



Paris, le 03/05/2019

REFORME DES CAHIERS DES CLAUSES ADMINISTRATIVES GENERALES

Le code de la commande publique est entré en vigueur le 1^{er} avril 2019 à l'issue d'un chantier de vingt-quatre mois qui a associé l'ensemble des acteurs de la commande publique aussi bien privés que publics (groupe d'experts et consultation publique). Il constitue une étape déterminante dans la démarche de rationalisation et de modernisation du droit de la commande publique, initiée avec la transposition des directives européennes de 2014.

Afin de poursuivre ce chantier de simplification et de modernisation du droit de la commande publique, la direction des affaires juridiques des ministères économiques et financiers entend procéder à la révision de l'ensemble des cahiers des clauses administratives générales (CCAG).

En effet, ces documents types qui fixent les stipulations de nature administrative applicables à une catégorie de marchés publics nécessitent d'être modifiés pour tenir compte des évolutions législatives, réglementaires et jurisprudentielles opérées depuis la réforme des CCAG intervenue en 2009.

Cette mise à jour est également l'occasion de procéder à une modernisation de ces documents compte tenu des besoins d'évolution identifiés par les différentes parties prenantes de la commande publique.

Dans cette optique, la présente consultation a pour objet, d'une part, de recueillir le sentiment général des acteurs de la commande publique sur les CCAG actuels, leur utilisation, la pertinence de leurs clauses et, d'autre part, de permettre à l'ensemble des parties prenantes de formuler des propositions d'évolution.

Ces contributions permettront d'établir la feuille de route des groupes de travail qui seront appelés à se réunir à compter du mois de septembre 2019 en vue de parvenir à la rédaction de nouveaux CCAG au début de l'année 2020.

1. RETOURS SUR LA PRATIQUE DES CCAG DE 2009

Les CCAG sont, avec les cahiers des clauses techniques générales (CCTG), les documents généraux auxquels les acheteurs peuvent renvoyer pour définir les stipulations de leurs marchés publics. Aux termes de l'article R. 2112-2 du code de la commande publique, ils « *fixent les stipulations de nature administrative applicables à une catégorie de marchés* ».

Cinq catégories de marchés publics font l'objet d'un CCAG spécifique :

- le CCAG relatif aux marchés publics de travaux (CCAG-Travaux) ;
- le CCAG relatif aux marchés publics de fournitures courantes et de services (CCAG-FCS) ;
- le CCAG relatif aux marchés publics de prestations intellectuelles (CCAG-PI) ;
- le CCAG relatif aux marchés industriels (CCAG-MI) ;
- le CCAG relatif aux marchés publics de techniques de l'information et de la communication (CCAG-TIC)¹.

Ces CCAG sont largement utilisés par les acheteurs publics. En effet, sur la base du recensement des marchés publics transmis à la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances, près de 70 % de ces marchés publics passés par l'Etat et plus de 99 % de ceux passés par les acteurs locaux font référence à un CCAG.

1.1. L'historique et les ambitions de la réforme de 2009

La réforme des CCAG menée en 2009 a été l'occasion de refondre en profondeur l'ensemble des CCAG et de créer un cinquième CCAG spécifique aux TIC. La modernisation des CCAG était en effet devenue indispensable afin notamment de prendre en compte l'évolution des enjeux économiques et les nouvelles contraintes juridiques des marchés publics issues des réformes successives du code des marchés publics de 2001, 2004 et 2006².

Cette modernisation a poursuivi quatre objectifs :

- mettre à jour les textes sur le plan juridique, en tenant compte des évolutions législatives ou réglementaires et des acquis jurisprudentiels ;
- simplifier les textes en homogénéisant la rédaction des clauses communes identifiées dans les différents CCAG pour en faciliter l'application (ex. : livraison, transport, stockage, moyens mis à la disposition du titulaire, résiliation, régimes de propriété intellectuelle...) ;³
- moderniser les textes en insérant de nouvelles clauses notamment liées au développement durable, à la dématérialisation et aux supports électroniques, ou encore à l'essor exponentiel des achats liés aux TIC ;
- apaiser les relations des entreprises avec les acheteurs publics en s'inspirant davantage du droit commun pour rééquilibrer les relations contractuelles (ex. : rééquilibrage du régime de responsabilité relatif aux dommages causés à l'une des parties contractantes, amélioration des conditions d'indemnisation du titulaire en cas de résiliation dont il n'est pas responsable).

Si la réforme des CCAG de 2009 a conduit à améliorer significativement ces modèles de documents contractuels, de nouvelles pistes d'évolution ont été identifiées notamment par les acheteurs et les entreprises titulaires de marchés publics depuis la publication de ces documents.

1.2. Les CCAG, des modèles de documents contractuels à caractère général conçus comme des boîtes à outils pour les acheteurs

Les CCAG constituent des socles de stipulations contractuelles administratives et financières applicables aux différentes catégories de marchés publics.

¹ Avant 2009, les marchés publics liés aux TIC relevaient d'un chapitre spécifique du CCAG-FCS ajouté en 1986.

² Clauses devenues illégales ou inadaptées ; clauses peu claires, etc.

³ Le CCAG-Travaux est le CCAG qui comporte le moins de clauses pouvant être mises en facteur commun.

De par leur caractère général, les CCAG doivent ainsi être à même de proposer des solutions qui peuvent s'appliquer, par défaut, dans une grande majorité de cas.

Ils nécessitent, dès lors, de la part de l'acheteur, un travail d'adaptation des documents particuliers pour tenir compte des besoins propres du marché public concerné (adaptations traduites sous forme de dérogations au CCAG).

A cette fin et à titre essentiellement pédagogique, l'introduction d'une annexe aux différents CCAG pourrait être étudiée afin de lister toutes les précisions qu'un acheteur doit ou peut apporter au sein d'un cahier des clauses administratives particulières (CCAP).

Questions :

1. En tant qu'acheteur, le recours à un CCAG est-il automatique ou un choix par défaut dans la préparation de vos marchés publics ?

Oui, en tant qu'assistant au maître d'ouvrage ou en tant que maître d'œuvre les entreprises d'ingénierie proposent automatiquement l'application des CCAG.

2. Dans quelle proportion dérogez-vous au CCAG ? A ce titre, pensez-vous qu'il soit utile de conserver l'article final des CCAG qui impose à l'acheteur d'établir, dans le CCAP, une liste récapitulative des articles du CCAG auxquels il est dérogé ?

Entre 15 et 20 dérogations couramment pour les marchés de maîtrise d'œuvre et ceux de travaux.

L'article récapitulatif final est d'une grande utilité pour les candidats qui accèdent ainsi rapidement à une vue d'ensemble des règles du CCAG auxquelles il est dérogé. Cette obligation de récapitulation des dérogations apporte rigueur et transparence sans pour autant inquiéter les acheteurs en cas d'omission puisque qu'il n'y a aucune sanction. Néanmoins, dans un souci de pédagogie il paraît important que les dérogations apparaissent aussi dans les articles concernés.

3. En tant que candidat à un marché public, estimez-vous que la référence à un CCAG constitue une garantie de sécurité juridique dans l'exécution du marché public ?

Le cadre standard apporté par les CCAG est bien connu et usuel ce qui donne une sécurité juridique aux marchés. Les personnels des entreprises d'ingénierie sont formés et aguerris à son application outre le rôle du Moe qui fait appliquer le CCAG travaux. Il permet de pallier les éventuels oublis ou insuffisances du CCAP et il apporte un gain de temps dans la préparation des offres en raison de la connaissance préalable d'un modèle de contrat, surtout lorsque les dérogations aux CCAG sont limitées.

Néanmoins, cette sécurité n'existe qu'à la condition de ne pas multiplier les dérogations qui auraient pour objet ou pour effet de déséquilibrer la relation contractuelle par rapport aux CCAG qui sont déjà le fruit d'une concertation entre les représentants des acheteurs publics et des opérateurs économiques.

4. La répartition actuelle entre les cinq CCAG vous paraît-elle toujours adaptée ?

La répartition actuelle a l'avantage de correspondre à une catégorisation particulière d'achat : services courants et P.I, fournitures, travaux. La création d'un CCAG TIC est une initiative qui prend acte de spécificités d'un domaine d'achat particulier. Elle a montré son efficacité. Dans cette même démarche, il nous semble essentiel de réfléchir à la création de CCAG supplémentaires. Notamment pour les marchés de maîtrise d'œuvre qui doivent tenir compte à la

fois d'un cadre juridique stricte et des clauses du CCAG travaux.

Cependant, la pratique montre que tous les achats ne sont pas standardisés (par exemple marchés mixtes de services, fournitures et travaux), ces derniers relèvent parfois de plusieurs CCAG ce qui rend la rédaction du CCAP peu intelligible et peu sûr. Cette difficulté peut être facilement résolue par la diffusion d'une fiche méthodologique pour la rédaction des CCAP. La pratique recommandée serait qu'un seul et unique CCAG doit être visé par le CCAP quitte à s'inspirer des clauses des autres CCAG lorsque cela paraît opportun.

5. Eu égard à votre pratique d'acheteurs ou de titulaires de marchés publics, estimez-vous nécessaire de créer de nouveaux CCAG ?

Il s'avère que le CCAG PI est trop général au point d'être inadapté à la maîtrise d'œuvre : le CCAG PI ne prévoit pas la mensualisation des acomptes comme en travaux, de modifications en cours d'exécution, ou le droit moral de l'architecte ; compte-tenu des spécificités de la loi MOP récemment consacrée dans le code de la CP il conviendrait de prévoir un CCAG applicable à des prestations de maîtrise d'œuvre pour les raisons suivantes :

- Substituer le terme d'admission à celui de réception pour ne pas confondre avec la réception des travaux proprement dite.
- Introduire un certain nombre de clauses relatives à la responsabilité civile décennale
- Prévoir l'OS de prix provisoires à l'instar de ce que prévoit l'article 14 du CCAG travaux.
- Spécifier dans le cas général des marchés à tranche le régime des indemnités de dédit et d'attente

Enfin, la codification du décret n° 1993-1268 au Code de la CP a omis de mentionner que le contrat de Moe peut prévoir des clauses d'incitation à de meilleurs résultats quantitatifs et qualitatifs. Il convient de réintroduire ces dispositions abrogées dans un CCAG MOE. Il nous paraît important d'inciter à l'adoption de telles clauses qui constituent un levier d'amélioration de la qualité de l'achat en lien avec l'adoption des clauses de réexamen.

Depuis 2009, les marchés dits globaux de conception-réalisation et/ou exploitation maintenance se sont multipliés. Il paraît important aujourd'hui de tenir compte de cette évolution de la pratique des achats publics qui justifie la création d'un CCAG Marché Public Global. Par exemple, certains MOA se sont dotés de documents génériques pour satisfaire à ce besoin.

6. Considérez-vous qu'il puisse être opportun, à titre pédagogique, de lister dans une annexe aux CCAG des précisions que l'acheteur doit ou peut apporter dans le CCAP ?

Oui, la pédagogie est très utile. Cela permettrait de voir réécrit dans le CCAP la même chose que dans le CCAG ou de ne pas voir traité dans un CCAP ce qui devrait l'être en vertu du CCAG. A l'instar des commentaires un guide de rédaction pourrait être une bonne idée dans un document annexe et supprimerait la question de 2009 posée sur le caractère contractuel des commentaires dans les CCAG.

Observations complémentaires sur les CCAG actuels :

- Il semblerait efficace de prévoir un corpus de clauses sur lesquelles il serait impossible de déroger afin de garantir un équilibre contractuel minimum (acceptation tacite des prestations, indemnité en cas de résiliation sans faute...).
- Il faudrait aussi préciser davantage le champ d'application de chaque CCAG.

- Il conviendrait de rééquilibrer les CCAG :

(i) d'un CCAG à l'autre (ex. : CCAG PI moins favorable au titulaire que le CCAG travaux) ; et

(ii) dans les rapports entre le pouvoir adjudicateur et le titulaire, aujourd'hui trop déséquilibrés au détriment du titulaire (notamment il serait nécessaire qu'un plafond de pénalités et qu'un plafond global de responsabilité soient instaurés ce qui est prévu en commentaire de l'article 8 du CCAG PI mais en pratique presque jamais appliqué. A noter que le taux de ces plafonds pourront toujours être adaptés par l'acheteur public en fonction de son appréciation des risques et des enjeux).

2. PERSPECTIVES D'EVOLUTION DES CCAG

L'entrée en vigueur du code de la commande publique le 1^{er} avril 2019 implique que les références et les termes utilisés dans les CCAG soient mis à jour (ex. références à la loi sur la maîtrise d'ouvrage, à la loi sous-traitance, ainsi qu'aux délais de paiement...). De la même manière, les termes rendus obsolètes par l'entrée en vigueur du code devront être modifiés (ex. les notions d'entrepreneurs et de tranche conditionnelle pourraient être remplacées respectivement par celles d'opérateurs économiques et de tranche optionnelle).

La mise à jour des CCAG pourrait également être l'occasion d'identifier les stipulations communes qui pourraient être harmonisées notamment afin d'unifier, autant que possible, le régime juridique applicable aux marchés publics qui se réfèrent à un CCAG.

L'actualisation des CCAG pourrait enfin permettre de prendre en compte certaines jurisprudences bien établies, comme par exemple celles relatives au contenu du mémoire en réclamation⁴.

2.1. Questions communes à l'ensemble des CCAG

2.1.1. Unifier les clauses d'exécution des marchés publics qui se réfèrent à un CCAG via l'harmonisation ou le regroupement de clauses communes

A l'exception du CCAG-Travaux, seuls les chapitres I^{er} « Généralités » des CCAG regroupent des stipulations identiques à l'ensemble des CCAG. Les autres chapitres comprennent quant à eux, outre des clauses spécifiques, des stipulations similaires mais non identiques tant par le vocabulaire utilisé que par la rédaction des articles.

Ces différences rédactionnelles, qui peuvent être justifiées par la diversité de l'objet des CCAG, peuvent néanmoins nous conduire à nous demander s'il s'agit d'un point d'équilibre qu'il convient de maintenir ou s'il faut poursuivre l'effort d'harmonisation effectué en 2009.

Au-delà de cet exercice purement rédactionnel, il pourrait même être envisagé de regrouper l'ensemble de ces stipulations dans un « tronc commun » selon des modalités qui permettraient de ne pas rompre la cohérence et la logique chronologique de chaque CCAG.

Par ailleurs, au titre de l'unification du régime juridique applicable et partant du constat que la propriété intellectuelle constitue de plus en plus fréquemment un élément essentiel des marchés publics (ex. marchés de maîtrise d'œuvre...), une autre piste d'évolution pourrait consister à insérer, à l'instar du CCAG-TIC, dans un ou plusieurs CCAG les clauses (éventuellement modernisées) de propriété intellectuelle figurant dans le CCAG-PI.

⁴ CE, 3 octobre 2012, n° 349281, *Société Valtera* et CE, 26 avril 2018, *Société EMTS et Envéo Ingénierie*.

A titre d'illustration, depuis 2009, le CCAG-MI ne contient plus de clauses de propriété intellectuelle en tant que telles mais comporte uniquement un commentaire incitant à inclure des stipulations du chapitre V du CCAG-PI pour les marchés industriels comportant une part d'études. Les acheteurs se réfèrent donc au chapitre relatif à l'utilisation des résultats des CCAG-PI ou TIC pour organiser une telle cession.

Questions :

7. Considérez-vous opportun d'unifier d'avantage les clauses d'exécution des marchés publics qui se réfèrent aux CCAG ?

Oui, pour une plus grande égalité et sécurité juridique afin d'éviter en fonction de l'objet du marché et du CCAG applicable notamment en ce qui concerne l'exécution financière, le régime des résiliations, la mensualisation des acomptes, les acceptations tacites et les réclamations.

8. Une harmonisation totale des stipulations similaires des CCAG-MI, FCS, PI et TIC vous semble-t-elle envisageable ? souhaitable ?

Oui, souhaitable pour éviter que les acheteurs publics référencent plusieurs CCAG pour choisir la clause qui leur est la plus favorable en fonction du CCAG. Il faudrait tenir compte aussi du CCAG Travaux, voire de nouveaux CCAG s'il est décidé d'en adopter.

9. Dans l'affirmative, vous apparaît-il préférable, dès lors que la cohérence et la logique chronologique des CCAG seraient préservées, d'harmoniser la rédaction des clauses existantes au sein de chacun d'eux ou d'identifier un corpus de clauses communes autonome ?

L'harmonisation totale est à exclure car des spécificités justifient de viser un CCAG particulier. En outre, un « tronc commun » risque de multiplier les références avec la question de l'ordre de préséance.

10. Des stipulations relatives aux droits de propriété intellectuelle devraient-elles selon vous figurer dans tous les CCAG ou dans certains d'entre eux ? A défaut, l'intérêt de telles stipulations doit-il être rappelé dans la liste de clauses à prévoir dans les CCAP, si l'option d'une telle annexe indicative était retenue ?

Dans tous les cas, l'enjeu de propriété intellectuelle est croissant y compris en travaux, marchés globaux, MOE (ex : BIM, droit de l'œuvre architecturale, études d'exécution, remise des DOE, documentation sur les équipements...)

2.1.2. Poursuivre la démarche d'équilibre et de sécurité juridique dans l'exécution des marchés publics

Lorsqu'ils sont des contrats administratifs, les marchés publics sont, fortement empreints d'unilatéralité. Le pouvoir de contrôle de la personne publique sur l'exécution du contrat est d'ailleurs réaffirmé avec force par le code de la commande publique (art. L. 6, 1°),

Si cette prérogative de puissance publique est indispensable à l'exécution du service public, elle entretient, auprès des opérateurs économiques le sentiment de déséquilibre dans les relations contractuelles. Ce faisant, elle peut rendre la commande publique moins attractive pour les entreprises, et en particulier les petites et moyennes entreprises (PME).

Si l'un des objectifs de la réforme des CCAG de 2009 a été d'apaiser les relations contractuelles, la présente réforme pourrait être l'occasion de poursuivre cette volonté d'atténuer le déséquilibre entre les titulaires de marchés publics et les acheteurs publics.

Assurer l'accès du plus grand nombre d'entreprises à la commande publique

Afin de renforcer l'attractivité de la commande publique pour le plus grand nombre d'entreprises et notamment pour les PME, une évolution des stipulations relatives aux conditions d'exécution financière des marchés publics prévues par les CCAG apparaît être un axe de réforme intéressant. A cet effet, plusieurs mesures apparaissent permettre d'alléger les contraintes pesant sur la trésorerie des entreprises et ainsi permettre de favoriser l'accès des PME aux marchés publics.

Les avances dans les marchés publics

Le versement d'une avance facilite l'exécution des marchés publics et assure un égal accès à ces contrats à toutes les entreprises, qu'elles disposent ou ne disposent pas d'une trésorerie suffisante pour débiter l'exécution des prestations. Que cette avance soit obligatoire ou facultative, l'article R. 2191-10 du code de la commande publique impose que son taux et les conditions de son versement soient fixés dans le contrat.

Afin de pallier l'insécurité juridique qui résulterait de l'absence d'une telle clause dans le CCAP en cas d'avance obligatoire, il pourrait être opportun de prévoir dans les CCAG un dispositif supplétif faisant application par défaut du taux minimal prévu par le code.

Mais la réforme des CCAG doit-elle aussi être l'occasion d'aller plus loin et de réfléchir à l'introduction, dans ces documents contractuels, d'un taux standard supplétif du montant des avances qui serait supérieur au montant minimal prévu par la réglementation ? L'introduction d'un tel taux dans les CCAG serait avant tout destinée à inciter les acheteurs qui le peuvent à fixer un taux supérieur au taux minimal applicable et ainsi leur permettre de susciter davantage de candidatures et d'offres dans leurs procédures de passation.

Toutefois, en tant que modèle de documents contractuels, les acheteurs conserveront la faculté de déroger à ce taux via l'introduction d'un taux différent dans leur CCAP, sous réserve de ne pas méconnaître le taux minimum fixé par le code.

A défaut d'introduire un taux supplétif du montant de l'avance dans les clauses des CCAG, il pourrait également être envisagé de rappeler dans une annexe aux CCAG, qui listerait, à titre indicatif, les précisions à apporter dans le CCAP (cf. supra 1.2), que l'acheteur peut fixer un taux d'avance supérieur au taux minimal applicable, quels que soient l'acheteur et le titulaire du marché public.

Questions :

11. Vous semble-il opportun d'introduire dans les CCAG une clause par défaut renvoyant au taux minimal fixé par le code de la commande publique ?

Non car la réglementation se suffit à elle-même. En 2009, a été créé des rubriques de commentaires attachées à certains des articles.

12. Êtes-vous favorable à la fixation d'un taux standard supplétif du montant des avances qui serait différent du taux minimal prévu par le code de la commande publique ? Si oui, quel taux, différent du taux minimal applicable, vous semble-t-il envisageable ?

Oui, les CCAG pourraient prévoir un taux par défaut qui correspondrait au plancher fixé par l'article R2191-7 du CCP de 20% pour les PME et les marchés de l'État. Ce taux, qui ne serait applicable que par défaut, présente l'avantage d'être compatible avec les autres dispositions applicables aux avances des autres marchés pour les PME. Le retour d'expérience des entreprises d'ingénierie montre que les acheteurs publics se contentent trop souvent du minimum fixé à 5% pour les douze premiers mois et que cela met en danger leurs trésoreries et donc leurs capacités financières. L'instauration d'un taux de 20% dans les CCAG serait donc de nature à améliorer la compétitivité des entreprises et leur capacité d'investissement. En outre, cette avance correspondrait mieux aux efforts de mobilisation important au tout début de l'exécution des

marchés de MOE sans délai (contrairement à ce que prévoit le CCAG travaux par exemple qui aménage une période de préparation du marché).

13. A défaut d'introduire un tel taux dans les clauses des CCAG, considérez-vous opportun de faire figurer ce taux parmi les éléments de la liste de clauses à prévoir dans les CCAP, si l'option d'une telle annexe indicative était retenue ?

Oui pour la pédagogie et l'intelligibilité du texte. Mais cela resterait très insuffisant par rapport à l'option de l'intégration d'un taux standard dans les CCAG.

La retenue de garantie

Le mécanisme de la retenue de garantie est également susceptible de faire peser sur les entreprises, et en particulier les très petites entreprises (TPE) et PME, d'importantes contraintes de trésorerie. Dans l'optique de favoriser l'accès à la commande publique, le décret du 24 décembre 2018 a diminué de 5 % à 3 % le taux maximal de la retenue de garantie dans le cadre des marchés publics de l'Etat conclus avec des PME.

Nonobstant les dispositions du code de la commande publique relatives à la retenue de garantie et aux délais de paiement, la libération tardive de la retenue de garantie fait l'objet de critiques récurrentes de la part d'entreprises titulaires de marchés publics. Le cadre contractuel offert par les CCAG pourrait ainsi permettre de compléter les dispositions existantes et renforcer les mécanismes prévus par la réglementation.

Le CCAG pourrait ainsi, par exemple, prévoir un délai plus court que le délai réglementaire maximal de remboursement de la retenue de garantie, actuellement fixé à 30 jours à compter de la date d'expiration du délai de garantie (art. R. 2191-35).

La réforme des CCAG pourrait être l'occasion de réfléchir à l'introduction, dans ces documents contractuels, d'un taux standard supplétif du taux de retenue de garantie qui serait différent du taux maximal prévu par la réglementation. L'introduction d'un tel taux, dans les CCAG, serait avant tout destinée à inciter les acheteurs qui le peuvent à fixer un taux inférieur au taux maximal applicable et ainsi leur permettre de susciter davantage de candidatures et d'offres dans leurs procédures de passation.

Toutefois, en tant que modèle de documents contractuels, les acheteurs conserveront la faculté de déroger à ce taux via l'introduction d'un taux différent dans leur CCAP.

A défaut d'introduire un tel taux dans les clauses des CCAG, il pourrait également être envisagé de rappeler dans une annexe aux CCAG, qui listerait, à titre indicatif, les précisions à apporter dans le CCAP (cf. supra 1.2), que l'acheteur peut fixer un taux de retenue de garantie inférieur au taux maximal applicable, quels que soient l'acheteur et le titulaire du marché public.

Questions :

14. Êtes-vous favorable à la fixation d'un taux standard supplétif du montant de la retenue de garantie qui serait différent du taux maximal prévu par le code de la commande publique ? Si oui, quel taux, différent du taux minimal applicable, vous semble-t-il envisageable ?

La retenue de garantie a pour objet d'assurer la bonne et complète exécution du contrat. Un taux « correct » est donc très variable en fonction de l'objet des marchés visés. Dans la mesure où les CCAG sont adaptés à une typologie d'achat et que le taux standard reste supplétif il est envisageable de prévoir un tel taux à la condition impérative que ce taux soit différencié en fonction du CCAG.

Concernant les marchés de PI/MOE, la retenue de garantie est sans objet tel que défini à l'article R2191-32 CCP. Rappelons que le CCAG PI ne prévoit pas de réserve à la réception et la non application de la garantie de parfait achèvement des marchés de travaux dans les marchés de MOE a été consacrée par la jurisprudence.

15. A défaut d'introduire un tel taux dans les clauses des CCAG, considérez-vous opportun de faire figurer ce taux parmi les éléments de la liste de clauses à prévoir dans les CCAP, si l'option d'une telle annexe indicative était retenue ?

Oui pour la pédagogie et l'intelligibilité du texte mais attention à bien différencier les CCAG dans lesquelles cette recommandation pourrait apparaître. Elle semble superfétatoire pour les CCAG PI (et éventuellement MOE) pour lesquelles la retenue de garantie n'a pas de raison d'être faite pour AMO et MOE de pouvoir agir concrètement sur la levée des réserves.

Les clauses d'assurance et de garantie

L'exécution des marchés publics nécessite de la part des titulaires de marchés publics, la souscription de contrat d'assurance et, le cas échéant, de garantie. Les clauses des CCAG sur ces éléments qui, en cas de réalisation d'aléas, peuvent représenter des enjeux financiers considérables, font l'objet de critiques notamment quant à leur application (attestation, niveau de couverture des risques...). Dans l'objectif d'apaiser les relations entre acheteurs et titulaires de marchés publics, il pourrait être opportun de préciser ces clauses.

Question :

16. Jugez-vous nécessaire de modifier les clauses des CCAG relatives aux assurances et garanties ? Le cas échéant, quels compléments conviendrait-il de prévoir selon vous ?

La pratique démontre que les garanties exigées sont parfois excessives et inadaptées (garantie indisponible sur le marché ou ne correspondant pas à la définition des périmètres assurables) et peuvent réduire l'accès à la commande publique ou créer des inégalités entre les candidats. Des développements dans le cadre d'un guide annexe seraient bienvenus.

Les clauses relatives aux assurances devraient être précisées via une rédaction type compatible avec les exigences des assureurs, afin d'assurer l'assurabilité des projets selon des conditions satisfaisantes pour le pouvoir adjudicateur et au meilleur coût (ex : exclusion des indirects non consécutifs, capitalisation demandée uniquement pour les ouvrages soumis à l'obligation d'assurance décennale, CCRD pour tous les ouvrages soumis dont le coût excède 15 millions d'euros).

L'insertion de clauses incitatives

Le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics prévoyait la possibilité d'insérer des clauses incitatives dans les marchés publics, « notamment aux fins d'améliorer les délais d'exécution, de rechercher une meilleure qualité des prestations et de réduire les coûts de production » (art. 17). Cette disposition, de nature contractuelle, n'a, à ce titre, pas été reprise dans le code de la commande publique mais une telle mesure demeure évidemment possible et doit être encouragée.

Les CCAG comprennent déjà des stipulations relatives aux primes pour réalisation anticipée des prestations qui précisent que le marché public peut prévoir de telles primes, soit pour l'ensemble des prestations, soit pour certaines parties des prestations faisant l'objet de délais particuliers ou de dates limites fixés dans le marché. Ces stipulations pourraient ainsi faire l'objet de développements afin de préciser les modalités de

versement de la prime pour réalisation anticipée des prestations. Il pourrait en outre être envisagé d'insérer de nouvelles clauses incitatives, portant par exemple sur la performance, la qualité des prestations ou la réduction des coûts de production.

Questions :

17. Les stipulations relatives à la prime pour réalisation anticipée des prestations doivent-elles être développées ?

Oui, les CCAG (marchés publics en général) sont répressifs et peu incitatifs cela pourrait être vertueux sous réserve d'un dispositif accessible et simple d'approche et qui permettra une réalisation plus rapide des projets.

ATTENTION toutefois à la multiplication des primes qui auront des répercussions sur l'exécution d'autres contrats interdépendants (par exemple si l'entreprise de travaux est intéressée à la réduction des délais le MOE devra renforcer les moyens humains de suivi du chantier). Il convient donc de circonscrire l'utilisation des primes aux cas où un avantage économique en résulte pour le MOA (bilan coûts/avantages) et à l'articulation entre les différents contrats interdépendants qui peuvent anticiper ces situations par exemple en application de clauses de réexamen à prévoir par les CCAG.

18. Les CCAG doivent-ils prévoir d'autres clauses incitatives qui ne seraient pas limitées au délai de réalisation anticipée ?

Oui lorsque le prestataire est engagé sur un niveau de performance et que celui-ci est mesurable, et atteint voire dépassé. Cela pourrait notamment concerner une incitation à la réduction du coût de travaux pour les marchés de MOE.

La révision obligatoire des prix

Le CCAG-Travaux stipule que « les prix sont réputés fermes, sauf dans les cas où la réglementation prévoit des prix révisables ou si les documents particuliers du marché prévoient de tels prix et qu'ils comportent une formule de révision des prix » (art. 10.4.1).

Une telle précision ne figure pas dans les autres CCAG, qui prévoient seulement que les prix sont réputés fermes et renvoient, dans un commentaire, aux dispositions relatives à l'actualisation et à la révision de prix pour préciser que les marchés conclus à prix révisable doivent prévoir une formule de révision ou d'actualisation (art. R. 2112-13 du code de la commande).

Par ailleurs, l'article 10.4.5. du CCAG-Travaux prévoit qu'en cas de révision du prix, la date d'établissement du prix initial est précisée dans le marché et définit, à titre supplétif, cette date lorsque le contrat n'en prévoit pas. Les quatre autres CCAG ne comprennent pas une telle clause supplétive.

En renvoyant directement aux cas de révision de prix obligatoire prévus par la réglementation et en précisant la date d'établissement du prix initial, le CCAG-Travaux sécurise davantage la relation entre les acheteurs et les opérateurs économiques. Une harmonisation des CCAG sur le modèle du CCAG-Travaux pourrait donc être envisagée. Cette harmonisation pourrait également être adaptée en fonction des spécificités de chaque CCAG telle que le CCAG-FCS s'agissant de l'obligation de révision obligatoire des prix pour l'achat de matières premières agricoles et alimentaires.

Questions :

19. Considérez-vous opportun de reprendre, dans les CCAG-MI, PI, TIC et FCS, les clauses du CCAG-Travaux concernant les cas de révision de prix obligatoire et la date d'établissement du prix initial ?

Oui il est pertinent d'uniformiser entre les différents CCAG. La référence à une durée d'exécution du marché présente l'avantage d'être une donnée objective. Tout marché d'une durée supérieure à 1 an devrait comporter une clause de révision des prix sur la base d'un ou plusieurs indice(s).

20. Dans quelle mesure considérez-vous que l'obligation de révision des prix pour l'achat de matières premières agricoles et alimentaires doit être complétée dans le CCAG-FCS?

Non concerné.

L'actualisation du prix

Si le CCAG-Travaux apporte des précisions supplémentaires quant à la date d'établissement du prix initial en matière de révision de prix, son article 10.4.3 ne prévoit pas de telles stipulations concernant la date de fixation du prix de l'offre pour son actualisation.

Il pourrait être envisagé, à l'instar de ce qui est prévu en cas de révision, que le CCAG-Travaux précise ce qu'il doit être entendu concrètement par « date de fixation de l'offre ». Cette modification pourrait d'ailleurs être étendue à l'ensemble des CCAG.

Question :

21. Pensez-vous qu'il soit nécessaire de préciser dans les CCAG ce que revêt concrètement la date de fixation de l'offre en cas d'actualisation des prix ? Dans l'affirmative, que conviendrait-il de prévoir selon vous ?

Oui car le sujet n'est pas assez connu et sujet à interprétations qui génèrent des tensions entre l'acheteur et l'opérateur économique (indiquer que c'est la date du mois qui précède la date de remise de l'offre initiale)

Les pénalités pour retard

Les CCAG comprennent des clauses relatives au montant des pénalités ainsi qu'une clause exonérant le titulaire de pénalités lorsque celles-ci sont inférieures à un certain montant (1 000 € hors taxes pour les CCAG-Travaux, MI et PI, 300 € hors taxes pour les CCAG-FCS et TIC). L'application des pénalités est susceptible de constituer une perte de recettes pour les titulaires de marchés publics ou d'engendrer un renchérissement du prix de l'offre lorsque les opérateurs économiques anticipent leur application.

Dans la mesure où la pratique des pénalités n'est pas toujours maîtrisée par les acheteurs publics et peut être source de tension entre les parties, la réforme des CCAG pourrait être l'occasion de réfléchir à leurs modalités d'application.

Questions :

22. Le montant des pénalités et le montant de l'exonération des pénalités de retard vous semblent-t-ils devoir évoluer ? Le cas échéant, dans quelle mesure et selon quelles modalités ?

Les montants fixés par défaut par le CCAG doivent être équivalents dans tous les CCAG et rester dans les proportions actuelles. Mais la liste des clauses à prévoir dans le CCAP peut préciser que leur montant doit être adapté à l'objet du marché, aux délais d'exécution en tenant compte de l'incidence sur le prix (un risque non maîtrisable sera provisionné). Des clauses incitatives sont également possibles. Le caractère provisoire des pénalités est également incitatif au rattrapage du retard afin de respecter le délai global.

Toutefois il faut noter que pour les marchés de MOE les taux par défaut ne sont presque jamais appliqués. En tout état de cause, il faudrait prévoir que l'assiette de base de la pénalité soit les honoraires correspondant à l'élément de mission concerné.

23. Vous semble-t-il opportun de prévoir contractuellement un plafonnement du montant des pénalités de retard ?

Oui, pour les mêmes raisons. Un risque non maîtrisable ou non quantifiable (maximum) sera provisionné ce qui a une incidence sur les prix. Cela semble indispensable au regard de la pratique de certain acheteur.

Ce plafond ne saurait dépasser la norme existante dans les marchés privés (5%) pour tenir compte des prérogatives de puissance publique mais doit exister (norme AFNOR NFP 03-0001).

Par exemple, ce plafond devrait être à hauteur de 5% du montant du marché public pour les pénalités de retard.

La valorisation des ordres de service

L'exécution des marchés publics, dans des conditions équitables, contribue à apaiser les relations entre acheteurs et titulaires de marchés publics. A cet effet, le projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises (PACTE) prévoit l'obligation de valoriser toutes « *les prestations supplémentaires ou modificatives demandées par l'acheteur au titulaire d'un marché public de travaux qui sont nécessaires au bon achèvement de l'ouvrage et ont une incidence financière sur le marché public* ».

Dans ce même objectif d'assurer une exécution équitable du marché public par leurs titulaires, la réforme des CCAG pourrait être l'occasion d'envisager d'étendre, via l'introduction d'une clause dans les CCAG, l'obligation de valoriser les ordres de service à l'ensemble des marchés publics.

Question :

24. Jugez-vous opportun d'étendre via l'introduction d'une clause dans les CCAG, l'obligation de valoriser les ordres de service à l'ensemble des marchés publics ?

Oui. A ce titre les CCAG gagneraient à inclure une clause claire prévoyant la procédure opérationnelle applicable en pareil cas (permettant un échange entre les parties préalable et assurant la réactivité nécessaire).

La prévention et le règlement des différends et litiges

Introduire davantage de contradictoire dans la prise de décision des acheteurs dans l'exécution des marchés publics

Dans une logique d'apaisement des relations entre les acheteurs publics et les titulaires de marchés publics et afin notamment de diminuer le sentiment d'unilatéralité propre à l'exécution de contrat administratif, il pourrait ainsi être envisagé d'introduire davantage de contradictoire avant la prise de décision par les acheteurs.

Prévoir davantage de contradictoire dans les CCAG permettrait ainsi de prévenir certains différends en instituant des moments d'expression et d'échange, propice au rapprochement des points de vue. A ce titre, alors que l'ensemble des CCAG stipule que les pénalités de retard sont appliquées sans mise en demeure, il pourrait être envisagé d'instaurer un mécanisme de mise en demeure préalable afin de permettre au titulaire

de faire valoir ses observations sur les éventuelles raisons qui ont conduit le maître d'œuvre à constater un retard dans l'exécution des prestations.

Question :

25. Pensez-vous qu'il soit nécessaire d'instaurer davantage de contradictoire dans les relations contractuelles ? Le cas échéant, avant quel type de décisions prises par l'acheteur ?

Oui, toute application de mesures coercitives/sanctions devrait être précédée du contradictoire : résiliation pour faute, réfaction, pénalités...

Les modes alternatifs de règlement des différends (MARD)

Le règlement des différends est une importante question pour les praticiens de la commande publique. L'idée de développer les procédures amiables en matière administrative est ancienne et répétée. Le Conseil d'Etat y a déjà consacré deux rapports : le premier du 4 février 1993, *Régler autrement les conflits* et le second du 29 juillet 2011, *Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne*. Ainsi, depuis de nombreuses années, la résolution à l'amiable d'un litige, qui permet d'éviter un contentieux inutile, coûteux et incertain, est fortement encouragée par les pouvoirs publics.

Afin de traduire cette volonté en pratique, le choix a été fait, lors de la codification, d'inclure l'ensemble des MARD dans le code de la commande publique et de codifier les dispositions du décret n° 2010-1525 du 8 décembre 2010 relatif aux comités consultatifs de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics. Ces règles sont désormais régies par les articles L. 2197-1 et suivants ainsi que les articles R. 2197-1 et suivants du code de la commande publique.

Seul le CCAG-Travaux prévoit des stipulations détaillées relatives au règlement des différends (art. 50.4 à 50.6). Néanmoins, celles-ci ne traitent pas de l'ensemble des possibilités de MARD offertes aux parties et aujourd'hui codifiées. En outre, dans la mesure où les règles relatives aux MARD s'appliquent à tous les marchés publics et que les stipulations y afférentes dans les autres CCAG sont particulièrement laconiques, un socle de stipulations communes regroupant l'ensemble des MARD pourrait être intégré dans les autres CCAG.

Question :

26. Serait-il opportun, selon vous, de prévoir un socle commun de stipulations relatives aux MARD inspiré du CCAG-Travaux dans les autres CCAG ?

Oui, les procédures amiables type médiation/conciliation devraient être favorisées sans pour autant être de recours obligatoire. Le recours au Médiateur des entreprises devrait être encouragé au vu de la qualité des retours d'expérience que nous avons pu obtenir.

Le règlement des litiges

Les délais de recours contentieux ne sont pas traités de manière homogène par les cinq CCAG : en effet, seul le CCAG-Travaux prévoit des stipulations en la matière (art. 50.3).

Par un décret n° 2019-82 du 7 février 2019 modifiant le code de justice administrative (CJA), le pouvoir réglementaire est venu ajouter un nouvel alinéa à l'article R. 421-1 du CJA qui dispose que « les mesures prises pour l'exécution d'un contrat ne constituent pas des décisions au sens du présent article ». Il en

résulte que le délai de recours de droit commun n'est pas applicable aux décisions prises par l'acheteur public dans le cadre de l'exécution du marché.

Dès lors, en application du principe de sécurité juridique, « *qui implique que ne puissent être remises en cause sans condition de délai des situations consolidées par l'effet du temps* », y compris dans le cadre de relations contractuelles, il pourrait être envisagé d'introduire un délai de recours contentieux dans tous les CCAG. Dans cette optique, il pourrait également être envisagé de compléter les stipulations du CCAG-Travaux qui ne prévoient aucun délai de recours contentieux pour les réclamations autres que celles portant sur le décompte général et définitif.

Question :

27. Pensez-vous qu'il soit opportun d'introduire un délai de recours contentieux dans les CCAG qui sont muets en la matière ? Le cas échéant, quelle pourrait être la durée de ce délai ? Faudrait-il compléter les stipulations du CCAG-Travaux pour prévoir un délai de recours contentieux dans le cas des réclamations ne concernant pas le décompte général et définitif ?

Il semblerait opportun d'uniformiser la contestation née de l'exécution du contrat quel que soit le CCAG appliqué. La généralisation du dispositif du CCAG travaux sur la reprise de l'ensemble des sommes à valoir au solde du contrat (y compris les sommes et réclamations rejetées en cours d'exécution) dans un projet de décompte final serait idéale pour :

- Consolider le litige au solde du contrat et réduire le nombre de contentieux ;
- Unifier et clarifier les délais de recours sur 1 seule réclamation de solde ;
- L'acceptation du décompte général tacite ;
- Limitation du délai de notification du décompte général à compter de la réception du marché.

2.1.3. La dématérialisation dans l'exécution des marchés publics et la question du traitement de données

La dématérialisation dans l'exécution des marchés publics

La dématérialisation est un axe majeur de la modernisation du droit de la commande publique. Elle constitue en effet un moyen efficace d'alléger les charges pesant sur les entreprises et sur les acheteurs et représente également un gain de temps en accélérant la transmission des dossiers de consultation, des candidatures et des offres, facilitant ainsi l'émergence d'une véritable concurrence. Aussi, elle permet de lutter contre la corruption en assurant aux candidats et soumissionnaires que les éléments qu'ils envoient ne seront pas ouverts avant la date limite de remise des offres et en sécurisant leurs communications et échanges d'informations. En ce sens, elle permet de renforcer l'égalité de traitement et la transparence des procédures.

Depuis le 1^{er} octobre 2018, les communications et les échanges d'informations effectués dans le cadre de la procédure de passation d'un marché public doivent être réalisés par voie électronique, sous réserve d'exceptions très encadrées⁶.

S'il existe une obligation de dématérialisation dans le cadre de la procédure de passation du marché, les textes n'imposent pas la dématérialisation du contrat lui-même⁷ ou la transmission par voie électronique des informations ou documents en cours d'exécution du contrat (hormis la facturation électronique).

⁵ CE, 13 juillet 2016, *Czabaj*, n° 387763, Rec. p. 340.

⁶ Art. L. 2132-2 et R. 2132-7 du code de la commande publique.

⁷ Cela dépend notamment de la volonté de l'acheteur d'imposer la signature électronique.

Afin d'accompagner et encourager les acheteurs publics qui le souhaitent dans la dématérialisation complète de leurs marchés publics, la réforme des CCAG pourrait être l'occasion de définir et sécuriser l'ensemble de ces échanges dématérialisés.

A titre d'illustration, les clauses des CCAG relatives à la forme des notifications et informations des bons de commande et des ordres de service pourraient ainsi être adaptées en ce sens (il apparaît par exemple indispensable que la date des envois et l'identité de la personne dont ils émanent puissent être dûment identifiées de façon certaines).

Les profils d'acheteurs, qui s'imposent dans le cadre de la passation du contrat, constituent ainsi des outils très sécurisés dans la mesure où ils permettent notamment de garantir l'authenticité des échanges, d'identifier la personne dont ils émanent et de générer les accusés de réception y afférents.

Questions :

28. Etes-vous favorable à l'introduction de stipulations favorisant la dématérialisation des communications et échanges d'informations entre les parties pendant la période d'exécution du contrat ?

Cela allégerait les CCAP et aurait un avantage : uniformisation et sécurité juridique.

29. Dans l'affirmative, quels types d'échanges conviendrait-il, selon vous, de dématérialiser, et ce, sous quelle forme ? Une sécurisation des échanges similaire à celle s'imposant dans le cadre de la passation du contrat via les plateformes d'acheteurs est-elle jugée nécessaire ?

Oui, il faut à terme arriver à la dématérialisation des échanges courants tels que les ordres de service.

Pas de nécessité d'un niveau de sécurisation du type de celui des plateformes des acheteurs.

La dématérialisation des factures

Depuis le 1^{er} janvier 2017, les factures émises en exécution de marchés publics conclus par l'Etat, les collectivités locales et les établissements publics avec progressivement l'ensemble des titulaires de marchés et leurs sous-traitants admis au paiement direct doivent être dématérialisées.

En 2018, ce sont ainsi plus de 27 millions de factures qui ont été transmises, par voie électronique, aux acheteurs publics via le portail public de facturation électronique (Chorus Pro) qui regroupe près de 500 000 utilisateurs. Grâce à la dématérialisation des factures, les titulaires de marchés publics et les acheteurs publics se trouvent ainsi libérés de tâches de traitement manuel à faible valeur ajoutée représentant un coût significatif (impression des factures, mise sous plis, affranchissement, tri).

Eu égard au développement récent et à la prochaine généralisation de la facturation électronique dans les marchés publics, la réforme des CCAG pourrait être l'occasion de réfléchir à la nécessité de traduire, dans les relations contractuelles, les dispositions légales et réglementaires relatives à la transmission et au traitement des factures électroniques.

⁸ Selon l'article 1316-1 du code civil, l'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité.

Question :

30. Estimez-vous nécessaire d'introduire, dans les CCAG une ou plusieurs clauses permettant de mieux prendre en compte la réglementation nationale applicable en matière de facturation électronique ? Le cas échéant, dans quelle mesure cette réglementation vous semble-t-elle devoir être précisée ?

Les CCAG peuvent prévoir l'utilisation de Chorus Pro par défaut, quitte à l'acheteur non soumis de proposer une autre solution dans les CCAP. Pour les relations entre les entreprises de travaux et les MOA, le MOE devraient se voir imposer d'utiliser ce même outil pour la vérification des situations de travaux. Une clause du CCAG MOE serait particulièrement efficace afin de garantir au MOA le respect de la facturation électronique.

La protection des données à caractère personnel

Depuis la dernière réforme des CCAG en 2009, l'Union européenne a renforcé et unifié le régime de protection des données des personnes physiques pour les prémunir contre de nouveaux risques (cyber-sécurité, etc.). Le règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (RGPD) constitue le texte de référence en la matière.

En ce qui concerne la commande publique, son application a rendu obsolètes les clauses de l'article 5.2.3. des CCAG. En effet, la plupart des déclarations et autorisations administratives de la CNIL ont été supprimées par le RGPD au profit d'une logique de responsabilisation de l'ensemble des acteurs intervenant dans la chaîne d'un traitement de données à caractère personnel. Il incombe ainsi dorénavant à l'acheteur de s'assurer d'être en conformité avec la réglementation dans le cadre de marchés publics donnant lieu à une externalisation d'un ou plusieurs traitements de données à caractère personnel.

A ce titre, la direction des affaires juridiques des ministères économiques et financiers recommande aux acheteurs de prendre en compte cette évolution dans leurs marchés publics concernés : soit en modifiant par voie d'avenant les marchés publics en cours d'exécution, soit en insérant dès leur rédaction les clauses adéquates. Pour ce faire, ils peuvent notamment se référer au clausier type élaboré par la CNIL dans le guide « *RGPD : Guide du sous-traitant* » (édition septembre 2017)9.

Eu égard à l'importance des enjeux en cause, la réforme des CCAG pourrait être l'occasion de réfléchir à la possibilité d'y introduire une clause destinée à prendre en compte le règlement européen du 27 avril 2016 dit « *RGPD* » et, le cas échéant, à prévoir des sanctions en cas de violation de ses dispositions.

Questions :

31. Vous semble-t-il envisageable que les CCAG définissent une clause relative à l'application du règlement RGPD visant à encadrer le traitement de données à caractère personnel ? Le cas échéant, que conviendrait-il de prévoir ?

Oui dans la mesure où il est impératif de prévoir certains dispositifs de traitement des données personnelles conformément au RGPD et à la loi de 78 modifiée. Cette clause devrait être en mesure de décrire les mécanismes à mettre en œuvre selon les différentes situations possibles afin de garantir les parties à un contrat de la commande publique une parfaite conformité au RGPD.

32. Eu égard à la spécificité de cette clause et à défaut de pouvoir introduire une clause générique dans les CCAG, considérez-vous opportun de faire un rappel de cette problématique dans les éléments de la liste de clauses à prévoir dans les CCAP, si l'option d'une telle annexe indicative était retenue ?

Peut-être s'il y a plusieurs annexes ou une qui prend en compte les différents types de traitements

9 Fiche technique, « *L'impact du RGPD sur le droit de la commande publique* », 25 octobre 2018.

envisageables avec les différents niveaux de protection adéquats.

2.1.4. La commande publique au soutien du développement durable

Les marchés publics représentent environ 14 % du produit intérieur brut de l'Union européenne et constituent à ce titre un important levier pour la promotion et le soutien du développement durable. Dès 2003, la Commission européenne a ainsi exprimé certaines attentes concernant l'achat durable et sa direction générale de l'environnement anime depuis plusieurs années un comité d'experts afin de promouvoir les bonnes pratiques mises en place dans les Etats membres en matière d'achats publics durables.

En France, le *Plan national d'actions pour l'achat public durable*, le premier pour la période 2007-2010 et le second pour la période 2015-2020, fixe des objectifs en matière d'achat public durable. Un marché public sera ainsi qualifié de durable s'il intègre des stipulations en faveur de la protection ou de la mise en valeur de l'environnement, du progrès social, et favorisant le développement économique. Il doit prendre en compte l'intérêt de l'ensemble des parties prenantes concernées par l'acte d'achat. Cet achat permet également de réaliser des économies « intelligentes » au plus près du besoin et incite à la sobriété en termes d'énergie et de ressources.

Un achat public sera ainsi véritablement durable s'il prend en compte des considérations sociales, écologiques et économiques tant lors de la phase de passation que durant son exécution. Le code de la commande publique permet en effet de tenir compte, dans les conditions d'exécution, de considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social, à l'emploi ou à la lutte contre les discriminations (art. L. 2112-2). Les stipulations de nature sociale ou environnementale relatives aux conditions d'exécution d'un marché public peuvent par exemple concerner l'insertion du public éloigné de l'emploi par l'activité économique, le recours à des structures employant une majorité de travailleurs handicapés, ou encore la collecte et le recyclage des déchets produits.

A ce jour, les CCAG prévoient uniquement que le titulaire veille à ce que les prestations qu'il effectue respectent les prescriptions législatives et réglementaires en vigueur en matière d'environnement, de sécurité et de santé des personnes et de préservation du voisinage. Seul le CCAG-Travaux comprend une stipulation relative à la gestion et à la valorisation des déchets créés par les travaux objets du marché public (art. 36) ainsi qu'à la lutte contre le travail dissimulé (art. 35.5).

La réforme des CCAG sera ainsi l'occasion de donner un nouvel élan à la promotion du développement durable dans les marchés publics en devenant un outil incitatif soutenant les comportements écoresponsables ou en faveur du développement social.

Dans la mesure où le code de la commande publique impose que les conditions d'exécution des prestations soient liées à l'objet du marché public (art. L. 2112-2 et R. 2152-7), l'introduction d'une clause relative au développement durable dans les CCAG serait avant tout destinée à inciter les acheteurs, dont l'objet du marché public l'autorise, à ne pas déroger à cette clause. Ce faisant, par le biais d'une telle clause, les acheteurs pourront imposer au titulaire du marché et, par ricochet, à ses sous-traitants, d'adopter un comportement écoresponsable ou à devenir un acteur du développement social.

Toutefois, en tant que modèle de documents contractuels, les acheteurs conserveront la faculté d'y déroger, lorsque l'objet de leur marché se prête difficilement à la mise en œuvre d'une telle condition d'exécution. A cet égard, la liste récapitulant toutes les précisions pouvant être apportées dans le CCAP, qui pourrait figurer en annexe des CCAG, pourrait mentionner les différentes autres clauses relatives au développement durable.

Questions :

33. Dans quelle mesure vos marchés publics prennent-ils en compte les préoccupations en matière environnementale et sociale ?

La clause d'insertion sociale très présente (volume d'heure par marché) et n'est pas forcément adaptée aux spécificités de la MOE qui requiert l'emploi de personnels très qualifiés (ingénieurs expérimentés) et préalablement formés.

34. Dans quelle mesure une clause relative au développement durable pourrait-elle être introduite dans les CCAG ?

Le CCP impose déjà de prendre en compte les considérations en matière de développement durable. Attention à ce que les exigences en matière de développement durable restent liées et proportionnées à l'objet du marché.

35. Dans l'hypothèse où un acheteur, eu égard à l'objet de son marché public, serait contraint de déroger à une telle clause, considérez-vous opportun de mentionner différentes autres clauses relatives au développement durable dans les éléments de la liste de clauses à prévoir dans les CCAP, si l'option d'une telle annexe indicative était retenue ?

Non puisque les clauses environnementales et sociales doivent être adaptées à l'objet et aux caractéristiques du marché.

36. Dans quelle mesure l'évolution de la réglementation doit se traduire dans les dispositifs relatifs à la lutte contre le travail dissimulé et la gestion des déchets prévus dans le CCAG-Travaux ?

Une évolution de la réglementation sur ces sujets pourrait nécessiter une adaptation des CCAG et créerait une instabilité juridique.

Observations complémentaires à caractère général :

2.2. Questions spécifiques à chaque CCAG

2.2.1. CCAG Marchés publics de travaux

Le CCAG-Travaux peut être appliqué, par les acheteurs publics, à leurs marchés publics, quel que soit leur montant, portant sur des prestations de travaux de construction ou de réhabilitation d'ouvrages de bâtiment ou d'infrastructure.

Il a été profondément réformé en 2009 et mis à jour, notamment sur les modalités de règlement des comptes, en 2014. Néanmoins, à la suite du chantier de simplification et de rationalisation du droit de la commande publique, initié avec la transposition des directives européennes de 2014 et achevé avec l'entrée en vigueur du code de la commande publique, certaines de ses stipulations méritent d'être actualisées.

Questions :

37. Dans quelle proportion vos marchés publics de travaux font-ils référence au CCAG-Travaux ?

100% si on exclut les quelques très grands donneurs d'ordres publics qui disposent de leurs propres conditions générales (SNCF, EDF, CEA...).

38. Lorsque vous appliquez le CCAG-Travaux, dans quelle mesure y dérogez-vous ? A quelles stipulations par exemple ?

20-25 dérogations

- Établissement du décompte final après levée de l'ensemble des réserves
- Plafonnement de facturation à 95% (hors retenue de garantie) avant réception
- Registre de chantier établi par entreprise.
- Modification durée période de préparation
- Plafonnement du montant des pénalités
- Pièces constitutives du marché
- Délai de garantie
- Délai de remise des attestations d'assurance
- Augmentation du montant des travaux par décision de poursuivre

39. Quelles sont les principales difficultés auxquelles vous êtes confronté dans l'utilisation de ce CCAG ?

Établissement du décompte final et solde non cohérent avec achèvement réel des travaux. Si on suit le CCAG, il faut alors inscrire des réserves et provisions au décompte. Cet écart entre fin administrative et financière du contrat et son exécution réelle encore imparfaite devrait être changée. Dans la pratique, force est de constater que les MOE et entreprises de travaux se mettent d'accord pour ne pas traiter le décompte final avant la fin de levée des réserves.

Le CCAG PI est applicable au marché de maîtrise d'œuvre mais des obligations sont mises à la charge du maître d'œuvre par le CCAG Travaux. L'articulation entre les obligations / responsabilités du maître d'ouvrage / maître d'œuvre / de l'entreprise n'est pas claire.

Il conviendrait d'intégrer dans un CCAG MOE les obligations et responsabilités que la jurisprudence a mis à la charge du MOE comme par exemple au titre de son devoir de conseil l'arrêt CE 6 avril 2007 n° 264290.

40. Quels sont ses principaux atouts ?

Le caractère pédagogique et simple du document qui est beaucoup plus complet que les autres CCAG (défaillance, suspension, augmentation du montant, prix provisoires...).

Les évolutions législatives :

La valorisation des ordres de service

La pratique de certains acheteurs consistant à valoriser à zéro euro les ordres de services adressés aux titulaires de marchés publics de travaux, tenus de les exécuter dans ces conditions financières, a été dénoncée par plusieurs fédérations professionnelles.

Une telle pratique nuit à l'attractivité de la commande publique en tant qu'elle introduit des conditions inévitables d'exécution d'un marché public par son titulaire.

Afin d'interdire une telle pratique préjudiciable aux entreprises et notamment aux PME, le projet de loi PACTE a introduit une nouvelle disposition dans le code de la commande publique afin d'imposer que « les prestations supplémentaires ou modificatives demandées par l'acheteur au titulaire d'un marché public de travaux, qui sont nécessaires au bon achèvement de l'ouvrage et ont une incidence financière sur le marché public, font l'objet d'une contrepartie permettant une juste rémunération du titulaire du contrat ».

La réforme des CCAG est l'occasion d'introduire cette mesure à l'article 14 du CCAG-Travaux.

Question :

41. Selon quelles modalités, la réforme du CCAG-Travaux doit-elle prendre en compte l'obligation faite aux acheteurs de valoriser les ordres de service ?

L'obligation de se référer à des sous-détails de prix pour évaluer un prix provisoire est de nature à prévenir toutes contestations sur le montant retenu pour rémunérer des prestations supplémentaires. Il conviendrait de réintroduire au CCAG le mécanisme de la décision de poursuivre qui permet de ne pas bloquer les paiements lorsque les prestations supplémentaires ont été exécutées.

Le rôle des maîtres d'œuvre dans la facturation électronique des marchés publics de travaux

L'entrée en vigueur progressive, depuis le 1^{er} janvier 2017, de l'obligation de transmission des factures par voie électronique aux acheteurs publics nécessite, dans le cadre de l'exécution financière des marchés publics de travaux, la participation du maître d'œuvre dans ce nouveau dispositif de traitement des factures électroniques.

Ainsi, même en l'absence de mention spécifique dans le marché public de maîtrise d'œuvre, le maître d'œuvre est nécessairement tenu de récupérer les demandes de paiement des entreprises via Chorus Pro et de les déposer, avec son visa, dans ce circuit dématérialisé, sous peine de rendre impossible le traitement des factures et d'être tenu pour responsable du non-respect des délais de paiement qui en résulterait. Il pourrait ainsi être envisagé de préciser le rôle du maître d'œuvre en la matière.

Question :

42. Afin de clarifier le circuit de transmission des factures électroniques dans le cadre d'un marché public de travaux faisant intervenir un maître d'œuvre, estimez-vous nécessaire que le CCAG-Travaux précise les modalités de transmission des factures par l'entrepreneur et le rôle du maître d'œuvre ?

Non, comme rappelé plus haut le CCAG Travaux n'est pas applicable au marché de MOE soumis au CCAG PI. Toute disposition applicable au MOE dans le CCAG travaux manque de force juridique et est source de contestation et de tension dans l'exécution des marchés. Ce type de stipulation sur le rôle du MOE a vocation à figurer dans un CCAG MOE.

Les évolutions jurisprudentielles

La réforme du CCAG-Travaux pourrait être l'occasion de préciser la portée de certaines évolutions jurisprudentielles.

La levée des réserves

Par deux arrêts du Conseil d'Etat de 2013, les modalités et les effets de l'établissement du décompte général et définitif (DGD) ont été précisés. Dans la mesure où ce document comptable marque la fin des relations contractuelles entre le maître d'ouvrage et le titulaire, il doit être établi avec la plus grande précision possible.

Ainsi, le Conseil d'Etat a jugé que « si le maître d'ouvrage notifie le décompte général d'un marché public de travaux alors même que des réserves relatives à l'état de l'ouvrage achevé n'ont pas été levées et qu'il n'est pas fait état des sommes correspondant à la réalisation des travaux nécessaires à la levée des réserves

au sein de ce décompte, le caractère définitif de ce dernier a pour effet de lui interdire toute réclamation correspondant à ces sommes, même si un litige est en cours devant le juge administratif »¹⁰.

De même, il a rejeté la demande d'indemnisation d'un maître d'ouvrage, même en cas de contestation par le titulaire des sommes inscrites au décompte général et malgré l'engagement antérieur d'une procédure juridictionnelle, dès lors que le chiffrage du préjudice ne figure pas dans le décompte¹¹.

Ces décisions, fondées sur les principes d'unicité et d'intangibilité du DGD, impliquent que celui-ci soit établi avec le plus grand soin puisqu'il conditionne la recevabilité des réclamations ultérieures des parties.

Questions :

43. Estimez-vous nécessaire de préciser l'apport des jurisprudences du Conseil d'Etat relatives aux réserves dans le cadre du règlement des comptes à l'article 13 du CCAG-Travaux ?

Oui.

44. Pensez-vous que ces jurisprudences impliquent de modifier la date d'établissement du DGD à une date où le montant des travaux nécessaires à la levée des réserves ou celui des préjudices du maître de l'ouvrage sont connus ?

Oui, c'est le cas dans la pratique.

L'indemnisation de l'entreprise titulaire en cas de retard dans l'exécution d'un marché à forfait

Les carences de l'acheteur public dans l'exercice de ses pouvoirs de direction et de contrôle peuvent l'amener à assumer les conséquences des fautes commises par les autres participants à l'opération de travail public¹².

Il en va cependant différemment dans l'hypothèse d'un marché à forfait. Dans une décision de 2013, *Région Haute-Normandie*, le Conseil d'Etat a en effet jugé que « *les difficultés rencontrées dans l'exécution d'un marché à forfait ne peuvent ouvrir droit à indemnité au profit de l'entreprise titulaire du marché que dans la mesure où celle-ci justifie soit que ces difficultés ont eu pour effet de bouleverser l'économie du contrat soit qu'elles sont imputables à une faute de la personne publique* », clarifiant ainsi une jurisprudence qui avait pu paraître consacrer une sorte de présomption de responsabilité du maître d'ouvrage pour les retards révélant une coordination défectueuse des travaux, mais, comme le relevait de rapporteur public B. Dacosta, « *il est des hypothèses où aucune ne lui est imputable* ».

Le Conseil a eu depuis l'occasion de préciser cette jurisprudence, en jugeant notamment que « *les difficultés rencontrées dans l'exécution d'un marché à forfait ne peuvent ouvrir droit à indemnité au profit de l'entreprise titulaire du marché que dans la mesure où celle-ci justifie soit que ces difficultés trouvent leur origine dans des sujétions imprévues ayant eu pour effet de bouleverser l'économie du contrat soit qu'elles sont imputables à une faute de la personne publique commise notamment dans l'exercice de ses pouvoirs de contrôle et de direction du marché, dans l'estimation de ses besoins, dans la conception même du marché ou dans sa mise en œuvre, en particulier dans le cas où plusieurs cocontractants participent à la réalisation de travaux publics* »¹³.

¹⁰ CE, 20 mars 2013, n° 357636, *Centre Hospitalier de Versailles*.

¹¹ CE, 6 novembre 2013, n° 361837, *Région Auvergne*.

¹² CE, 28 janvier 1976, n° 88841, *Sté ateliers Delestrade et Ramser* : « L'entrepreneur est en droit de réclamer à l'État la réparation de son préjudice causé par l'allongement des délais imputable aux fautes commises tant par l'Administration que par les architectes et les autres entrepreneurs ».

¹³ CE, 12 nov. 2015, n° 384716, *Sté Tonin*.

Question :

45. Estimez-vous nécessaire de préciser dans le CCAG-Travaux, à titre pédagogique, les cas dans lesquels les opérateurs économiques chargés des travaux sont susceptibles de voir leur responsabilité engagée (en lien notamment avec l'apport de la jurisprudence Haute-Normandie) ? Vous semble-t-il également nécessaire de préciser les cas dans lesquels la responsabilité de la personne publique est susceptible d'être engagée ?

Non c'est l'état de la jurisprudence qui peut par ailleurs encore évoluer. En revanche, la liste des clauses à prévoir dans le CCAP pourrait préciser les conditions dans lesquelles la responsabilité des parties peut être engagée et leur rappeler qu'elles peuvent aménager cette responsabilité.

Clarification de plusieurs clauses

Afin d'offrir aux acheteurs un modèle de document clair et sécurisé leur permettant de faire face aux aléas qu'ils sont susceptibles de rencontrer dans les différentes phases d'exécution de leurs marchés de travaux, il pourrait être envisagé de clarifier certaines stipulations du CCAG-Travaux.

La création d'une hypothèse d'acceptation implicite de la réfaction sur les prix

En cas d'imperfections mineures, le maître d'ouvrage peut procéder, avec l'accord de l'entrepreneur, au règlement du litige par une réfaction de prix plutôt que par l'émission de réserves lors des opérations de réception. La jurisprudence administrative précise qu'aucune réfaction sur le prix ne peut être décidée sans l'accord de l'entrepreneur. Néanmoins, si les stipulations du CCAG-Travaux prévoient les cas d'accord et de refus exprès de l'entrepreneur de se voir appliquer une réfaction sur les prix, la question du silence de celui-ci, après proposition du maître d'ouvrage, n'est pas réglée. Ainsi, afin de ne pas retarder l'achèvement du marché, il pourrait être envisagé de prévoir une hypothèse de décision implicite d'acceptation de la réfaction dans un délai qui devra être défini.

Question :

46. Estimez-vous nécessaire de prévoir un cas de décision implicite d'acceptation de la réfaction ? Le cas échéant, dans quel délai pourrait naître une telle décision ?

Oui comme c'est le cas au CCAG PI (art 27.3). Il conviendrait d'unifier les CCAG sur ce point et de revoir le délai de 15 jours souvent trop court.

La création d'une hypothèse de défaillance d'un mandataire dans un groupement conjoint d'opérateurs économiques

Dans le cadre d'un groupement conjoint d'opérateurs économiques, le CCAG-Travaux est silencieux lorsqu'en cas de défaillance du mandataire, aucun nouveau mandataire parmi les autres membres du groupement n'est désigné. Dans cette hypothèse et afin d'éviter toute situation de blocage, il pourrait être envisagé de prévoir que le cocontractant énuméré en deuxième position dans l'acte d'engagement devienne par défaut le nouveau mandataire. Cette proposition reprend les stipulations du CCAG-FCS qui prévoit expressément ce cas de figure.

Question :

47. Vous apparaît-il opportun d'ajouter l'hypothèse où, en cas de groupement conjoint, de défaillance du mandataire et d'absence de désignation d'un nouveau mandataire parmi les autres membres du groupement, le cocontractant énuméré en 2^{ème} position dans l'acte d'engagement deviendrait par défaut le nouveau mandataire (à l'instar du CCAG-FCS) ? Dans la négative, quelle autre solution pourrait-il être envisagé d'intégrer au CCAG-Travaux ?

Non car la pratique du groupement conjoint sans mandataire solidaire ne se rencontre jamais. Dès lors que le cotraitant énuméré en deuxième position n'est pas solidaire des autres membres du groupement, ce mécanisme de remplacement change la nature des responsabilités supportées. En tout état de cause, il convient de subordonner le changement de mandataire à la conclusion d'un avenant.

Observations complémentaires sur le CCAG-Travaux :

Le développement accru des marchés globaux de conception-réalisation et/ou exploitation-maintenance (marché public global de performance) rend nécessaire de disposer de clauses adaptées à ces nouveaux marchés que le CCAG Travaux actuels ne prend pas en compte notamment sur le rôle du MOE intégré en conception-réalisation.

2.2.2. CCAG Marchés publics de fournitures courantes et de services

Le CCAG-FCS peut être appliqué, par les acheteurs publics, à leurs marchés publics de fournitures, qui ont pour objet l'achat, la prise en crédit-bail, la location ou la location-vente de produits, ainsi qu'aux marchés ayant pour objet la réalisation de prestations de services. Il est adapté à l'achat de fournitures et de services simples, dits « sur étagère ».

Questions :

48. Dans quelle proportion vos marchés publics de fournitures ou de services font-ils référence au CCAG-FCS ? *Non concerné.*
49. Lorsque vous appliquez le CCAG-FCS, dans quelle mesure y dérogez-vous ? A quelles stipulations par exemple ? *Non concerné.*
50. Quelles sont les principales difficultés auxquelles vous êtes confronté dans l'utilisation de ce CCAG ? *Non concerné.*
51. Quels sont ses principaux atouts ? *Non concerné.*

La mise à disposition de locaux et stockage de fournitures

Les stipulations du CCAG-FCS relatives à la mise à disposition de locaux (art. 18) et au stockage (art. 19) sont quasiment identiques à celles des autres CCAG. Or, au regard de la spécificité des marchés publics portant sur des fournitures courantes, de telles stipulations apparaissent devoir être développées, notamment afin d'explicitier les devoirs des titulaires.

Questions :

52. Dans quelle mesure estimez-vous nécessaire de préciser les modalités de stockage de fournitures et à la mise à disposition de locaux ? *Non concerné.*
53. Quelles principales difficultés le CCAG-FCS devrait-il permettre de résoudre ? *Non concerné.*

Les moyens mis à la disposition du titulaire

Les stipulations du CCAG-FCS relatives aux matériels, objets et approvisionnements confiés au titulaire présentent de nombreuses similitudes avec celles des autres CCAG (hors travaux) relatives aux moyens mis à la disposition du titulaire, mais sont rédigées différemment et ne sont pas aussi détaillées.

En outre, comme le CCAG-TIC, le CCAG-FCS ne prévoit pas d'article spécifiquement dédié à l'assurance des moyens mis à la disposition du titulaire, contrairement aux CCAG-MI et PI. Dans le CCAG-FCS, les stipulations relatives à l'assurance ont été insérées dans celui portant sur les matériels, objets et approvisionnements confiés au titulaire.

La réforme du CCAG-FCS pourrait être l'occasion d'harmoniser les stipulations de l'article 17 du CCAG-FCS sur le modèle des autres CCAG et de créer un nouvel article distinct portant sur l'assurance des moyens mis à la disposition du titulaire.

Question :

54. Estimez-vous nécessaire de créer un article « Assurance des moyens mis à la disposition du titulaire » dans le CCAG-FCS, sur le modèle des CCAG-MI et PI ? [Non concerné.](#)

Observations complémentaires sur le CCAG-FCS :

2.2.3. CCAG Marchés publics de prestations intellectuelles et Marchés publics de techniques de l'information et de la communication

Le CCAG-PI peut être utilisé par les acheteurs comme document contractuel de référence pour les marchés publics qui comportent une part importante de services faisant appel exclusivement à des activités de l'esprit. Il a ainsi vocation à s'appliquer à des prestations intellectuelles très diverses : prestations d'étude, de réflexion, de conception, de conseil, d'expertise ou de maîtrise d'œuvre. Les clauses de propriété intellectuelle dans le CCAG-PI ont pour objet de permettre à l'acheteur de s'assurer qu'il pourra utiliser les réalisations commandées conformément à ses besoins.

Le CCAG-TIC s'applique, pour sa part, aux marchés publics qui ont un objet relevant du domaine de l'informatique et des nouvelles technologies. Le domaine de l'informatique est l'un des secteurs d'activité dans lequel l'évolution technologique constante et la très forte concurrence régnant au niveau international font des questions de propriété intellectuelle un enjeu majeur.

Dès 1978 avec le CCAG-PI et depuis 2009 avec le CCAG-TIC, les enjeux stratégiques liés aux droits de propriété intellectuelle dans les marchés publics ont été pris en compte. La réforme des CCAG doit prendre en compte ces enjeux dans la mesure où l'achat public est un levier au soutien de l'innovation des entreprises.

Questions :

55. Dans quelle proportion vos marchés publics font-ils référence aux CCAG-PI ou TIC ? 100% sauf pour les cas de conception-réalisation qui font référence au CCAG Travaux et les marchés passés avec les quelques très grands donneurs d'ordres publics qui disposent de leurs propres conditions générales (SNCF, EDF, CEA...).

Parfois, le CCAP du marché MOE vise le CCAG PI en énonçant les dérogations telles que formulées au CCA MOE :

http://www.miqcp.gouv.fr/images/Documents_Pratiques/OUTILPRATIQUE3.pdf

56. Lorsque vous appliquez le CCA-PI ou le CCAG-TIC, dans quelle mesure y dérogez-vous ? A quelles stipulations par exemple ?

Les dérogations sont quasi-systématiques et en nombre très variables selon que la société d'ingénierie intervient en tant qu'AMO ou MOE.

C'est généralement les marchés de MOE qui dérogent le plus au CCAG PI, par exemple le CCA MOE propose les dérogations suivantes :

A l'article 2 du CCAG PI , les termes «admission» et «admis» sont substitués à ceux de «réception» et de «reçues ».

L'obligation de conclure un avenant est introduite en cas de changement de mandataire.

« Par dérogation à l'article 3.5 du CCAG PI , dans le cas particulier où le mandataire du groupement ne se conforme pas à ses obligations, le pouvoir adjudicateur le met en demeure d'y satisfaire. Si cette mise en demeure reste sans effet, le représentant du pouvoir adjudicateur invite les prestataires groupés à désigner, dans un délai de 15 jours, un autre mandataire parmi les autres membres du groupement. Cette substitution fait l'objet d'un avenant. »

Un dispositif complet sur les assurances est introduit par dérogation au CCAG PI.

Un dispositif relatif au décompte général est prévu qui s'inspire de celui du CCAG travaux avec un encadrement des délais de clôture du marché .

Le délai pour formuler la demande de prolongation du délai d'exécution à compter de la date à laquelle les causes sont apparues est porté de 15 à 20 jours par dérogation à l'article 13-3 du CCAG P.I.

En ce qui concerne l'assiette des pénalités de retard, celle-ci est cantonnée à la valeur de la partie des prestations en retard et non à celle de l'ensemble des prestations, par dérogation à l'article 14-1 du CCAG PI.

Le principe d'une indemnisation en cas de résiliation à l'issue d'une partie technique est introduit par dérogation à l'article 20 du CCAG PI ., la décision motivée d'arrêter l'exécution sauf dans le cas où elle intervient du fait de la défaillance du maître d'œuvre.

Par dérogation à l'article 23 du CCAG, un dispositif sur l'utilisation des résultats est substitué aux clauses du CCAG PI

Par dérogation aux dispositions de l'article A25 des stipulations particulières s'appliquent au régime des droits de propriété intellectuelle afin de tenir compte du droit moral de l'architecte notamment.

Le délai dont dispose le titulaire pour présenter ses observations ou adresser une lettre de réclamation au sens de l'article 37 du CCAG est porté à 1 mois en cas de réception avec réfaction par dérogation à l'article 27-3 du CCAG .

L'article 27-4-2 du CCAG (exécution à nouveau de la prestation prévue au marché) n'est pas applicable.

Par dérogation à l'article 28 du CCAG le marché ne prévoit pas de garantie technique.

Récapitulatif des dérogations au CCAG à lister :

ARTICLE 3.5, ART 3.8.3 (2e alinéa), ART 10.1.1, ART 13.1.1 (si option retenue), ART 13.3, ART 14.1, ART 20, ART 23, ART A25, ART 27.2, ART 27.2.1, ART 27.3, ART 27.4, ART 27.4.2, ART 28, ART 31.3

57. Quelles sont les principales difficultés auxquelles vous êtes confronté dans l'utilisation de ces CCAG ?

Il n'y a pas de dispositif d'ordre de service à prix provisoire à l'instar de ce que prévoit le CCAG Travaux (art 14).

Il n'y a pas de délai pour notifier le décompte général du marché à compter de la décision de réception.

Il n'y a pas de délai pour saisir le juge à l'article 37 en cas de différend.

Pour la MOE, il n'y a pas de coordination avec le CCAG Travaux.

Il n'y a pas de modalité précise sur la mensualisation des acomptes.

Il n'y a pas de clause de réexamen (notamment en cas de prolongation des délais) ni d'incitation à de meilleurs résultats qualitatifs et quantitatifs.

Le marché peut être résilié à la fin d'une phase sans indemnisation du titulaire (art 20).

Il y a de nombreuses forclusions qui n'existent pas au CCAG Travaux (art 13.3, art 37 notamment).

La clause de garantie technique n'est pas applicable à des prestations intellectuelles (art 28).

58. Quels sont leurs principaux atouts ?

L'offre technique du titulaire est contractuelle mais son ordre de préséance contractuelle devrait en faire une annexe à l'acte d'engagement.

Le dispositif des ordres de service du MOA.

Les modalités de réception du CCAG TIC qui sont adaptées peuvent s'appliquer à des innovations du secteur de la construction comme le BIM.

Questions communes aux CCAG-PI et TIC

La refonte des clauses relatives à l'utilisation des résultats

Les CCAG-PI et TIC reposent sur les spécificités des dispositions du code de la propriété intellectuelle, en proposant deux régimes juridiques distincts pour définir l'exploitation des résultats. Il s'agit des options A (concession des droits) et B (cession des droits) qui peuvent trouver à s'appliquer aux résultats de marchés de prestations intellectuelles ou informatiques, à l'exclusion des marchés ayant pour objet des licences d'utilisation des logiciels standards pour lesquels le CCAG-TIC propose, en son article 37, un régime spécifique.

Une rapide analyse de ces options et de leur pratique montre que leur rédaction laisse encore dans l'ombre des aspects importants de l'exécution de certains marchés (ex. : les connaissances antérieures apportées par l'acheteur) et peuvent être source d'ambiguïté dès lors qu'elles ne sont pas complétées ou modifiées par des stipulations spécifiques établies par les parties dans le CCAP.

Une révision des options A et B des CCAG-PI et TIC pourrait donc être envisagée afin de renforcer le dispositif contractuel des acheteurs en matière de propriété intellectuelle et par conséquent faire face à la

montée des enjeux et des litiges dans ce domaine essentiel de l'économie. La révision pourrait être prévue dans une perspective purement formelle des stipulations afin notamment de les rendre moins complexes. Mais, elle pourrait aller au-delà d'un exercice formel et consister en une modification des stipulations, par exemple en rendant par défaut la cession non exclusive pour l'option B ou encore en offrant la possibilité aux acheteurs de combiner les options, afin d'assurer une prise en compte optimale et équitable des aspects de propriété littéraire et artistique ainsi que de propriété industrielle.

Question :

59. Les stipulations des CCAG-PI et TIC relatives au régime juridique applicable aux résultats vous paraissent-elles adaptées ? Si non, quelles évolutions proposeriez-vous ?

Oui, elles sont adaptées dans le cas général, toutefois s'agissant de la MOE on constate l'absence de référence au droit moral de l'architecte.

La clarification de définitions ou notions

La réforme des CCAG pourrait également être l'occasion de mettre à jour ou de clarifier certaines définitions ou notions utilisées dans les CCAG-PI et TIC (résultats, connaissances antérieures, tiers désignés, etc.).

Question :

60. Estimez-vous nécessaire de revoir et de clarifier certaines définitions et notions employées dans les CCAG-PI et TIC ? Lesquelles ?

La notion de « réception » n'est pas adaptée dans le CCAG PI, il convient de substituer le terme d'admission à celui de réception pour ne pas confondre avec la réception des travaux proprement dite.

Au CCAG PI, préciser le point de départ du délai de 2 mois à l'article 37 « différends entre les parties » et préciser ce que recouvre : « le jour où le différend est apparu ».

Donner un champ plus large à l'article 19 aux modifications « de caractère technique » qui ne sont pas clairement définis et donc sujettes à interprétation.

Question spécifique au CCAG-PI

CCAG-PI et marchés publics de maîtrise d'œuvre

Le maître d'œuvre jouit de droits de propriété intellectuelle du seul fait de la création d'une œuvre de l'esprit conformément aux règles d'ordre public posées par le code de la propriété intellectuelle (CPI). Le maître d'ouvrage doit prendre en compte cette réalité juridique dès la passation du marché public de maîtrise d'œuvre.

Les clauses du CCAG-PI sont rédigées au plus près de la sémantique et des règles consacrées par le CPI. Les maîtres d'ouvrages se réfèrent ainsi en principe à ce CCAG en y apportant des dérogations pour prendre en compte la réglementation applicable à la maîtrise d'œuvre ou encore des règles de l'art architectural qui ne s'avèrent pas toujours en pleine adéquation avec l'approche juridique globale du CCAG-PI. A titre d'exemple de dérogations, on peut citer les ordres de services (article 3.8.3), les délais (article 13) ou le régime des pénalités (article 14.1).

Afin de tenir compte de la spécificité de la maîtrise d'œuvre, des outils complémentaires au CCAG-PI sont proposés aux acteurs de la construction par les fédérations professionnelles ou la Mission interministérielle pour la qualité des constructions publiques (MIQCP). Les maîtres d'ouvrage peuvent ainsi s'inspirer de ces documents qui précisent les adaptations à prévoir s'agissant notamment de l'assurance de responsabilité décennale ou de l'établissement d'un décompte général comme en matière de marché de travaux.

La réforme des CCAG pourrait être l'occasion de poser la question de l'opportunité de mieux prendre en compte la spécificité de la maîtrise d'œuvre en créant un CCAG spécifique aux marchés de maîtrise d'œuvre. Ce CCAG aurait pour objet de favoriser un meilleur équilibre entre les parties et une bonne exécution des marchés publics de maîtrise d'œuvre.

Question :

61. Pensez-vous que le nombre important de dérogations au CCAG-PI et de stipulations complémentaires qui sont nécessaires pour tenir compte de la spécificité de la maîtrise d'œuvre milite pour la création d'un CCAG spécifique à ce type de marchés ?

Le Code de la commande publique a consacré le dispositif de la loi MOP et a prévu notamment une clause de réexamen sur le passage au prix définitif du marché de MOE (R2432-7). Le marché de MOE doit prendre en compte les diverses obligations portées aux CCAG Travaux. Les stipulations complémentaires et les dérogations nécessaires pour tenir compte de ces spécificités seraient trop nombreuses pour rendre un tel document intelligible, il est donc préférable de disposer d'un CCAG spécifique plus lisible et plus facile à maîtriser par les parties intéressées.

Question spécifique au CCAG-TIC*Le maintien du CCAG-TIC*

Créé en 2009 pour remplacer et développer de manière autonome le chapitre VII de l'ancien CCAG-FCS, le CCAG-TIC devait permettre aux acheteurs de disposer d'un contrat-type adapté à cette catégorie de marchés. L'objectif affiché était d'apporter aux acheteurs des solutions opérationnelles pour l'acquisition de logiciels standards et de logiciels spécifiques. Toutefois, à en juger par l'expérience des parties concernées, le CCAG-TIC ne permettrait pas de tenir compte des spécificités et de la diversité des projets complexes sans en altérer la cohérence.

Question :

62. Un CCAG spécifique aux marchés informatiques vous semble-t-il toujours nécessaire ? Si oui, le CCAG-TIC tient-il suffisamment compte du caractère spécifique de l'exécution des marchés dans ce secteur ? Estimez-vous au contraire qu'il soit nécessaire d'insérer de nouvelles stipulations dans ce CCAG, notamment des clauses sur l'assurance des moyens mis à la disposition du titulaire ou sur les systèmes sécurisés d'informations (SSI) ? Ou refondre certaines clauses peu adaptées à des projets complexes (ex : développement d'un logiciel spécifique, l'infogérance, la tierce maintenance applicative) ? **Non concerné.**

Observations complémentaires sur les CCAG-PI et TIC :**2.2.4. CCAG Marchés publics industriels**

Le CCAG-MI peut être utilisé par les acheteurs pour leur « *marché ayant pour objet la fourniture d'équipements ou de prototypes conçus et réalisés spécialement pour répondre aux besoins du pouvoir adjudicateur* »¹⁴. Ces marchés doivent présenter une ou plusieurs des caractéristiques suivantes :

- les prestations sont exécutées suivant les spécifications propres de l'acheteur ;
- leurs prix sont déterminés sur devis ;
- une surveillance de la fabrication dans les établissements du titulaire est prévue.

Hormis son article 8 portant sur les marchés de matériels de guerre et son chapitre VIII relatif aux stipulations spéciales aux marchés de réparation et de modification, le CCAG-MI ne comporte pas d'autres stipulations qui lui sont propres. Ce chapitre VIII n'est applicable que si le marché public s'y réfère expressément, un renvoi général au CCAG-MI ne suffit pas.

La réforme des CCAG pourrait être l'occasion de développer les clauses du CCAG-MI afin de mieux prendre en compte les spécificités des équipements et prototypes objets des marchés qui y font référence.

Questions :

63. Dans quelle proportion vos marchés publics de fourniture d'équipements ou de prototypes font-ils référence au CCAG-MI ? **Non concerné.**
64. Lorsque vous appliquez le CCA-MI, dans quelle mesure y dérogez-vous ? A quelles stipulations par exemple ? **Non concerné.**
65. Quelles sont les principales difficultés auxquelles vous êtes confronté dans l'utilisation de ce CCAG ? **Non concerné.**
66. Quels sont ses principaux atouts ? **Non concerné.**
67. Appliquez-vous le chapitre VIII dans vos marchés publics ? **Non concerné.**
68. Les stipulations spécifiques du CCAG-MI nécessitent-elles d'être modifiées ou améliorées ? **Non concerné.**

Observations complémentaires sur le CCAG-MI :

¹⁴ Art. 112 du code des marchés publics de 2006, définition non reprise ni dans l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 ni dans le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 ni dans le code de la commande publique.