

# marchés publics

## CCAG travaux : modèle rééquilibrage et d'un texte vieillissant

**Publié le 1<sup>er</sup> octobre 2009, le nouveau modèle de cahier des clauses administratives générales (CCAG) applicable aux marchés publics de travaux est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2010<sup>1</sup>. Loin d'être synonyme d'un profond remaniement, le nouveau texte apparaît avant tout comme le rajeunissement d'un texte ayant, bon an mal an, rempli son rôle pendant trois décennies tout en supprimant ses imperfections.**



### à retenir

- Comme le prévoit le Code des marchés publics, l'application du nouveau CCAG reste facultative et l'ancien texte continuera de régir les contrats en cours d'exécution, notamment ceux de longue durée.
- Le CCAG prévoit un mécanisme de réception tacite des travaux en cas de défaillances successives du maître d'œuvre et du maître d'ouvrage.
- L'article 15.4 procède à une inversion du mécanisme existant concernant l'hypothèse d'un dépassement du montant des travaux.
- La contestation du décompte trouve dorénavant sa place dans le cadre général du règlement des différends et des litiges, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les litiges nés avec le maître d'œuvre ou le maître d'ouvrage.

Trouver un consensus sur ce texte a, semble-t-il, nécessité moins de contreseings que les CCAG TIC, PI et MI – textes étroitement liés aux droits de propriété intellectuelle, parus le 16 octobre 2009<sup>2</sup>. Il aura tout de même fallu plus de vingt-quatre mois de concertation, inaugurant au passage un procédé original de consultation en ligne, pour que le nouveau CCAG travaux paraisse enfin. À l'épreuve d'une pratique quotidienne des marchés de travaux pendant plus de trente ans, le décret du 21 janvier 1976 avait fait son temps ; il se trouve ainsi abrogé et remplacé depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2010<sup>3</sup>.

Le nouveau texte a gardé l'architecture de l'ancien CCAG. Ayant vocation à régler l'ensemble des aspects de l'exécution d'un marché public de travaux, il contient de ce fait des dispositions des plus diverses. Nous nous garderons donc bien d'énumérer l'ensemble des nouveautés et reformulations – ce qui n'aurait finalement que peu d'intérêt – pour nous concentrer sur les avancées les plus notables qui peuvent être rassemblées autour des objectifs, communément admis<sup>4</sup>, qu'elles sous-tendent : une volonté de modernisation, un rééquilibrage des rapports contractuels et une simplification attendue des procédures.

### Une volonté de modernisation

Le texte ouvre d'abord la porte aux échanges dématérialisés et aux supports électroniques même lorsque la correspondance fait courir un délai, à charge pour les documents particuliers du marché d'en déterminer les conditions d'utilisation. L'avancée est louable mais les pouvoirs publics prendront-ils l'initiative d'autoriser par exemple l'envoi d'un mémoire de réclamation par simple courriel ou fax au risque que la computation des délais prête à discussion à défaut de dispositions contractuelles claires. La lettre recommandée avec accusé de réception a semble-il encore de beaux jours devant elle.

Le développement durable étant plus que jamais d'actualité, il était également de bon ton d'insérer des dispositions générales portant sur la protection de l'environnement (article 7) et un article sur la gestion des déchets de chantier (article 36) ; rien n'est dit cependant sur les écolabels ou les performances sociales.

### Un louable effort de rééquilibrage contractuel

Les rédacteurs semblent ensuite avoir atteint leur objectif de rééquilibrage des rapports contractuels même si, du côté des entrepreneurs, certains militaient pour une symétrie des obligations telle qu'organisée dans les marchés privés<sup>5</sup>, faisant toutefois fi des considérations d'intérêt général et des prérogatives de puissance publique inhérentes à l'exécution des marchés publics de travaux.

*Les délais de paiement, qui pesaient fortement sur la trésorerie des entreprises, ont été réduits*

Sur ce plan, doit être d'abord relevé comme innovation majeure, l'ajout d'un mécanisme de réception tacite des travaux en cas de défaillances successives du maître d'œuvre et du maître d'ouvrage (article 41).

Le CCAG de 1976 prévoyait déjà un cas de réception tacite, mais uniquement après que le maître d'œuvre a procédé à l'établissement du procès-verbal attestant des opérations préalables à la réception des travaux. Le nouveau CCAG prévoit de façon inédite les conséquences d'une inertie du maître d'œuvre dans la fixation des opérations préalables à la réception, suivie de la même carence du pouvoir adjudicateur. Dorénavant, si le maître d'œuvre n'arrête pas la date de ces opérations dans un délai de vingt jours à compter de la notification par le titulaire de la date estimée d'achèvement des travaux, ce dernier en informe le maître d'ouvrage, qui dispose à son tour d'un délai de trente jours pour y procéder. En outre, et c'est ici que réside la principale innovation, une réception tacite des travaux intervient en cas d'inertie du maître d'ouvrage au-delà du délai qui lui est ainsi imparti. Il s'agit donc bien de reconnaître au titulaire du marché un droit acquis à la réception lorsque les travaux, achevés, sont en état d'être reçus. Un tel dispositif a le mérite de contrecarrer la passivité de la personne publique.

# ernisation, simplification ssant



© photlook - Fotolia.com

Intégrant de nouvelles dispositions réglementaires, les délais de paiement, qui pesaient fortement sur la trésorerie des entreprises, ont été réduits. De même, l'actualisation du prix ferme devient le principe avec la mise en œuvre d'une clause d'actualisation par défaut. De telles dispositions ne seront pas pour déplaire aux entrepreneurs qui n'ont eu de cesse de dénoncer les « délais cachés » qui prolongeaient injustement le processus de paiement.

Toujours en vue d'un rééquilibrage du dispositif contractuel, le nouveau CCAG procède également à une inversion du mécanisme existant s'agissant de l'hypothèse d'un dépassement du montant des travaux. Avec le nouvel article 15.4, le titulaire avise toujours le maître d'œuvre un mois à l'avance de la date à laquelle le montant des travaux sera atteint, et devra arrêter ceux-ci à défaut d'y avoir procédé. Si le maître d'ouvrage s'oppose à un dépassement du montant, il devra prendre une décision expresse d'arrêt des travaux, notifiée au titulaire par le biais d'ordre de service du maître d'œuvre au moins dix jours avant la date prévisionnelle du dépassement. Lorsque le montant est atteint sans que le titulaire n'ait reçu d'ordre de service dix jours avant cette date, ce dernier poursuit les travaux pour lesquels il aura droit à paie-

ment, mais dans la limite d'un plafond maximum prédéterminé par le marché en vertu du nouvel article 15.3. En tout état de cause, aucun paiement ne peut intervenir pour des travaux effectués au-delà de cette limite prédéfinie contractuellement.

Un tel procédé pourrait bien éviter toute paralysie dans l'avancement des travaux mais l'on s'interroge encore sur la conciliation du plafond d'augmentation – qui peut atteindre 25 % du montant contractuel pour les marchés à prix unitaire – avec le régime propre des avenants aux marchés publics imposant une absence de bouleversement dans l'économie générale du contrat.

Dans un souci de lisibilité des différents maillons contractuels, l'article relatif à la sous-traitance a été profondément remanié (article 3.6). Sont dorénavant différenciés les sous-traitants « directs » des sous-traitants « indirects » avec leurs modalités d'agrément et de paiement bien que le Code des marchés publics ne prenne nullement la peine d'explicitier ces différents niveaux de sous-traitance. Ces précisions, à vocation didactique, sont les bienvenues d'autant que l'acte spécial sera également notifié à chacun des sous-traitants leur permettant de connaître avec exactitude le montant déclaré au maître d'ouvrage. ●●●

## pratique

### Rappel des textes

1. Arrêté du 8 septembre 2009 portant approbation du cahier des clauses administratives générales applicable aux marchés de travaux, *JORF* n° 0227 du 1<sup>er</sup> octobre 2009.
2. Arrêté du 16 septembre 2009 portant approbation des CCAG applicables aux marchés publics de techniques de l'information et de la communication, de prestations intellectuelles et de marchés industriels, *JORF* du 16 octobre 2009.
3. L'application du texte reste facultative comme l'énonce d'ailleurs le Code des marchés publics. La personne publique pourra dès lors, comme c'est de coutume, y déroger ou modifier certains articles qui ne lui conviennent pas (article 1<sup>er</sup>). Cette entrée en vigueur différée facilitera donc « l'adaptation des clauses particulières des marchés en cours de rédaction par les acheteurs publics et la prise de connaissance du texte par les fournisseurs » (note explicative du Minefe accompagnant le texte).
4. Catherine Bergeal, directrice des affaires juridiques du ministère chargé de l'Économie, rappelait encore récemment les objectifs de « simplification et de rééquilibrage du dispositif contractuel » lors de la présentation du texte.
5. Par le biais notamment de la norme Afnor NF P03-001.
6. Arrêté du 19 janvier 2009 portant approbation du cahier des clauses administratives générales des marchés publics de fournitures courantes et de services, *JORF* du 19 mars 2009.
7. CE, 20 décembre 1989, Gabrion, req. n° 77564 ; CE, 29 décembre 2004, Sté Sogea, req. n° 244378 ; CE, 26 mars 2004, Sté Marc, req. n° 219974.

# marchés publics

## Contestation du décompte : une procédure simplifiée

Le règlement des différends et des litiges est précisé à l'article 50 du CCAG.

50.1. Mémoire en réclamation :

50.1.1. Si un différend survient entre le titulaire et le maître d'œuvre, sous la forme de réserves faites à un ordre de service ou sous toute autre forme, ou entre le titulaire et le représentant du pouvoir adjudicateur, le titulaire rédige un mémoire en réclamation. Dans son mémoire en réclamation, le titulaire expose les motifs de son différend, indique, le cas échéant, les montants de ses réclamations et fournit les justifications nécessaires correspondant à ces montants. Il transmet son mémoire au représentant du pouvoir adjudicateur et en adresse copie au maître d'œuvre.

Si la réclamation porte sur le décompte général du marché, ce mémoire est transmis dans le délai de quarante-cinq jours à compter de la notification du décompte général.

Le mémoire reprend, sous peine de forclusion, les réclamations formulées antérieurement à la notification du décompte général et qui n'ont pas fait l'objet d'un règlement définitif.

50.1.2. Après avis du maître d'œuvre, le représentant du pouvoir adjudicateur notifie au titulaire sa décision motivée dans un délai de quarante-cinq jours à compter de la date de réception du mémoire en réclamation.

50.1.3. L'absence de notification d'une décision dans ce délai équivaut à un rejet de la demande du titulaire.

50.2. Lorsque le représentant du pouvoir adjudicateur n'a pas donné suite ou n'a pas donné une suite favorable à une demande du titulaire, le règlement définitif du différend relève des procédures fixées aux articles 50.3 à 50.6.

50.3. Procédure contentieuse :

50.3.1. À l'issue de la procédure décrite à l'article 50.1, si le titulaire saisit le tribunal administratif compétent, il ne peut porter devant cette juridiction que les chefs et motifs énoncés dans les mémoires en réclamation.

50.3.2. Pour les réclamations auxquelles a donné lieu le décompte général du marché, le titulaire dispose d'un délai de six mois, à compter de la notification de la décision prise par le représentant du pouvoir adjudicateur en application de l'article 50.1.2, ou de la décision implicite de rejet conformément à l'article 50.1.3, pour porter ses réclamations devant le tribunal administratif compétent.

50.3.3. Passé ce délai, il est considéré comme ayant accepté cette décision et toute réclamation est irrecevable.

••• Notons enfin que sur le modèle du nouveau CCAG des marchés publics de fournitures courantes et de services<sup>6</sup>, en cas de résiliation pour motif d'intérêt général, le titulaire du marché aura droit, en l'absence de disposition particulière dans le contrat, à une indemnité de résiliation de 5 % correspondant au montant du marché diminué du montant des prestations reçues avec, le cas échéant, le remboursement des frais et investissements nécessaires à l'exécution du marché (article 46.4).

## Une simplification attendue des procédures

Doit être enfin salué un louable effort de simplification et de lisibilité du processus de contestation du décompte général (article 13) et de règlement des litiges en général (article 50), lequel était attendu par l'ensemble des praticiens.

D'abord, s'agissant du règlement financier du marché, l'établissement du décompte final reste identique puisqu'il doit toujours être transmis par le titulaire du marché au maître d'œuvre dans un délai de quarante-cinq jours à compter de la date de notification de la décision de réception des travaux. En cas de retard, et en dépit d'une mise en demeure, le maître d'œuvre pourra toujours établir d'office le décompte final aux frais du titulaire.

En revanche, le représentant du pouvoir adjudicateur se doit maintenant de notifier au titulaire le décompte général, non plus quarante-cinq jours, mais quarante jours après la remise au maître d'œuvre du projet de décompte final. De plus, reprenant les solutions jurisprudentielles tentant de combler le vide juridique de l'ancien texte en cas d'absence de décompte général<sup>7</sup>, le nouveau CCAG travaux prévoit que le titulaire, après mise en demeure restée infructueuse, pourra saisir le tribunal afin que cette situation de blocage ne s'éternise pas. Une fois le décompte adressé au titulaire, celui-ci devra faire connaître sa position, non plus au maître d'œuvre, mais directement au représentant du pouvoir adjudicateur dans un délai de quarante-cinq jours, faute de quoi le décompte deviendra définitif.

Ensuite, la contestation du décompte trouve dorénavant sa place dans le cadre général du règlement des différends et des litiges, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les litiges nés avec le maître d'œuvre ou le maître d'ouvrage, ce qui était auparavant source de complication et d'incompréhension. Ainsi, en cas de litige, le titulaire du marché doit adresser un mémoire de réclamation directement au représentant du pouvoir adjudicateur avec copie au maître d'œuvre. Lorsque ce différend porte sur

le décompte, la réclamation devra être adressée dans les quarante-cinq jours à compter de la notification du décompte.

Après avis du maître d'œuvre, le représentant du pouvoir adjudicateur aura quarante-cinq jours pour répondre à la réclamation (qu'elle porte ou non sur le décompte), le silence gardé par l'administration équivalant à un rejet de la demande. Dans ce cas, le titulaire pourra alors saisir directement le tribunal. Toutefois, dans le cadre de la contestation du décompte, l'action sera enfermée dans un délai de recours de six mois quelle que soit la forme – expresse ou tacite – de la décision de rejet (articles 50.2. et 50.3 – l'ancien texte prévoyait qu'en cas de refus implicite, le titulaire pouvait saisir sans condition de délai le tribunal).

## La procédure de règlement des litiges est allégée

La procédure de règlement des litiges se trouve ainsi allégée, le titulaire n'ayant plus à produire de mémoire complémentaire en cas de rejet de sa réclamation, tandis que le processus d'établissement du décompte est, pour sa part, accéléré.

On peut raisonnablement penser qu'à l'avenir, les litiges se régleront davantage au fond et non plus en raison de la méconnaissance de règles procédurales trop complexes. Il n'en reste pas moins que les praticiens devront rester vigilants puisque les délais de forclusions sont maintenus. Ajoutons pour être complet que les délais évoqués ci-dessus sont applicables à tous les marchés, le texte ne s'embarassant plus inutilement à prévoir des délais réservés aux marchés de courte durée.

Indéniablement, le texte reste difficile d'accès mais n'est-ce pas le lot de toute réglementation à vocation technique. On était tout de même en droit d'espérer des innovations plus notables pour un texte aussi fondamental résultant, qui plus est, d'une concertation de l'ensemble des acteurs de la construction publique. Les organismes socioprofessionnels semblent néanmoins satisfaits, la majorité de leurs propositions ayant été prises en compte.

**Émeric Morice**

emeric-morice@nsdw-avocats.com