

Projet de réforme des CCAG: dérogations et aménagements en perspective

le 09/02/2021 | 0 Commenter | Ajouter aux favoris

A propos de l'auteur

Mme Aude Camus | Voir les articles de cet auteur

Le Cabinet Charrel et Associés a organisé le 4 février, veille de la fin de la phase de la consultation publique sur les projets de CCAG, un webinaire : «Les projets de nouveaux CCAG : Quoi de neuf ?». Au vu du calendrier de mise en application, il est nécessaire de se pencher dès à présent sur quelques points de vigilance. Le futur CCAG travaux contient de nouvelles dispositions sur les ordres de service et les pénalités qui méritent dérogations et précisions dans les CCAP.



La consultation de la DAJ (Direction des affaires juridiques de Bercy) sur les projets de CCAG (cahiers des clauses administratifs générales) s'est terminée le 5 février. Elle prévoit une publication des textes pour la mi-mars, avec une entrée en vigueur au 1^{er} avril. Un délai très court pour digérer un tel volume.

Pour les acheteurs les plus anxieux M^e Nicolas Charrel rappelle que le CCAG s'applique aux marchés qui y font référence et que le juge admet que l'acheteur se soumette à un CCAG antérieur si la référence à ce texte est claire dans son marché. Point de stress : l'intégration dans les marchés des nouveaux CCAG après les congés d'été, ou à tout le moins avant la fin 2021, lui semble raisonnable.

Un webinaire structuré en 5 points : les objectifs de la réforme ; les rappels des principes d'utilisation des CCAG ; le travail sur les thématiques communes à tous les CCAG ; les quelques nouveautés du CCAG travaux ; les grandes lignes du CCAG maîtrise d'œuvre.

Après avoir rappelé qu'un CCAG n'est qu'un contrat type et qu'il est élaboré en concertation avec des entreprises et des maîtres d'ouvrage, M^e Thomas Gaspar annonce : « [...] on trouve des clauses plutôt favorables aux entreprises ; il y a potentiellement eu un lobby d'entreprises sur les pénalités et le respect du contradictoire. On trouve aussi des clauses un peu plus favorables au maître d'ouvrage issues de ses prérogatives de puissance publique et des clauses exorbitantes du droit commun. Il faut donc savoir prendre ce qui est bon, et écarter ce qui n'est pas bon ou, en tout cas, adapter ce qui n'est pas bon. Cela reste le principe même de la création de votre dossier de consultation ».

Le cabinet se propose de cibler les points de vigilance, dont notamment les ordres de service et les pénalités dans le CCAG Travaux.

Les ordres de service



Le CCAG clarifie le régime des OS (ordres de services), entre ceux qui relèvent de la compétence du maître d'ouvrage et ceux de celle du maître d'œuvre. La précision n'est pas mince car, au regard de la jurisprudence, les OS sont quasiment payables de droit. Validation obligatoire du maître d'ouvrage pour les OS qui « entraînent une modification des conditions d'exécution du marché notamment en terme de délai d'exécution, de durée et de montant. »

Il est conseillé aux acheteurs de préciser leurs clés de répartition dans le CCAP pour que tout soit clair sur "qui fait quoi".

« Il ne faut pas tomber dans l'excès » avertit M^e Charrel. Ne pas laisser tous les OS au maître d'œuvre et surtout ne pas les confier tous au maître d'ouvrage. Cette seconde option met un frein à la fluidité de l'exécution du marché et peut constituer une immixtion du maître d'ouvrage dans la gestion du chantier.

Il ne faut pas tomber dans l'excès et laisser tous les OS au maître d'œuvre, ni les confier tous au maître d'ouvrage, au risque alors d'organiser son immixtion dans la gestion du chantier

L'entreprise qui n'accuse pas réception de l'ordre de service qui lui est notifié par la plateforme de dématérialisation est réputée en avoir pris connaissance 15 jours après son envoi. Pour ne pas bloquer le chantier, une dérogation et un aménagement sont à prévoir dans le CCAP. Dérogation sur les délais et précisions sur les modalités. Il pourra s'agir d'indiquer, par exemple, que l'adresse électronique communiquée doit être lue par plusieurs personnes en cas de congés de collaborateurs de l'entreprise, que les spam doivent être vérifiés etc...

La force exécutoire des OS est atténuée. L'entreprise peut émettre des réserves visant à informer le maître d'ouvrage et le maître d'œuvre que l'ordre présente un risque en termes de sécurité ou contrevient à une disposition législative ou réglementaire à laquelle le titulaire est soumis dans l'exécution du marché. L'OS est suspendu jusqu'à la réponse du maître d'ouvrage. Si aucune réponse n'est adressée par l'acheteur dans les 15 jours, l'entreprise n'est pas tenue d'exécuter.

Conséquence de la loi PACTE, l'entreprise peut refuser d'exécuter des OS prescrivant des travaux supplémentaires et non valorisés financièrement. Il s'agit là d'un vrai sujet de blocage de chantier pour le cabinet Charrel. Notamment pour les marchés conclus à prix forfaitaires qui vont connaître d'interminables débats sur ce qui est ou non dû au titre du contrat (relire sur le sujet "Fin des OS à 0 euros : mythe ou réalité ?"). La disposition intégrée dans le CCAG émanant d'une loi, il n'est pas possible d'y déroger. A ce sujet, M^e Maxime Büsch (cabinet LexCase), lors du webinaire « Commande publique 2020 Quel bilan retenir pour l'année » organisé par l'AAP et le cabinet Lexcase le 28 janvier dernier, a indiqué qu'il serait intéressant que la DAJ le mette en avant, dans un commentaire sous l'article par exemple.

L'entreprise peut émettre des réserves visant à informer le maître d'ouvrage et le maître d'œuvre que l'ordre présente un risque en termes de sécurité ou contrevient à une disposition législative ou réglementaire

Les pénalités



Le principe du contradictoire est davantage mis en avant dans l'exécution du marché. Là où on l'attend sans doute moins, il est introduit avant l'application de pénalités. L'entreprise peut faire des observations et le maître d'ouvrage doit se positionner sur leur maintien ou non. La démarche peut interpeller pour les pénalités de retard, la jurisprudence les ayant reconnues comme applicables par le seul constat du retard. « L'idée est de discuter sur le bienfondé » explique M^e

Charrel. Il s'agit de s'interroger : le retard est-il complètement dû à l'entreprise ? Les torts doivent-ils être partagés ? Les délais sont-ils trop serrés ? etc... Il s'agit d'une consécration de ce qui se fait déjà dans la pratique pour l'avocat. Il pense que le contradictoire est une bonne chose car permet de rapprocher les parties. Mais il rappelle qu'il est possible de déroger à cette mesure.

Le principe du contradictoire est une bonne chose : il permet de rapprocher les parties

Le montant des pénalités est plafonné à 10% du montant du marché. « D'un point de vue purement juridique, le principe n'est pas tout à fait cohérent avec la jurisprudence » explique M^e Gaspar. M^e Maxime Büsch a également mis en avant que ce seuil ne correspond pas à celui de la jurisprudence, lors de la conférence susmentionnée. La position du juge n'est pas établie sur le niveau de pénalités revêtant un caractère excessif. On peut tout de même relever que, dans certains cas, les juridictions ont admis des pénalités de l'ordre de 25% du montant du marché.

La doctrine tend à considérer qu'en dessous de 20 % il n'y a pas de discussion sur le caractère excessif. Le plafond à 10 % est bas. Le risque est que l'entreprise provisionne dans son offre le montant correspondant et que l'acheteur ne dispose plus de moyens coercitifs une fois ce seuil atteint. M^e Charrel relève également que, dans certains cas, l'entreprise aura été retenue sur un critère de jugement des offres portant sur le délai d'exécution sur lequel elle s'engage... alors que le montant des pénalités est plafonné.

Le risque du plafonnement des pénalités à 10 % est que l'entreprise provisionne dans son offre le montant correspondant et que l'acheteur ne dispose plus de moyens coercitifs une fois ce seuil atteint

M^e Gaspar note que, d'un autre côté, une entreprise qui cumule 15-20% du montant du marché de pénalités est le signe d'une réelle défaillance de l'entreprise. M^e Charrel se dit par principe contre le plafonnement des pénalités en marchés publics. Sans pour autant l'écrire dans le contrat, les maîtres d'ouvrage doivent cependant s'interroger sur la situation lorsque le montant des pénalités atteint 15 %. Il convient alors de se demander si la situation est rattrapable. Dans le cas contraire, il faut envisager d'autres mesures comme une résiliation pour faute. M^e Charrel insiste sur le caractère progressif de la sanction et l'importance de la discussion. « La position du cabinet est que le plafonnement nominal est un risque » conclut M^e Charrel en revenant sur le probable provisionnement de la somme par l'entreprise.

Les pénalités pour non remise des documents d'exécution comme les DOE (dossiers des ouvrages exécutés) sont désormais forfaitisées. Les remarques des avocats sont similaires à celles qu'ils font sur le plafonnement des pénalités. La forfaitisation est un mauvais message. Les entreprises pourront en provisionner le montant dans leur offre et, une fois la sanction tombée, n'auront plus d'intérêt à les remettre. Ces documents sont pourtant nécessaires pour le maître de l'ouvrage. M^e Charrel propose de prévoir la remise des DOE dès le départ avec leur agrément tout au long de l'exécution du marché.

La forfaitisation est un mauvais message

© achatpublic.info

Par : Mme Aude Camus

0 Commenter | Ajouter aux favoris

Share | Tweet

Vous cherchez un profil marchés publics ? DÉPOSEZ VOTRE OFFRE

Offres d'emploi
[09/02] - Responsable de la commande publique et des achats (h/f)
[09/02] - Chargé.e des marchés publics et des affaires juridiques (f/h)
[08/02] - Responsable de la Commande Publique (h/f)

Les plus lus
1 - La représentativité de l...
2 - Les concessions peuvent...
3 - Le Grand Lyon ouvre ses...
4 - [Tribune] Loi Asap : quel...
5 - Scope : un guichet unique...

Nouveaux documents
Les derniers documents de la documentation :
[08/02] - Guide pour l'archivage numérique de la commande publique - Service interministériel des archives de France - Janvier 2021
[08/02] - Extrait du "Guide de la négociation dans la procédure adaptée" de l'AAP
[04/02] - Guide Modifications des contrats de la commande publique - AAP- MEDEF