

Le prix dans les nouveaux CCAG

En matière de prix, les principales nouveautés des CCAG concernent l'intégration d'un système d'options du versement de l'avance, la présentation et le traitement des demandes de paiement et la reconnaissance, à la charge des parties, d'une véritable obligation de vigilance s'agissant du contenu des documents permettant le règlement des comptes. L'un des principaux apports de la réforme de l'ensemble des CCAG, porte sur l'intégration d'une clause dédiée aux avances au sein de chacun de ces documents contractuels.

Sur l'intégration d'un système d'options du versement de l'avance

Celle-ci est insérée à l'article 10.1⁽¹⁾, sauf pour les le CCAG MI où elle figure en article 12.1.

Il s'agit ici d'une réelle nouveauté notamment concernant le CCAG Travaux qui ne comporte jusqu'à lors aucun article à ce sujet.

Le taux de l'avance pouvant être versée au titulaire et/ou à son sous-traitant serait désormais fixé selon deux options alternatives, les pièces du marché devant préciser celle choisie :

– L'option A, s'applique à défaut de stipulations particulières dans les pièces du marché :

* pour les PME : taux de l'avance fixé à 20 % ou taux supérieur fixé par les documents particuliers du marché⁽²⁾ ;

* pour les autres entreprises : taux de l'avance fixé par les documents particuliers du marché ou à défaut, application du taux minimal fixé par le Code de la commande publique⁽³⁾.

(1) « Le présent article comprend deux options alternatives, A et B. Les documents particuliers du marché précisent l'option retenue ; à défaut l'option A s'applique. (...) »

(2) Rappelons qu'aux termes de l'article 2 de la recommandation de la Commission du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises, sont considérées comme entrant dans la catégorie des PME, les entreprises occupant « moins de 250 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel n'excède pas 50 millions d'euros ou dont le total du bilan annuel n'excède pas 43 millions d'euros ».

(3) L'article R. 2191-7 du Code de la commande publique fixe le taux minimal de l'avance à 5 % du montant initial du marché (voir CCP, art. R. 2391-4 pour les marchés de défense ou de sécurité).

Auteurs

Jean-Marc Peyrical
Avocat associé

Alexandra Tavares-Lemire
Avocat collaboratrice

Pierre Cailloce
Avocat collaborateur
Cabinet Peyrical & Sabattier associés

– L’option B :

* taux minimum fixés par l’article R. 2191-7 du Code de la commande publique, ou ;

* taux supérieur fixé par les documents particuliers du marché.

Relevons que le taux de l’avance applicable dans le cadre de l’option B ne diffère pas selon qu’il s’agisse d’une PME ou non.

Cette nouvelle version des CCAG consacre ainsi le principe du versement de l’avance, déjà prévu par le Code de la commande publique, dès lors que les conditions sont remplies^[4].

Surtout, elle introduit l’application d’un taux supplétif du montant de l’avance ou du taux minimum prévu par le Code de la commande publique dans le silence des documents particuliers du marché, incitant ainsi les acheteurs à définir le taux et les conditions du versement de l’avance dans les documents du contrat et, ainsi, à adapter l’achat aux typologies d’opérateurs économiques susceptibles d’y répondre.

En outre, à la lecture de cet article, on comprend également que les acheteurs sont encouragés à fixer un taux supérieur au taux minimal prévu par la réglementation en vigueur, notamment en ce qui concerne les PME.

Ce nouvel article s’inscrit clairement dans la volonté du pouvoir réglementaire de poursuivre son action en vue de faciliter l’accès aux PME aux contrats de la commande publique.

En effet, ce dernier vient compléter les dispositions réglementaires du Code de la commande publique laissant aux acheteurs le soin de définir le taux et les conditions du versement de l’avance dans les documents du contrat^[5], palliant ainsi l’insécurité juridique qui découlerait de l’absence d’une telle définition au sein du CCAG par exemple.

Par ailleurs, il étend les dispositions relatives au taux de l’avance versée dans le cadre des marchés publics passés par l’État fixé à 20 % pour les PME, à ceux des collectivités territoriales et leurs établissements publics^[6]. Il y a donc là l’instauration d’un taux d’avance unique applicable à tous les acheteurs publics, favorable aux opérateurs économiques.

Concrètement, il appartiendra à l’acheteur de déterminer l’option choisie dans les pièces du marché et de fixer le taux de l’avance pouvant être versée au titulaire, afin d’éviter l’application automatique d’un taux supplétif qui ne serait pas forcément proportionné au regard de l’objet du marché.

[4] CCP, art. R. 2391-1 : « L’acheteur accorde une avance au titulaire d’un marché lorsque le montant initial du marché est supérieur à 250 000 euros hors taxes et dans la mesure où le délai d’exécution est supérieur à trois mois ».

[5] CCP, art. R. 2101-10 : « Les clauses du marché précisent les conditions de versement de l’avance ainsi que son taux ».

[6] CCP, art. R. 2191-7.

Enfin, relevons que la nouvelle mouture des CCAG supprime le commentaire relatif à l’obligation pour le sous-traitant de présenter sa demande de versement de l’avance à l’acheteur.

Ce point serait désormais uniquement traité par le Code de la commande publique, aux termes duquel le versement de l’avance au sous-traitant bénéficiant du paiement direct est de droit sur simple demande lorsque les conditions d’octroi sont remplies^[7].

Si l’évolution prévue par l’article 10.1 est favorable aux opérateurs économiques, notamment aux petites et moyennes entreprises, lesquelles sont encouragées à candidater à un appel d’offres en ce qu’elles pourront bénéficier dès la notification du marché d’une avance sur trésorerie, il demeure qu’elle accentue le caractère dérogoire de l’avance à la règle du « service fait ».

Contenu des demandes de paiement

Les nouveaux CCAG prévoient des nouvelles modalités de présentation et de traitement des demandes de paiement pour les marchés de maîtrise d’œuvre, décompte (marché de travaux) et d’acompte (MOE), avec en particulier :

- une compensation entre les pénalités appliquées et les sommes dues au titulaire ;
- une fréquence mensuelle de demande de paiement du maître d’œuvre.

La compensation des créances était déjà prévue par les CCAG antérieurement en vigueur, en ce qui concerne les éventuels frais exposés par le pouvoir adjudicateur pour l’exécution de prestations aux frais et risques du titulaire défaillant^[8].

Sur ce point précis, les nouveaux CCAG n’apportent pas de nouveauté.

On peut constater que les pénalités ne sont toujours pas intégrées dans les documents préalables au paiement du maître d’œuvre.

Ceci était pourtant prévu dans la version du CCAG soumise à la concertation, qui prévoyait que le maître

[7] CCP, art. R. 2193-19.

[8] « En cas d’exécution de prestations aux frais et risques du titulaire défaillant, le surcoût supporté par le pouvoir adjudicateur, correspondant à la différence entre le prix qu’il aurait dû régler au titulaire pour la réalisation des prestations et le prix effectivement payé pour l’exécution de celles-ci à la place du titulaire défaillant, est déduit des sommes dues au titulaire au titre des prestations reçues » (CCAG FCS, art. 11.4.2 ; CCAG PI, art. 11.4.2 ; CCAG MI, art. 12.4.2 ; CCAG MOE, art. 11.4.2 ; CCAG TIC). Pour le CCAG Travaux (2009) : « Les excédents de dépenses qui résultent du nouveau marché, passé après la décision de résiliation prévue aux articles 48.2 ou 48.3, sont à la charge du titulaire. Ils sont prélevés sur les sommes qui peuvent lui être dues ou, à défaut, sur ses sûretés éventuelles, sans préjudice des droits à exercer contre lui en cas d’insuffisance. Dans le cas d’une diminution des dépenses, le titulaire ne peut en bénéficier, même partiellement » (article 48.6).

d'ouvrage peut rectifier la demande de paiement de ce dernier, en intégrant en particulier et telle est la nouveauté, « les pénalités appliquées ». Mais ceci a fait l'objet d'une suppression dans la version finalement publiée.

Pourtant, cela existait dans les CCAG jusqu'à lors en vigueur applicables aux les marchés de travaux et les marchés de fournitures courantes et services. Il est donc regrettable qu'aucune unification n'ait été généralisée à l'ensemble des marchés et de manière explicite concernant les pénalités.

En effet, si par exemple dans le CCAG TIC, l'article 11.6 permet à l'acheteur de rectifier la demande de paiement adressée par le titulaire, aucune mention explicite ne prévoit que cette rectification peut concerner les pénalités.

Les acheteurs concernés auront donc tout intérêt à prévoir une clause complémentaire dans le CCAP pour impacter le prix payé au titulaire, qui sera certainement incitative pour éviter l'indisponibilité du matériel et permettre une meilleure efficacité aux pénalités pour indisponibilité prévue au CCAG par ailleurs^[9].

S'agissant ensuite de la fréquence des demandes de paiement dans le cadre d'un marché de maîtrise d'œuvre, le nouvel article 11.5 indique qu'elles sont dorénavant mensuelles^[10], simplifiant ainsi la gestion financière et le suivi du paiement des prix pour le titulaire d'un marché de MOE.

En effet, sous l'empire des CCAG antérieurement applicables, la demande de paiement pouvait intervenir dans de nombreuses hypothèses^[11].

Cette nouveauté permettra certainement aux maîtres d'œuvre une meilleure gestion de leur trésorerie et la prévention de certaines difficultés liées aux délais de paiement.

[9] « Un matériel est indisponible lorsque, indépendamment de l'acheteur et en dehors des travaux d'entretien préventif, son usage est rendu impossible soit par le fonctionnement défectueux d'un organe ou dispositif ou d'une fonctionnalité qui y est inclus, soit en raison de l'indisponibilité d'un autre élément du matériel auquel il est lié par des connexions fournies et entretenues par le titulaire et auquel il est soumis pour l'exécution du travail en cours, au moment de l'incident ».

[10] « La remise d'une demande de paiement intervient au début de chaque mois pour les prestations effectuées le mois précédent. Le maître d'œuvre transmet alors au maître d'ouvrage une demande de paiement mensuelle établissant le montant total, arrêté à la fin du mois précédent, des sommes auxquelles il peut prétendre du fait de l'exécution du marché depuis le début de celui-ci ».

[11] Soit aux dates prévues par le marché ; soit après la réception des prestations, conformément aux stipulations du marché ; soit au début de chaque mois pour les prestations effectuées le mois précédent, dans le cas des prestations qui s'effectuent de façon continue.

Modalités de règlement des comptes : une obligation de vigilance accrue du maître d'ouvrage

Les nouveaux CCAG mettent, encore plus, à la charge des parties, une véritable obligation de vigilance s'agissant du contenu des documents permettant le règlement des comptes.

Dans un marché de maîtrise d'œuvre, il est dorénavant fondamental que les prestations supplémentaires, occasionnées le cas échéant et notamment, par les retards dans la réalisation des travaux par les entreprises, soient intégrées dans chaque demande mensuelle de paiement^[12].

Cette rigueur permettra au maître d'œuvre d'établir plus facilement sa demande de paiement finale au maître d'ouvrage, qui intervient après l'achèvement du marché de maîtrise d'œuvre et, surtout, de ne pas oublier certains montants liés à des dépenses supplémentaires.

Car si tel était le cas, la nouvelle « sanction » prévue par l'article 11.7.1 s'appliquerait, à savoir que le MOE est lié par les termes et les montants qui figurent dans sa demande de paiement finale^[13].

La plus grande vigilance s'imposera donc.

Car il nous semble que la portée de cet article interdira au MOE de formuler des réserves au décompte général notifié par le MOA, si jamais il a été défaillant à intégrer dans sa demande de paiement finale, des surcoûts rencontrés pendant l'exécution du marché^[14].

Dans un marché de travaux, le CCAG jusqu'à lors en vigueur prévoyait déjà que le titulaire du marché est lié par les « indications figurant au projet de décompte final »^[15].

Mais la nouveauté concerne le maître d'ouvrage qui doit être particulièrement vigilant au moment de l'établissement du décompte général.

[12] Compte tenu de la fréquence mensuelle de demande de paiement imposée dans l'article 11.5 du CCAG MOE.

[13] « Le maître d'œuvre transmet sa demande de paiement finale au maître d'ouvrage après l'achèvement du marché de maîtrise d'œuvre. Cette demande de paiement finale est le décompte final établissant le montant total des sommes auquel le maître d'œuvre prétend du fait de l'exécution du marché dans son ensemble, son évaluation étant faite en tenant compte des prestations réellement exécutées. Le décompte final est établi à partir des prix initiaux du marché. Le maître d'œuvre est lié par les indications figurant sur le décompte final ».

[14] Sauf à insérer une mention dans la demande de paiement finale, selon laquelle, pour les surcoûts non identifiés à ce stade ou dont les impacts financiers ne sont pas pleinement connus à ce moment, le MOE se réserve le droit de parfaire ses prétentions financières. Reste encore à savoir comment la jurisprudence recevra une telle mention et quelle portée elle pourra lui conférer sur les droits financiers des parties en cas de contentieux.

[15] CCAG travaux (2009), art. 13.3.1.

Ce dernier doit obligatoirement reprendre – sans nécessairement qu'un chiffrage du préjudice ou des travaux ne soit toutefois obligatoire – les réserves qui ne sont pas levées ou bien les litiges ou réclamations dont il a connaissance à ce moment et « susceptibles de concerner le titulaire »⁽¹⁶⁾.

Faute pour lui de les reprendre, il s'expose comme sanction à être privé de toute possibilité :

- de réclamer les sommes nécessaires à la levée des réserves ;
- d'engager utilement une action contre le titulaire du marché pour le « garantir des condamnations qui pourraient être prononcées à son encontre dans le cadre d'une procédure contentieuse au titre des litiges ou réclamations dont il avait connaissance au moment de l'établissement du décompte ».

Sauf précisions quant à sa portée, cet ajout semble manifestement trop contraignant pour un maître d'ouvrage, notamment d'une collectivité territoriale de taille modeste ou ne disposant pas de services suffisamment dimensionnés ou qui feraient face à un pic d'activité au moment de la réception du projet de décompte général par le MOE.

En effet, d'une part, la notion de « litige » n'est pas précisée, ce qui pourra recouvrir un champ d'application distinct de ce que l'on peut entendre par « différend », terme qui, lui, est défini⁽¹⁷⁾.

Relevons qu'il est étonnant que seul le CCAG Travaux ne comporte aucune définition de ce terme, contrairement aux autres CCAG.

D'autre part, le texte évoque un litige ou une réclamation « susceptible de concerner le titulaire au moment de la signature du décompte général ».

On peut difficilement faire plus large comme notion, dès lors qu'elle peut viser toute réclamation financière du

titulaire qui serait exprimée à ce stade de la procédure de règlement du marché, d'autant plus qu'à ce stade les travaux sont réceptionnés, ce qui donne au titulaire des marchés de travaux une vision sur les créances qu'ils pourraient réclamer.

Et la fin de l'article prévoit que la sanction pour le maître d'ouvrage est extrêmement lourde, car il se voit *in fine* privé de la possibilité de faire condamner le titulaire, à lui verser les sommes nécessaires à la levée des réserves, c'est-à-dire d'obtenir le financement de travaux qui seraient nécessaires, par exemple, au bon fonctionnement de l'ouvrage ou à ce qu'il remplisse sa destination.

Certes, pour les autres « litige » et « réclamation » le texte évoque que la sanction est l'impossibilité d'appeler le titulaire « à le garantir des condamnations qui pourraient être prononcées à son encontre dans le cadre d'une procédure contentieuse au titre des litiges ou réclamations dont il avait connaissance au moment de l'établissement du décompte »⁽¹⁸⁾.

Mais il n'empêche que cette précision n'est pas neutre, car elle peut interdire à un MOA d'obtenir réparation du préjudice lié au retard dans l'exécution d'un lot, du fait du titulaire d'un autre lot par exemple, au seul motif qu'il ne prévoyait pas une simple mention d'une éventuelle réclamation sur ce point.

Les clauses des documents particuliers des marchés devront donc prévoir des mécanismes de protection pour le MOA, par exemple en prévoyant une dérogation à cet article 12.4.2 et obligeant le titulaire du marché à formaliser une réclamation claire et non équivoque dans son décompte final.

Il pèsera également une certaine responsabilité, notamment au titre de son devoir de conseil, sur le maître d'œuvre, qui devra signaler au MOA tout litige ou toute réclamation susceptible d'exister au moment de l'établissement du projet de décompte général.

Cette responsabilité pourrait être d'autant plus importante en cas de carence du MOA à notifier le décompte général, ce qui laisserait le titulaire du marché entièrement libre quant au contenu de ce dernier, qui pourra devenir définitif de manière tacite.

Ajoutons enfin qu'il pourrait être logique d'apporter une exception à cette règle en cas de résiliation aux frais et risques du titulaire.

Si l'on sait que, dans ce cas et par exception aux stipulations de l'article 12.4.2, le décompte général du marché résilié ne sera notifié au titulaire qu'après règlement définitif du nouveau marché passé pour l'achèvement des travaux, encore faudrait-il préciser que le MOA pourra faire mention des réserves et des litiges / réclamations jusqu'à cette date, afin qu'il puisse échapper aux sanctions prévues à cet article 12.4.2.

(16) CCAG travaux (2021), art. 12.4.2 : « Si des réserves émises à la réception des travaux ne sont pas levées ou si le maître d'ouvrage a connaissance d'un litige ou d'une réclamation susceptible de concerner le titulaire au moment de la signature du décompte général, celui-ci est assorti d'une mention indiquant expressément l'objet des réserves, du litige ou de la réclamation. Cette mention n'est pas nécessairement chiffrée et est sans incidence sur les éléments composant le décompte général. A défaut, lorsque le décompte général sera devenu définitif, le maître d'ouvrage ne pourra réclamer au titulaire les sommes nécessaires à la levée des réserves ni appeler ce dernier à le garantir des condamnations qui pourraient être prononcées à son encontre dans le cadre d'une procédure contentieuse au titre des litiges ou réclamations dont il avait connaissance au moment de l'établissement du décompte ».

(17) CCAG MOE, art. 34 : « Au sens du présent article, l'apparition du différend résulte : soit d'une prise de position écrite, explicite et non équivoque émanant du maître d'ouvrage et faisant apparaître le désaccord ; soit du silence gardé par le maître d'ouvrage à la suite d'une mise en demeure adressée par le maître d'œuvre l'invitant à prendre position sur le désaccord dans un délai qui ne saurait être inférieur à quinze jours ; soit de l'absence de notification du décompte de résiliation dans le délai mentionné à l'article 32.5. ».

(18) CCAG travaux (2021), art. 12.4.2.

Détermination des prix – marché MOE

Le CCAG MOE n'apporte pas d'éléments nouveaux quant à l'éventuelle rémunération supplémentaire à laquelle le maître d'œuvre pourrait prétendre dans certaines circonstances, en dépit du caractère forfaitaire de sa rémunération^[19].

Pour les titulaires des marchés de maîtrise d'œuvre, la prudence pourrait commander, dans le cadre de la négociation qui précède la conclusion du marché, d'insérer une clause permettant la modification de leur rémunération, sous forme de clauses de réexamen par exemple pour couvrir cette alternative.

L'avantage sera, dans cette hypothèse, outre une sécurisation juridique de leur demande indemnitaire, une facilité de mise en œuvre par le pouvoir adjudicateur, dès lors que l'avenant au marché de MOE pourra être conclu sans limite de montant, sur le fondement de l'article R. 2194-1 du Code de la commande publique^[20].

Bien entendu, il faudra que la clause de réexamen soit précise et rédigée pour couvrir des cas spécifiques et, non pas, des cas généraux dénués de tout lien avec de réelles difficultés d'exécution.

On peut ainsi penser à une clause qui prévoira que, sous réserves de justifications apportées par le maître d'œuvre, la prolongation de la durée des travaux pourra être de nature à justifier une rémunération complémentaire de ce dernier, pour autant, bien entendu, qu'il justifie avoir été dans l'obligation de mobiliser des moyens notamment humains supplémentaires et absolument nécessaires à la bonne réalisation des travaux.

Dans l'alternative ou de manière complémentaire, un maître d'œuvre aura tout intérêt à être vigilant dans le cadre de l'exécution du marché, lorsqu'il identifiera des circonstances qui pourraient être de nature à l'exposer à des coûts et des dépenses supplémentaires ou à remettre en cause l'équilibre économique de son contrat.

En effet, le nouvel article 14.3 « prestations supplémentaires ou modificatives » du CCAG MOE prévoit que le

MOE n'est pas obligé de respecter un ordre de service, relevant de cet article, lorsque l'ordre de service n'a pas fait l'objet d'une valorisation financière^[21].

Il est regrettable que la version publiée du CCAG-MOE ne reprenne pas l'autre hypothèse dans laquelle le MOE pouvait refuser de respecter un OS, à savoir « lorsque ce dernier ou bien le cumul de plusieurs OS, atteint un montant égal à 10 % du montant du marché et n'a pas fait l'objet d'un avenant dans les conditions prévues à l'article 19.2 »

Il faudra donc que le MOE sollicite l'émission d'un ordre de service de la part du MOA, pour être en mesure d'opérer une contestation, en notifiant et motivant son refus d'exécuter l'ordre de service^[22].

En cas de refus ou de silence du MOA, le MOE devra exécuter l'ordre de service, sauf à faire face à des sanctions contractuelles et risquer d'engager sa responsabilité contractuelle.

Il pourra en revanche, avant l'intervention d'une décision implicite de rejet, saisir le juge du référé « mesures-utiles »^[23], afin que ce dernier puisse ordonner au MOA de notifier un ordre de service, ce qui permettra au MOE de faire valoir ses droits sur le fondement des nouvelles stipulations du CCAG et d'en respecter scrupuleusement la procédure.

Si une telle négociation échoue ou si son recours est rejeté, le maître d'œuvre devra alors être le plus vigilant et le plus rigoureux possible dans le contenu de sa demande de paiement finale au maître d'ouvrage.

En effet, le nouvel article 11.7.1 du CCAG MOE met à sa charge une véritable obligation en ce sens, dès lors qu'il prévoit maintenant que « Le maître d'œuvre est lié par les indications figurant sur le décompte final ».

Sans compter qu'en cas de carence du MOE à notifier son décompte final, le MOA peut le mettre en demeure d'y procéder et, faute de réponse dans un délai de quinze jours à compter de la réception de la mise en demeure, « le maître d'ouvrage établit d'office le décompte final aux frais du maître d'œuvre »^[24].

Les « frais », qui devront naturellement être justifiés par le MOA, viendront donc minorer d'autant la rémunération du MOE, même si l'on peut estimer qu'ils resteront

[19] Il est en possible que le titulaire d'un marché de maîtrise d'œuvre, nonobstant le caractère forfaitaire de sa rémunération, puisse obtenir une rémunération complémentaire en cas de modification de programme par le maître d'ouvrage ou en cas d'allongement de sa mission, lorsque, dans ce cas, il fait face à des sujétions imprévues présentant un caractère exceptionnel et imprévisible.

[20] « Le marché peut être modifié lorsque les modifications, quel que soit leur montant, ont été prévues dans les documents contractuels initiaux sous la forme de clauses de réexamen, dont des clauses de variation du prix ou d'options claires, précises et sans équivoque. Ces clauses indiquent le champ d'application et la nature des modifications ou options envisageables ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage ». Toutefois, de telles modifications ne peuvent changer la nature globale du marché.

[21] CCAG MOE, art. 14.3 : « Le maître d'œuvre n'est pas tenu de se conformer à un ordre de service mentionné à l'article 14.2 lorsque cet ordre de service n'a fait l'objet d'aucune valorisation financière ».

[22] CCAG MOE, art. 14.3 : « Un tel refus d'exécuter opposé par le maître d'œuvre n'est toutefois recevable que s'il est notifié par écrit, avec les justifications nécessaires, au maître d'ouvrage, dans le délai de quinze jours suivant la notification de l'ordre de service prescrivant les prestations ».

[23] CJA, art. L. 521-3 : « En cas d'urgence et sur simple requête qui sera recevable même en l'absence de décision administrative préalable, le juge des référés peut ordonner toutes autres mesures utiles sans faire obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative ».

[24] CCAG MOE, art. 11.7.3.

assez modestes, s'agissant d'une réalisation de suivi de l'exécution du marché par le MOA, qui est une obligation lui incombant.

À noter en dernier lieu que les nouvelles stipulations du CCAG MOE pourront inciter les soumissionnaires à négocier les nouvelles indemnités qui y sont prévues :

- indemnités de dédit^[25] ;
- indemnités d'attente^[26].

Contenu et évolution des prix – prise en compte des évolutions législatives et réglementaires

La réforme du CCAG Travaux apporte assez peu de nouveautés sur ce point puisqu'il se contente d'un ajout rédactionnel sur la TVA et précise que le prix comprend outre les travaux faisant l'objet du marché mais également l'exécution des « prestations »^[27], c'est-à-dire celles y étant liées et nécessaires à leur bonne réalisation.

En revanche, sur un autre point, la nouvelle mouture du CCAG Travaux soumise à la concertation apporte une réelle avancée sur les modalités de prise en compte des évolutions législatives et réglementaires en cours d'exécution du marché^[28].

[25] CCAG MOE, art. 11.9.1 : « Si les documents particuliers le prévoient, en cas de non-affermissement d'une tranche optionnelle, une indemnité de dédit est due au maître d'œuvre. Celle-ci est due à compter de la notification, par ordre de service, au maître d'œuvre de la décision de renoncer à l'affermissement de la tranche optionnelle considérée. À défaut de décision du maître d'ouvrage dans les délais fixés par les documents particuliers du marché, l'indemnité de dédit est due quinze jours après que le maître d'œuvre a mis en demeure le maître d'ouvrage de prendre cette décision ».

[26] CCAG MOE, art. 11.9.2 : « Si les documents particuliers du marché prévoient que, pour une tranche optionnelle, le maître d'œuvre a droit, à l'expiration d'un certain délai, à une indemnité d'attente, cette indemnité est due au maître d'œuvre, en tenant compte des stipulations prévues à l'article 15 en cas de prolongation ou de report des délais de réalisation, pour la période s'étendant de l'expiration de ce délai jusqu'à la date fixée pour le démarrage des prestations dans l'ordre de service prescrivant l'exécution de la tranche optionnelle ou la date de la notification de l'ordre de service faisant connaître la décision de renoncer à cette exécution, ou bien, en l'absence d'une telle notification, dans le délai imparti par les documents particuliers du marché jusqu'à expiration de ce délai ».

[27] CCAG Travaux [2021], art. 9.1.1 : « Les prix sont réputés comprendre toutes les dépenses résultant de l'exécution des travaux et prestations, y compris les frais généraux, impôts et taxes, et assurer au titulaire une marge pour risques et bénéfice. Toutefois, les prix sont indiqués dans le marché hors taxes sur la valeur ajoutée ».

[28] CCAG Travaux [2021], art. 9.1.1, dernier alinéa : « En cas de modification imprévisible de la législation ou réglementation applicables en cours d'exécution du marché ayant un impact sur les coûts, les parties conviennent de se rencontrer pour évaluer l'impact financier de cette modification et le cas échéant formaliser par voie d'avenant la modification rendue nécessaire ».

Le nouvel alinéa pose ainsi une obligation de rencontre entre les parties lorsque d'une part, il existe une « modification imprévisible » de la « législation ou réglementation applicables en cours d'exécution » et, d'autre part, lorsque cette modification a un « impact sur les coûts ».

Aucune obligation de s'accorder sur une indemnisation, par exemple, du titulaire, n'est ainsi imposée aux parties, ce qui semble néanmoins normale au regard de la liberté contractuelle qui s'applique.

Pour autant, un pouvoir adjudicateur aura tout intérêt à apporter des précisions voire des dérogations à cet article, s'il veut éviter que le titulaire d'un marché de travaux dont la durée est un peu longue^[29], soit tenté de négocier régulièrement une augmentation de sa rémunération, pour prise en compte des évolutions législatives et réglementaires sur son prix.

D'abord, la notion de « modification imprévisible » doit être précisée.

À notre sens, de manière objective, une modification imprévisible :

- est celle qui n'était pas entrée en vigueur au moment du dépôt de l'offre du titulaire du marché ;
- mais également est celle qui, bien que non entrée en vigueur à ce moment, pouvait objectivement être connue des parties et notamment du titulaire, par exemple :

* du fait de consultations publiques engagées préalablement, permettant de connaître l'essentiel des dispositions à venir ;

* ou bien en raison de son entrée en vigueur différée dans le temps.

Par exemple, dans le cadre d'un marché de travaux pour la construction d'une école, si une réglementation en matière d'isolation de bâtiments thermique a été adoptée avant la date de dépôt de l'offre mais que le texte adopté indique qu'elle ne s'appliquera qu'à une date donnée qui correspondra à la phase d'exécution des travaux, alors il ne s'agira pas d'une « modification imprévisible » au sens du CCAG.

Autre exemple concret, pour un marché d'entretien de maintenance de chaudière, l'arrêté du 24 juillet 2020 relatif au contrôle des chaudières est entré en vigueur au lendemain de sa publication, sauf pour certaines de ses dispositions notamment relatives aux pertes de fumées des chaudières biomasse solide, entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2021.

Si l'article du CCAG et cet arrêté avaient été en vigueur au moment de la conclusion de ce marché, le titulaire n'aurait pas pu faire valoir les modifications législatives concernant les chaudières biomasse comme « imprévisibles ».

[29] On pense notamment aux marchés publics globaux de performances (MPGP), qui peuvent être soumis au CCAG si les parties le souhaitent. Une telle soumission implique toutefois des précisions rédactionnelles subtiles, notamment pour tenir compte de l'intégration du maître d'œuvre dans le groupement titulaire du MPGP.

Ensuite, la notion de « législation ou réglementation applicables » doit aussi être précisée.

Si l'on se doute que les rédacteurs du nouveau CCAG Travaux visaient la réglementation applicable aux travaux et prestations faisant l'objet du marché, il n'empêche que cet ajout pourra utilement être prévu dans les documents particuliers du marché, pour éviter toute problématique d'interprétation.

Cette précision semble déterminante car elle permet d'éviter à un pouvoir adjudicateur de faire face à une demande de négociation de la part du titulaire d'un marché public, pour un changement de législation applicable par exemple à son activité de manière générale mais pas, spécifiquement, aux prestations faisant l'objet du marché⁽³⁰⁾.

Au titre de la précision sur la notion de « législation ou réglementation » peut aussi se poser la question des différentes sources de droit qui doivent être prises en compte.

Sans préjuger de la volonté des rédacteurs du CCAG, il semble que c'est l'ensemble du droit positif qui est visé et qui relève, au moins par défaut, de l'objet de l'article 9.1.1.

Mais la liberté de déroger aux règles du CCAG fait qu'un pouvoir adjudicateur pourra avoir intérêt à limiter les sources de cette « législation ou réglementation ».

En particulier, il pourra exclure du champ d'application de cette notion les dispositions des conventions collectives, qui échappent totalement à son contrôle et qui peuvent avoir des conséquences sur le coût de réalisation des prestations et, donc, du prix facturé dans le cadre de l'exécution du marché.

En dernier lieu, les notions relatives à l'« impact sur les coûts » et à « l'impact financier des modifications » mériteraient d'être précisées.

D'abord et à titre liminaire, il convient de prévoir une articulation entre cette notion prévue à l'article 9.1.1 et le régime des prix actualisables et révisibles.

En effet, il ne faut pas que l'application la clause d'évolution des prix du fait d'un changement de réglementation, aboutisse peu ou prou aux mêmes conséquences que la révision ou l'actualisation des prix.

Le nouvel article 9.4.3 du CCAG travaux indique d'ailleurs que, par défaut, le coefficient d'actualisation est fixé par avenant à partir de l'index BT ou TP, diffusé par l'INSEE, correspondant à la nature des travaux qui font l'objet du marché. Or, ces index intègrent déjà le coût du travail dans sa méthode de calcul pour en déterminer la valeur.

Ce qui fait qu'une évolution de la réglementation sur le salaire minimum applicable est normalement déjà pris, au moins dans une certaine mesure, en compte dans le cadre des formules de révision / d'actualisation.

Dès lors, le titulaire d'un marché de travaux ne devrait pas pouvoir, sur le fondement de l'article 9.1.1 du CCAG travaux, obtenir la compensation financière de l'évolution de la réglementation applicable sur les prix, notamment concernant le salaire minimum.

Ensuite, sur les notions en elles-mêmes et si l'on revient au texte, le nouveau régime du CCAG prévoit :

- qu'en cas de survenance d'une « modification imprévisible de la législation et de la réglementation » applicable ;
- ayant « un impact sur le prix » ;
- les parties discuteront de « l'impact financier de cette modification ».

L'articulation entre les trois piliers de ce nouveau régime semble un peu confuse, en particulier celle entre l'« impact sur le prix » et « l'impact financier de cette modification ».

En effet, le texte indique :

- que l'éventuelle négociation d'un avenant ne peut survenir que si la modification de législation / réglementation a un « impact sur les prix ».
- et que cette négociation a comme objet d'en déterminer « l'impact financier », ce qui ne semble pas être réellement différent et, surtout, ne permet pas de comprendre parfaitement la volonté des rédacteurs du CCAG.

La question des conséquences de la modification de la réglementation applicable pourrait être traitée de manière plus précise que ce qui est aujourd'hui prévu par le CCAG Travaux.

Ce dernier raisonne en effet uniquement sous l'angle financier, en évoquant la possibilité pour les parties d'en tirer toutes les conséquences sur ce point.

Autrement dit, une évolution de la rémunération du titulaire est possible lorsque les conditions fixées au dernier alinéa de l'article 9.1.1 sont remplies.

Mais rien n'empêche, si cela est évidemment pertinent au regard de la nature et des conséquences des modifications de la réglementation applicable, d'envisager une réflexion un peu plus globale sur les conditions d'exécution du marché.

Ainsi, au lieu de répercuter directement et « mécaniquement » un surcoût en augmentant la rémunération du titulaire, on peut envisager que le pouvoir adjudicateur, notamment pour des questions de budget, accepte de modifier de manière limitée certaines obligations du titulaire, afin de compenser ce surcoût.

Par exemple et si cela ne remet pas en cause son besoin, ni ses attentes essentielles, rien ne l'empêcherait d'accepter que certaines prestations prévues soient réalisées d'une manière différente que celle prévue dans le CCTP ou dans l'offre du titulaire.

Il s'agirait ainsi de conclure un avenant à un montant nul, prévoyant qu'en compensation du surcoût sur certains travaux, le pouvoir adjudicateur accepte de minorer

(30) Et encore faut-il bien entendu que la nouvelle législation ou réglementation impacte directement le titulaire dans les prestations et travaux que ce dernier doit réaliser mais nous y reviendrons dans la notion suivante.

légèrement ses attentes et ses exigences sur d'autres travaux, pour arriver à une compensation.

Enfin, il convient également de préciser que les modifications de législation doivent avoir un impact sur les modalités de réalisation des travaux et prestations associées.

Il ne peut en effet pas y avoir de déconnexion entre la portée des modifications et leur impact réel sur la manière dont le titulaire exécute ses prestations.

Autrement dit, ce n'est que si les modifications induisent des changements en particulier dans la méthode de travail, l'organisation du chantier, le contenu et les méthodes de production, qu'une négociation pourra être entamée.

En définitive, la portée de l'article commenté du CCAG Travaux pourrait être telle que la négociation peut être déclenchée :

- suite à toute évolution imprévisible de la législation ;
- qui a un impact financier sur les conditions d'exécution des travaux et des prestations associées ;
- et qui doit se traduire par une modification du prix du marché, sauf à faire peser sur ce point un risque au titulaire^[31].

L'articulation entre « impact financier » et « impact sur le coût » semble, de la sorte, plus cohérente.

Au total, cet ajout dans le CCAG Travaux est assez intéressant et, d'une certaine manière, s'apparente aux éléments qui font l'objet de réflexion dans le cadre des contrats complexes de la commande publique depuis de nombreuses années^[32].

[31] Ce risque ne pouvant pas relever des obligations normales d'un titulaire de marché public, à la différence d'un contrat de concession ou le risque d'évolution de la réglementation peut lui incomber et relève d'un risque, au moins en partie, acceptable.

[32] Ces contrats comportant des clauses sur la répartition du risque lié à l'évolution de la réglementation, en particulier leur impact sur les modalités de financement des investissements en cas de surcoûts.

On peut néanmoins s'étonner que seul le CCAG Travaux a fait l'objet de cette nouveauté et de cette précision.

Pourtant d'autres marchés, en particulier les marchés de services dont la durée est souvent plus longue, auraient pu utilement se voir compléter de clauses similaires, soit dans le CCAG FCS, soit dans les pièces particulières du marché.

Et cette évolution semble favorable aux opérateurs économiques qui, sous certaines réserves, pourront se prévaloir de modifications dans l'environnement juridique applicable aux prestations et travaux objet du marché.

En effet, ils ne seront plus limités par la théorie de l'imprévision qui limite aux seuls bouleversements, la possibilité de bénéficier d'une indemnisation en cas de changement dans les circonstances.

Mais du point de vue du pouvoir adjudicateur, personne morale de droit public, cette évolution, si elle permet de marquer encore plus la différence avec le régime applicable aux contrats de concession, l'expose à assumer plus de coûts imprévisibles pendant l'exécution du marché.

Et on ne peut s'empêcher de penser que cette nouveauté marque une évolution dans le droit des contrats publics et commence à nuancer le régime exorbitant de droit commun de ces derniers.

En particulier, ce nouvel article pourrait mal s'accorder avec le principe traditionnel selon lequel les difficultés exceptionnelles et imprévisibles rencontrées dans l'exécution d'un marché à forfait ne peuvent ouvrir droit à une indemnité que dans la mesure où le titulaire justifie que ces difficultés ont eu pour effet de bouleverser l'économie du contrat^[33].

[33] Voir notamment : CE 19 février 1975, Société anonyme entreprises Campenon-Bernard, req. n° 80470.