

La réforme des CCAG, un art de l'exécution



Pierre Éric Spitz

Avocat au barreau de Paris

Earth avocats

Un toilettage

On sait que la DAJ de Bercy a lancé des groupes de travail en début d'année 2019 et une consultation publique pour réformer les cahiers des clauses administratives générales (CCAG) au nombre de cinq à l'heure actuelle, relatifs aux fournitures et services, à la propriété intellectuelle, aux marchés industriels, aux travaux, et aux techniques d'information et communication.

Ces cahiers n'avaient pas, pour l'essentiel, été réexaminés depuis 2009. Les CCAG et singulièrement le CCAG travaux, jouent un rôle capital dans l'achat public. Même s'ils sont seulement facultatifs comme le rappelle l'article R. 2112-2 du code de la commande publique, 70% des marchés passés par l'État et 99% des marchés des acteurs locaux y font référence. De plus, ils ont un caractère réglementaire car fixés par arrêté. Contractuels et réglementaires, les CCAG ont un côté chauve-souris, mi oiseau mi souris ! Ils constituent néanmoins de puissants leviers de sécurisation des marchés et un puissant facteur d'harmonisation de l'exécution des contrats publics dont les acteurs ont besoin. Ils jouent même un rôle dans la qualification juridique des contrats, car il suffit que des marchés privés se réfèrent aux CCAG pour qu'*ipso facto*, ils deviennent des contrats administratifs (TC, 5 juillet 1999, n°03167, *Union des groupements d'achats publics*).

Après l'entrée en vigueur du nouveau code de la commande publique en avril 2019, ils ont besoin d'être toilettés notamment pour les adapter à la nouvelle nomenclature, mais aussi à la dématérialisation dont on connaît l'ampleur depuis le 1^{er} octobre 2018. On perçoit comment la *full demat* pourrait impacter tous les actes d'exécution des marchés, des OS, des

bons de commande, des demandes de paiement, des factures, etc. Il est nécessaire également d'adapter les CCAG pour les « *Rgdpéiser* », si on peut oser ce barbarisme !

Au-delà de cette modernisation nécessaire, la secrétaire d'État auprès du ministre de l'Économie et des finances a également fixé comme objectif à ce réexamen de favoriser l'accès des PME et TPE aux marchés publics en rendant plus facile l'exécution financière des marchés. Comme cela a déjà été souligné, on peut penser à un taux de retenue de garantie plus faible que le taux maximal imposé ou un délai de remboursement plus court que celui exigé par le code. Par ailleurs, et vu la sensibilité du moment, on ne peut échapper à la promotion des clauses sociales et environnementales qui devraient faire en sorte que tout acheteur adopte un « comportement écoresponsable ou devienne un acteur du développement social ».

Un rééquilibrage des relations contractuelles en faveur des titulaires de marchés publics

Mais à notre sens, le point le plus important de cette révision des CCAG devra porter sur les clauses qui permettent de rééquilibrer les rapports entre les acheteurs publics et leurs cocontractants.

En effet, il demeure dans l'empire des marchés publics des clauses qui sont très défavorables aux titulaires de marché et qui traduisent en quelque sorte certains principes de la commande publique favorables aux acheteurs rappelés à l'article L.6 du code de la commande publique : le pouvoir de contrôle du pouvoir adjudicateur sur l'exécution du contrat, le respect de la continuité du service public, la nécessaire poursuite de l'exécution du contrat en cas de bouleversement temporaire de son équilibre, le droit de modification unilatérale et évidemment celui de résilier unilatéralement le contrat.

La révision des CCAG doit donc être l'occasion de rééquilibrer les relations contractuelles dans le prolongement de ce qui a déjà été fait par la loi PACTE du 22 mai 2019. Par exemple, l'introduction d'un nouvel article L.2194-3 du code de la commande publique, qui prévoit que toutes prestations supplémentaires ou modifications demandées par un acheteur dans un marché public de travaux doit faire l'objet d'une contrepartie permettant une juste rémunération du titulaire, proscrit maintenant les OS qu'on appelait à « zéro euro ». Il faut donc obligatoirement réviser les articles 14.1 et 15.2.1 du CCAG travaux gravement inégalitaires au détriment des entreprises. Mais on peut également s'interroger sur la nécessité d'étendre la valorisation des OS à l'ensemble des CCAG ?

On pourrait également s'attendre à ce que les CCAG codifient des jurisprudences favorables aux constructeurs (CE, 20 mars 2013, *Centre hospitalier de Versailles*, n°357636) auxquels on ne peut réclamer des sommes nécessaires à la levée des réserves après l'envoi du DGD si elles n'y sont pas mentionnées. Cette jurisprudence est évidemment directement issue des principes d'unicité et d'intangibilité du DGD qui doit être établi avec le plus grand soin. Mais peut-être faudrait-il alors déterminer une date d'envoi du DGD à un moment où les sommes nécessaires à la levée des réserves sont connues, pour protéger l'acheteur public.

Mais on pourrait également s'attendre à ce que la refonte des CCAG soit l'occasion de fixer des jurisprudences ayant éclairci les conditions de la responsabilité du maître de l'ouvrage ouvrant droit à l'indemnisation de l'entreprise titulaire en cas de retard d'exécution dans un marché à forfait (CE, 5 juin 2013 n°352917, *Région Haute Normandie* précisé par l'arrêt du 12 novembre 2015, n°384716, *Sté Tonin*).

Tout récemment, les groupes de travail dédiés à la refonte des CCAG ont dégagé des pistes plus larges qui seraient bien venues pour établir un véritable dialogue entre les parties. Le 23 octobre dernier le site *achatpublic.info* faisait état de six pistes dégagées par les groupes de travail pour rétablir le dialogue entre cocontractants et prévenir les litiges.

Une mise en demeure préalable avant d'appliquer des pénalités de retard serait bien venue pour favoriser le dialogue entre acheteurs et pouvoirs adjudicateurs donnant à chacune des parties l'occasion de s'expliquer ;

Mettre en œuvre une nouvelle décision implicite d'acceptation quand l'acheteur ne répond pas dans un certain délai aux observations du titulaire à la suite de la notification d'un bon de commande ;

Préciser le contenu obligatoire du mémoire en réclamation dans les CCAG ;

Préciser le point de départ du délai de deux mois de réclamation dans les CCAG (hors travaux) qui ne peut se satisfaire de l'ambiguïté de la formulation « *à partir du jour où le différend est apparu* » ;

Créer une clause commune à l'ensemble des CCAG qui mentionne et traduise en quelque sorte les modes alternatifs des différends qui figurent au Chapitre 7 de la partie réglementaire du code de la commande publique ;

Et enfin instaurer un délai de recours contentieux de deux mois (pour l'ensemble des CCAG hors travaux), à compter de la décision expresse ou implicite de l'acheteur en réponse à la réclamation du titulaire.

Bref, on voit que tout l'art de l'exécution d'un marché réside dans un point d'équilibre satisfaisant entre les droits des parties pour renforcer le dynamisme et l'attractivité de la commande publique sans renoncer à la nécessaire protection de l'intérêt public.

Si le calendrier annoncé est tenu, les nouveaux CCAG seraient disponibles pour le printemps 2020.