existence d'un préjudice, et le lien de causalité (Cass. 1^e civ., 16 mai 2006, n° 03-19936). La responsabilité du MOD en cas de faute sera appliquée plus rigoureusement s'il est rémunéré dans le cadre de son mandat que s'il agit à titre gratuit (art. 1992 C. civ.). Cette rigueur moindre ne s'applique toutefois que pour l'appréciation de la faute, mais n'a aucune influence sur l'étendue de la réparation (Cass. 1^e civ., 4 janvier 1980, n° 78-41291).

Cette responsabilité contractuelle vis-à-vis du maître d'ouvrage peut exceptionnellement être engagée sur le fondement des articles 1792 à 1792-3 du Code civil : le MOD sera soumis à la responsabilité des constructeurs lorsque sa mission est assimilable à celle d'un constructeur, son contrat de mandat, mal rédigé, étant trop fortement teinté de louage d'ouvrage.

La responsabilité vis-à-vis des tiers. En principe, le MOD ne contracte avec les tiers qu'au nom et pour le compte du maître d'ouvrage. Dès lors, le MOD étant extérieur à tout contrat liant

le maître d'ouvrage à ses cocontractants, la responsabilité du mandataire vis-à-vis de ces derniers ne peut être que quasi délictuelle, tout comme sa responsabilité vis-à-vis de tout tiers à l'opération de construction (Cass. 3^e civ., 6 janvier 1999, n° 96-18690). Pour que sa responsabilité soit engagée, la preuve de sa faute, de l'existence d'un préjudice, et d'un lien de causalité entre les deux doit être rapportée (Cass. ass. plén., 6 octobre 2006, n° 05-13255). Cette responsabilité quasi délictuelle peut résulter de l'exécution du mandat qui lui a été confié, ou du dépassement de ce mandat, quand bien même ce mandat ne serait qu'apparent (Cass. 3^e civ., 12 janvier 2005, n° 03-17668).

En cas de dépassement de sa mission par le MOD, les tiers et cocontractants du maître d'ouvrage peuvent cependant se retourner contre ce dernier, s'ils parviennent à rapporter que celui-ci a ratifié, expressément ou tacitement, les actes accomplis par le MOD qui sortaient de ses attributions (art. 1998 C. civ.).

S'agissant des constructeurs, responsables de plein droit à l'encontre du maître d'ouvrage (article 1792 du Code civil) : pour engager leur responsabilité, le MOD ne peut en principe agir directement contre eux, sauf s'il a été autorisé à le faire par le maître d'ouvrage, le risque étant que, si cette faculté de recours est précisée dans le contrat de mandat, celui-ci soit requalifié de contrat de promotion immobilière (Cass. 3^e civ., 5 décembre 2007, n° 07-10806).

Les assurances à souscrire

Lorsque son contrat de mandat est bien rédigé, le MOD ne devra souscrire aucune assurance particulière, autre que les assurances - facultatives - permettant de couvrir les conséquences de sa responsabilité civile contractuelle et/ou délictuelle.

Cependant, en vertu des articles L.241-1 et suivants du Code des assurances, et 1792 et suivants du Code civil, lorsque le mandat sera rédigé de manière imprécise, le risque de requalification de ce mandat entraîne - le MOD devenant un constructeur - l'obligation de souscrire des assurances de responsabilité civile décennale et de dommages ouvrage. L'étendue de cette obligation d'assurance dépend alors directement des termes mêmes du contrat de maîtrise d'ouvrage déléguée. ●

Ce qu'il faut retenir

- ▶ Régie par la loi MOP en marchés publics, la maîtrise d'ouvrage déléguée n'est soumise à aucun encadrement spécifique en marchés privés. Elle obéit au droit commun des mandats.
- ▶ Le contrat de maîtrise d'ouvrage déléguée est avant tout un mandat de représentation du maître d'ouvrage par son délégué. Le contenu des missions doit être décrit avec précision dans le contrat, afin d'éviter tout risque de requalification en contrat d'assistance à maîtrise d'ouvrage, de louage d'ouvrage, ou de promotion immobilière.
- ▶ Le maître d'ouvrage délégué engage sa responsabilité contractuelle à l'égard du maître d'ouvrage pour inexécution ou mauvaise exécution de son contrat. Sa responsabilité quasi délictuelle peut être recherchée par les autres cocontractants du maître d'ouvrage ou par tout tiers à l'opération de construction.