Image not found or type unknown

Qu’est-ce qu’un « ordre de service » et quand est-il obligatoire ?

Fiche pratique publié le **07/05/2020**, vu **107095 fois**, Auteur : Me Bruno ROZE

L’ordre de service (OS) est le quotidien des marchés publics. Mais ses conséquences sont parfois méconnues. Aussi, il est nécessaire d'indiquer quand il doit être respecté par l’entrepreneur.

Les ordres de service ont, comme leur nom l’indique, pour fonction de donner un « *ordre* » à l’entrepreneur titulaire du marché public. Mais cette affirmation n’apporte pas beaucoup d’informations sur le contenu des ordres de service et sur leur forme. En effet, il n’est pas possible de donner n’importe quel ordre par ordre de service et celui-ci doit respecter un certain formalisme. C’est la raison pour laquelle il est nécessaire de répondre à cette question : qu’est-ce qu’un ordre de service ? (I.).

Cette question n’est pas purement théorique. Elle est même fondamentale en pratique car suivre un ordre qui n’est pas à proprement parler un ordre de service régulier peut priver l’entrepreneur de son droit à rémunération pour les travaux réalisés, tandis que refuser d’exécuter un ordre de service régulier peut conduire à la résiliation du marché public aux torts de l’entrepreneur.

Ce qui amène à répondre à cette seconde question épineuse : quand un ordre de service est-il obligatoire ? (II.).

En effet, il ne suffit pas de savoir si un ordre de service peut être contesté (voir sur ce point l’article : « *Comment contester un ordre de service ?* »). Encore faut-il déterminer s’il doit, immédiatement, être appliqué.

I. Qu’est-ce qu’un ordre de service ?

Pour pouvoir répondre de manière complète à cette question, il est nécessaire d’aborder différents points :

- La définition de l’ordre de service,
- La forme de l’ordre de service,

- Le contenu de l’ordre de service.

Ces points successifs doivent permettre de distinguer un véritable ordre de service avant d’examiner son caractère obligatoire.

- ## La définition de l’ordre de service

L’« *ordre de service* » est utilisé très anciennement dans l’exécution des marchés publics et, dès le XIX^{ème} siècle, l’on trouve cette notion dans les décisions du Conseil d’Etat se prononçant en matière contractuelle (voir, par exemple : pour un litige portant sur le prix de travaux commandés en cours d’exécution par ordre de service : CE, 10 septembre 1855, *Ministre des travaux publics c. Sieurs Troyé et Danjou*, Rec. p. 626 ; pour le délai de contestation de ces ordres : CE, 13 mars 1896, *Favril*, Rec. p. 262).

Pourtant, ce n’est ni la loi, ni la jurisprudence qui fournit la définition précise de l’ordre de service. En effet, cette notion pratique, issue des anciennes « *conditions générales* » éditées par l’administration se retrouve dans les cahiers des clauses administratives générales (CCAG).

Le CCAG « travaux » du 8 septembre 2009 la définit comme suit en son article 2 :

« *L’«ordre de service» est la décision du maître d'œuvre qui précise les modalités d’exécution de tout ou partie des prestations qui constituent l'objet du marché* ».

Les articles 2 des CCAG « propriété intellectuelle » du 16 septembre 2009 et « fournitures courantes et de services » du 19 janvier 2019 indiquent quant à eux :

« *L’«ordre de service» est la décision du pouvoir adjudicateur qui précise les modalités d'exécution des prestations prévues par le marché* ».

Ces définitions ne sont pas identiques dans leurs libellé mais le sont dans leur substance : l’ordre de service est le document qui précise les modalités d’exécution des prestations.

Autrement dit, il s’agit des documents qui viennent expliquer, préciser ou tout simplement appliquer le marché.

Copyright © 2025 Légavox.fr - Tous droits réservés

Ils ne sont donc pas supposés le modifier comme cela sera exposé plus en détails *infra* (mais il existe un certain nombre d'exceptions).

Leur utilité est donc purement pratique : permettre le démarrage de travaux, préciser une obligation ou une autre, etc.

Cette définition ne pose donc pas de difficultés particulières.

- ## La forme de l'ordre de service

Bien que le droit public et notamment le droit des marchés publics ne soit pas excessivement formaliste, il existe deux exigences formelles :

- L'ordre doit être écrit.

C'est ce que rappelle l'article 3.8.1 du CCAG « travaux ».

En effet, sa forme importe peu mais il est nécessaire qu'il y ait un écrit.

Il peut s'agir de simples plans transmis (CE. SSR. 26 juillet 2006, *Commune de Châteauponsac*, n° 269052) ou validés par le maître d'œuvre ou l'architecte (CE. SSR. 25 juin 1975, *Ville de Joigny*, n° 84979 - 93218, publiée au Recueil).

En revanche, s'il n'y a pas d'écrit, il ne peut s'agir d'un ordre de service (voir, par exemple : CE, 8 mars 1895, *Thouvenot*, Rec. p. 234 ; CE. SSR. 19 juin 1981, n° 03822, mentionnée aux tables ; CE. SSR. 19 mars 1982, n° 18632, mentionnée aux tables).

- L'ordre doit émaner de la personne compétente.

Si l'ordre écrit n'est pas donné par la personne désignée par le marché pour émettre un « *ordre de service* », alors il ne peut s'agir d'un ordre de service (CAA Paris, 13 février 2007, *SNC Dumez Ile-de-France*, n° 04PA01640).

Copyright © 2025 Légavox.fr - Tous droits réservés

Il faut donc bien vérifier quelle personne est désignée par le contrat pour émettre les ordres de service.

Il s'agit en général du maître d'œuvre pour les marchés de travaux et du maître d'ouvrage pour les autres marchés.

C'est ce que prévoient les différents CCAG mais ils ne sont pas impératifs. Il est donc courant que le marché, même en se référant à la règle prévue par les CCAG, prévoit des exceptions à cette règle.

Ainsi, en conséquence, même si le maître d'ouvrage n'a pas donné son accord à la réalisation de travaux supplémentaires, ces derniers sont regardés comme ayant été commandés par un ordre de service régulier si la commande émane de l'autorité désignée par le marché (en l'occurrence l'architecte : CE. SSR. 25 juin 1975, *Ville de Joigny*, n° 84979 - 93218, publiée au Recueil).

En dehors de ces deux règles, il n'existe pas de forme particulière pour les ordres de services.

- ## Le contenu de l'ordre de service

Comme cela ressort de sa définition, un ordre de service doit en principe se borner à « *précise[r]* » les modalités d'exécution du marché : il sert à son exécution et non à sa modification.

Toutefois, en pratique, la question est plus délicate puisque les ordres de service peuvent, dans une certaine mesure, modifier le marché public.

Toute la difficulté est donc de déterminer jusqu'où peut aller l'ordre de service.

? D'une part, le CCAG travaux mentionne un certain nombre d'hypothèses dans lesquelles il est recouru à l'ordre de service pour appliquer le marché public.

Parmi ces cas, l'on trouve notamment :

- Débloquer une tranche conditionnelle (article 11.5),

Copyright © 2025 Légavox.fr - Tous droits réservés

- Fixer des prix provisoires (articles 13.1 et 14.4),
- Notifier l'état d'acompte mensuel (article 13.2.2),
- Faire continuer les travaux au-delà du volume initialement prévu (article 15.4),
- Ordonner le démarrage des travaux (article 19.1.1),
- Ordonner des mesures pour détecter un vice de construction (article 39),
- Organiser la réception (article 42),
- Notifier le plan général d'implantation ou le plan de piquetage ou effectuer certains travaux (article 27).

Néanmoins, cette liste n'est pas exhaustive dans la mesure où les ordres de service ont une fonction générale de précision de tout point du marché qui serait obscur et de direction du chantier.

? D'autre part, et de manière générale, toute modification du marché doit en principe faire l'objet d'un avenant et non d'un ordre de service[1].

En effet, les parties se sont entendues sur certaines obligations, lesquelles ont été soumises à une procédure de passation des marchés publics et les ordres de service ne doivent pas conduire à modifier ces obligations.

Toutefois, comme souvent en matière contractuelle, les parties sont relativement libres d'organiser leurs relations et notamment d'étendre (dans un certaine mesure) le champ d'intervention des ordres de service.

Or, le CCAG « travaux » fait usage de cette liberté contractuelle et prévoit des hypothèses dans lesquelles des modifications du marché peuvent avoir lieu sans avenant, par ordre de service.

Ils peuvent ainsi, et par exemple :

- Ordonner des travaux supplémentaires ou modificatifs (article 14.1),
- Modifier les délais dans certaines hypothèses (article 19.2).

En dehors de ces cas, les ordres de services doivent respecter le marché, sauf à être privés d'effet (voir, par exemple : CAA Paris, 11 décembre 2007, *Commune de Melun c. société Shev Le Jardinier*, n° 05PA02576 ; CAA Bordeaux, 16 mai 1994, *Société Polymark France*, n° 92BX00621, mentionné aux tables sur un autre point) et les modifications doivent être décidées par avenant (voir, par exemple : CAA Bordeaux 20 février 2007, *Société d'architecture Jean-Pierre Renault*, n° 04BX01252).

Ainsi, les principes sont clairs.

Copyright © 2025 Légavox.fr - Tous droits réservés

Cependant, même les hypothèses de modification prévues par le CCAG travaux peuvent conduire à des difficultés d'application pratiques.

En effet, pour que ces modifications (travaux supplémentaires ou modificatifs) puissent être décidées par ordre de service, elles doivent remplir deux conditions :

- Les travaux supplémentaires ou modificatifs commandés par ordre de service doivent relever des travaux « *nécessaires* » à l'exécution du marché (conformément à l'article 14 du CCAG travaux),
- Les modifications doivent respecter le droit des marchés publics. En effet, même les travaux nécessaires peuvent devoir donner lieu à une nouvelle mise en concurrence. Or, si celle-ci est nécessaire, alors il n'est pas possible de les commander par ordre de service (CAA Nancy, 24 mars 2005, *Commune de Mutzig*, n° 00NC00502).

Ces deux étapes ne sont donc pas nécessairement aisées.

II. Quand l'ordre de service doit-il être respecté ?

La question du respect d'un ordre de service place l'entrepreneur dans une position assez inconfortable.

En effet, comme cela sera exposé ci-dessous, il doit impérativement exécuter un ordre de service régulier. Mais s'il exécute un ordre de service irrégulier, il risque de voir toute ou partie des travaux réalisés ne pas être payés.

Dès lors, tant le choix d'exécuter, que de ne pas exécuter un ordre de service est dangereux pour l'entrepreneur en cas de doute sur sa légalité.

- ### L'obligation d'exécuter un ordre de service régulier

Le principe ne fait ici aucun doute. Un ordre de service régulier doit être exécuté.

Copyright © 2025 Légavox.fr - Tous droits réservés

C’est ce que rappelle le CCAG « travaux » en son article 3.8.3 :

« *Le titulaire se conforme strictement aux ordres de service qui lui sont notifiés, que ceux-ci aient ou non fait l'objet de réserves de sa part, à l'exception des seuls cas que prévoient les articles 15.2.2 et 46.2.1* ».

Le « CCAG » travaux réserve donc deux hypothèses :

- L’ordre de service imposant la réalisation de travaux correspondant à des changements dans les besoins ou les conditions d’utilisation excédant 10 % du montant du marché initial (article 15.2.2 du CCAG travaux),
- L’ordre de service imposant le commencement du marché si cet ordre n’intervient pas dans le délai fixé par le marché (article 46.2.1 du CCAG travaux).

En dehors de ces cas, l’ordre de service est obligatoire.

Si l’entrepreneur refuse de l’exécuter, alors il peut être sanctionné. Et cette sanction peut aller jusqu’à la résiliation du marché public à ses torts (article 48 du CCAG travaux) et la poursuite des travaux à ses frais et risques.

Certes, une sanction aussi lourde ne peut pas être prononcée pour tout manquement mineur à un ordre de service. Mais si l’entrepreneur refuse d’exécuter un ordre de service important, cela peut conduire à la résiliation pour faute du marché.

- ## Les risques de l’exécution d’un ordre de service irrégulier

Exécuter un ordre de service irrégulier présente des risques pour l’entrepreneur sur le plan financier.

Deux risques doivent ici être distingués.

? **D’une part**, les ordres verbaux

Copyright © 2025 Légavox.fr - Tous droits réservés

Comme cela a été indiqué *supra*, un ordre verbal n'est pas un ordre de service.

Mais au-delà du risque de voir cet ordre ne pas être qualifié d'ordre de service, le risque le plus important est que l'existence même de cet ordre ne soit pas reconnue.

En effet, et comme toujours avec les décisions verbales, le risque est de ne pouvoir prouver leur existence.

Or, en matière de marchés publics, si des travaux sont réalisés par l'entrepreneur sans qu'il puisse démontrer qu'il a exécuté un ordre, les travaux doivent être « *indispensables* » à l'exécution du marché auquel ils se rattachent pour être payés (voir, par exemple : CE. SSR. 14 juin 2002, *Ville d'Angers*, n° 219874, mentionnée aux tables).

S'ils sont simplement « *utiles* », ils ne sont pas rémunérés.

Une décision relativement ancienne du Conseil d'Etat illustre bien cette question :

Au terme de l'exécution d'un marché portant sur la réfection de trottoirs, l'entrepreneur avait réalisé des travaux de réfection sur d'autres trottoirs de la ville.

Cependant, la commune avait refusé de payer ces travaux et affirmait ne pas les avoir commandés.

L'entrepreneur étant dans l'impossibilité de démontrer l'ordre oral qu'il affirmait avoir reçu, les travaux n'ont pas été rémunérés « *alors même que les travaux supplémentaires ont été utiles à la commune* » (CE. SSR. 5 novembre 1980, *SARL Parachini*, n° 15345).

Ainsi, lorsque l'entrepreneur est face à un ordre verbal commandant des travaux supplémentaires ou modificatifs, il est nécessaire pour lui d'en demander la confirmation écrite avant de l'exécuter.

Copyright © 2025 Légavox.fr - Tous droits réservés

En effet, et à défaut, l'entrepreneur pourra, au mieux, s'il réussit à démontrer qu'il a reçu un ordre verbal, être indemnisé des seuls travaux qui ont été utiles à la collectivité. Cette indemnisation ne couvrira alors que les « *dépenses* », à l'exclusion du « *bénéfice* » de l'entrepreneur (CE. SSR. 19 mars 1982, *M. Roland X c. Département de la Réunion*, n° 18632, mentionnée aux tables).

Ainsi, un ordre verbal conduira, au mieux, à un paiement partiel des travaux réalisés et, au pire, à une absence totale de paiement. Il convient donc, systématiquement, de demander la confirmation écrite avant de réaliser des travaux modificatifs ou supplémentaires demandés.

? **D'autre part**, les ordres irréguliers

Les ordres peuvent être irréguliers pour deux raisons :

- S'ils n'ont pas été adoptés par la personne compétente,
- S'ils ne respectent pas le contrat ou le droit des marchés publics.

Concernant les ordres émis par une personne incompétente, il semble que ces ordres soient assimilés à une absence totale d'ordre.

En effet, comme la personne compétente pour commander les travaux n'a pas pris de décision, il n'y a pas de commande.

Dans ces conditions, l'entrepreneur ne pourra alors être indemnisé que des travaux « *indispensables* » à l'exécution du marché auquel se rattachent ces travaux, comme ce serait le cas s'il avait réalisé les travaux de sa propre initiative (CAA Paris, 13 février 2007, *SNC Dumez Ile-de-France*, n° 04PA01640).

Concernant les ordres de service qui ne respectent pas le contrat ou le droit des marchés publics, la logique voudrait en revanche que l'entrepreneur soit indemnisé des dépenses utiles (même si certains auteurs ne paraissent pas partager cette position).

En effet, tel est le cas lorsque un marché est annulé (voir, sur ce principe : CE. Sect. 2 décembre 1938, *Sieur Laily*, Lebon 905 ; CE. Sect. 24 juin 1938, *Commune d'Huos*, Lebon 577 ; pour une application plus récente : CE. Sect. 10 avril 2008, *Société Decaux*, n° 244950, publiée au Recueil).

Copyright © 2025 Légavox.fr - Tous droits réservés

Il n'y a donc pas de raison qu'il en aille autrement pour les hypothèses dans lesquelles l'ordre de service, contraire au marché ou au droit des marchés publics, est illégal.

Dès lors, il doit être considéré que les ordres de service irréguliers, s'ils sont exécutés par l'entrepreneur, lui donnent droit à l'indemnisation des dépenses utiles à l'administration (sans indemnisation de son bénéfice).

Cela signifie donc, dans tous les cas, que si l'entrepreneur exécute un ordre de service contraire au marché ou au droit des marchés publics, commandant des travaux supplémentaires ou modificatifs, il n'aura droit, au mieux, qu'au remboursement des dépenses utiles et non au paiement réel du prix des prestations.

En conclusion, cela signifie que les entrepreneurs doivent être particulièrement vigilants quant aux ordres de services qu'ils reçoivent :

- Ceux-ci doivent être écrits,
- Doivent émaner de la personne compétente,
- Doivent être conformes au marché et au droit des marchés publics.

Si l'entrepreneur a un quelconque doute sur le respect de l'une de ces conditions, il a donc tout intérêt à contacter un avocat avant de se lancer dans l'exécution de l'ordre de service.

A défaut, il risque de ne pouvoir être payé pour les prestations réalisées.

Cette situation est d'autant plus délicate pour l'entrepreneur qu'il n'y a pas, à proprement parler, de recours contre un ordre de service (voir sur ce point l'article « *Comment contester un ordre de service ?* »). De la sorte, il n'a pas la solution de contester l'ordre de service (par exemple en référé) pour déterminer si cet ordre est légal.

Il y aura donc nécessairement une part importante de risque dans l'exécution (si l'ordre lui paraît légal) ou l'exécution (si l'ordre lui paraît illégal) d'un ordre de service.

Mai 2020

Copyright © 2025 Légavox.fr - Tous droits réservés

Bruno Roze

Avocat au Barreau de Paris

5, rue Cambon 75001 Paris

contact@bruno-roze-avocat.com

www.bruno-roze-avocat.com

[1] Il n’est pas ici question des cas dans lesquels l’intérêt du service ou des usagers permet à l’administration de modifier unilatéralement le contrat (CE, 11 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*, n° 16178, publié au Recueil), mais bien des éventuelles modifications techniques du marché.

Copyright © 2025 Légavox.fr - Tous droits réservés