

La réforme des CCAG est achevée !

CATHERINE DELORT

Sous-directrice du droit de la commande publique à la direction des affaires juridiques de Bercy



La clé d'une procédure de passation réussie réside dans une bonne définition du besoin. Il est toujours déconseillé de passer un marché en urgence et, bien souvent, le temps que l'on pense avoir gagné en négligeant cette phase essentielle se révèle illusoire. Bien au contraire, la procédure est fragilisée par les incertitudes et la conclusion d'avenants entraîne un surcoût inévitable.

Une fois que l'acheteur public a défini, le plus précisément possible, les caractéristiques de son achat, il entreprend la rédaction de son cahier des charges, document qui détermine les conditions dans lesquelles les marchés sont exécutés. L'article 13 du code des marchés publics précise : « Ils [les cahiers des charges] comprennent des documents généraux et des documents particuliers ». Les documents généraux sont les cahiers des clauses administratives générales (CCAG) et les documents particuliers sont les cahiers des clauses administratives particulières (CCAP) de chaque marché.

Les CCAG sont des contrats types proposés aux acheteurs qui peuvent être regardés comme la charte générale des rapports entre l'acheteur public et son fournisseur. Ils doivent en conséquence être rédigés de manière à faciliter la tâche des administrations, en particulier celles qui ne disposent pas de moyens juridiques et humains suffisants. Déjà, la circulaire interministérielle du 27 mai 1977¹ affichait la vocation du CCAG comme devant « permettre l'exécution la plus simple et la plus efficace des marchés ».

¹ Circulaire relative au nouveau cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de fournitures courantes et de services passés par les collectivités locales et leurs établissements publics (JO du 3 juillet 1977).

Si le cahier des charges, qui dès la signature du marché fixe l'ensemble des clauses régissant l'exécution des prestations attendues, est incomplet ou mal rédigé, l'acheteur s'expose à une mauvaise exécution du marché et, par suite, à des conflits avec son cocontractant. Or, force est de constater que la rédaction des cahiers des charges est trop souvent imparfaite. Ainsi, de nombreuses questions posées sur l'exécution des marchés au bureau du conseil aux acheteurs de la direction des affaires juridiques (DAJ) des ministères financiers auraient pu être anticipées et résolues par une stipulation du marché, notamment tout ce qui concerne les prix.

Une réforme indispensable

Les « anciens » CCAG qui ont été rédigés il y a plus de trente ans² ont bénéficié d'une longévité exceptionnelle pour des textes de cette nature. Ils ont été peu modifiés³ et la dernière mise à jour remonte à 1991 !

Il était donc indispensable de les revoir.

La publication au Journal officiel du 16 octobre 2009⁴ des cahiers des clauses

² Le CCAG Travaux a été approuvé par le décret n° 76-87 du 21 janvier 1976 modifié ; le CCAG FCS par le décret n° 77-699 du 27 mai 1977 ; le CCAG PI par le décret n° 78-1306 du 26 décembre 1978 et le CCAG MI par le décret n° 80-809 du 14 octobre 1980.

³ Le CCAG Travaux, par exemple, n'a été modifié que cinq fois.

⁴ Arrêtés du 16 septembre 2009 portant approbation du cahier des clauses administratives générales des marchés publics de prestations intellectuelles, du cahier des clauses administratives générales des marchés publics de techniques de l'information et de la communication et du cahier des clauses administratives générales des marchés publics industriels.

administratives générales des marchés publics de prestations intellectuelles (CCAG PI), des marchés publics de techniques de l'information et de la communication (CCAG TIC) et des marchés publics industriels (CCAG MI) achève ce vaste chantier lancé par la DAJ dès la fin de l'année 2006.

Le CCAG des marchés publics de fournitures courantes et de services (CCAG FCS)⁵ et le CCAG des marchés publics de travaux (CCAG Travaux)⁶ avaient été publiés, respectivement, les 19 mars et 1^{er} octobre 2009.

Très attendus par tous les acteurs de la commande publique, les cinq CCAG sont le résultat d'une concertation exemplaire qui a duré plus de deux ans. Les résultats de la première concertation de 2007 ont conduit en effet la DAJ à remettre l'ouvrage sur le métier et à lancer une deuxième concertation pour tenir compte des contributions reçues. Au total, ce sont plus de trois cents contributions, tous CCAG confondus, qui ont été analysées et discutées avec leurs auteurs. Cette concertation qui, certes, a allongé les délais, était indispensable, compte tenu du nombre et de la diversité des marchés et de la nécessité de concilier les intérêts des acheteurs et des entreprises. Elle a été menée par voie dématérialisée et donné lieu à de nombreuses réunions de travail. Le CCAG Travaux est celui qui a suscité le plus vif intérêt de la part de tous les contributeurs, notamment des grandes fédérations professionnelles du BTP. La première demande des

⁵ Arrêté du 19 janvier 2009 portant approbation du cahier des clauses administratives générales des marchés publics de fournitures courantes et des services.

⁶ Arrêté du 8 septembre 2009 portant approbation du cahier des clauses administratives générales des marchés publics de travaux.

professionnels était d'obtenir un rééquilibrage des relations contractuelles en leur faveur, ce qui a été fait.

Des objectifs clairs

Les objectifs de la réforme sont simples : mise à jour, simplification, modernisation, rééquilibrage des rapports entre l'administration et ses cocontractants, en favorisant notamment le règlement amiable des litiges.

Mise à jour

Depuis 1991, il est difficile de compter les modifications apportées au droit de la commande publique. Certaines clauses du CCAG étaient devenues irrégulières. L'article 31 du CCAG FCS de 1977 indique, par exemple, qu'« aucune indemnité n'est due si la résiliation est suivie de l'attribution par la personne publique d'un nouveau marché ». On ne voit pas comment une telle clause pouvait trouver à s'appliquer et sur quel fondement... L'option a été prise d'effacer du texte toutes les reprises ou paraphrases des lois ou règlements qui régissent la commande publique, ce qui évite le risque de décalage lorsque ces textes autonomes évoluent. Il n'est plus fait mention, par exemple, des délais de paiement ou des intérêts moratoires.

Simplification

Le deuxième objectif était de simplifier et d'harmoniser les rédactions en retenant les bonnes idées de chaque CCAG. Ce souci a conduit naturellement à une architecture commune. Si le CCAG Travaux reste spécifique compte tenu des caractéristiques des marchés auxquels il s'applique, les quatre autres se déclinent sur le même modèle.

Le CCAG FCS constitue le tronc commun : champ d'application, définitions, obligations générales des parties, assurances, prix et règlement, délais d'exécution et pénalités, modalités et suivi de l'exécution (locaux, stockage, emballage, transport, livraison, vérifications et garanties...) résiliation, différends et litiges. Publié en mars 2009, ce texte a ensuite pu

être enrichi des dispositions spécifiques nécessaires aux autres catégories de marchés.

Le CCAG FCS est devenu CCAG PI avec l'ajout d'un chapitre sur les droits de propriété intellectuelle. Il se métamorphose en CCAG MI si le complément concerne un chapitre sur les stipulations spéciales aux marchés de réparation et de modification. Quant au CCAG TIC, il est formé de la reprise du CCAG PI assortie de dispositions adaptées sur la maintenance des matériels et logiciels.

Dans la même logique d'harmonisation, l'ordre de service qui n'existait que pour les marchés de travaux a été introduit dans le CCAG FCS et la réception tacite des prestations qui s'appliquait pour les marchés de fournitures ou de services a été étendue aux marchés de travaux. Également, le formalisme a été allégé autant que possible, par exemple, pour la présentation de la demande de paiement⁷ ou les modalités de vérification et de réception des prestations⁸.

Modernisation

La première innovation a été la création d'un cinquième CCAG dédié aux techniques de l'information et de la communication. Si le CCAG FCS de 1977 dispose déjà d'un chapitre VII sur les marchés d'informatique et de bureautique, celui-ci est unanimement considéré comme insuffisant. La dématérialisation des procédures est prise en compte, notamment pour les échanges d'informations pendant l'exécution du marché et pour la protection des données. La signature électronique n'est pas requise lorsque les notifications des décisions ou modifications se font par voie dématérialisée.

Il était aussi important d'inscrire dans les CCAG des considérations environnementales et sociales. L'article 6 du CCAG FCS, repris à l'identique dans les cinq CCAG, rappelle les obligations qui s'imposent en matière de protection de la main-d'œuvre et énumère les huit conventions internationales de l'Organisation internationale du travail (OIT) ratifiées par la France. L'exigence environnementale est intégrée à l'article suivant et le CCAG Tra-

vaux prévoit la gestion des déchets de chantier.

La prise en compte des pratiques fait aussi partie de la modernisation de ces textes : dispositions sur les marchés à bons de commande très utilisés, sur la maintenance, le stockage, la reconnaissance d'un sursis de livraison, calendrier d'exécution des travaux, démarche qualité.

Rééquilibrage des rapports entre le client public et le fournisseur privé

Pour assurer une meilleure prise en compte des intérêts économiques des entreprises, un effort important a été concédé pour se rapprocher des relations contractuelles de droit commun. Un marché public est un contrat administratif et, à ce titre, il bénéficie de clauses exorbitantes de droit commun. Parmi celles-ci figure la résiliation unilatérale offerte à l'administration pour un motif d'intérêt général. Sans qu'il soit question de renoncer à cette possibilité justifiée par le fonctionnement du service public ou la préservation des deniers publics, il est important de prévoir systématiquement l'indemnisation du titulaire, ce qui est souvent négligé ou sous-estimé. C'est dans ce cadre que les CCAG prévoient, notamment, une clause applicable par défaut d'indemnisation systématique du titulaire en cas de résiliation unilatérale, la réception tacite des travaux lorsque le maître d'ouvrage ou le maître d'œuvre est défaillant, l'accélération et la sécurisation du processus de paiement, les modalités de réparation des dommages causés par l'une ou l'autre partie ou la fin de la solidarité d'office en cas de groupements d'entreprises.

La préservation des intérêts des parties et la précision des responsabilités incombant à chacune d'elles contribuent à la prévention du contentieux. Le dialogue est encouragé⁹ et le règlement amiable des litiges favorisé¹⁰. En travaux, le dispositif de l'article 50, bien connu de tous les juges administratifs pour le « nid à contentieux » qu'il représente, est grandement simplifié.

⁷ Articles 11.3 à 11.8 du CCAG FCS.

⁸ Articles 22 à 25 du CCAG FCS.

⁹ Articles 13.3, 20.4, 17, 24 et 25 du CCAG FCS.

¹⁰ Article 37.1 du CCAG FCS.

Une application à la carte

L'application à la carte est précisée à l'article 1^{er} de chaque CCAG 11.

Les CCAG proposent un dispositif contractuel qui s'appliquera par défaut dans la majorité des cas. Toutefois, et il est important d'insister sur ce point, il nécessitera un travail d'adaptation par l'écriture d'un CCAP, soit pour compléter, soit pour déroger au CCAG. Jamais obligatoires pour les collectivités territoriales, les CCAG ne le sont plus pour l'État depuis 2001 12.

En pratique, les CCAG peuvent faire fonction de « pense-bête » car ils ont l'ambition de prévoir les situations les plus courantes. Cependant, ils ne peuvent tout régler. Ce sont des outils de référence et non des modèles imposés et immuables.

L'appropriation des CCAG implique une adaptation, souvent importante, des CCAP utilisés pour les marchés. C'est pourquoi les arrêtés approuvant les nouveaux CCAG ont tous prévu, sauf le FCS, une période de transition 13, mais cette phase intermédiaire nécessaire pour assimiler les nouvelles clauses, n'est utile que lorsque l'acheteur fait référence dans son cahier des charges à un CCAG, sans autre précision. La date d'entrée en vigueur différée permet de déterminer le CCAG applicable à défaut de mention plus précise.

Par exemple, pour les marchés de travaux, le nouveau CCAG entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2010. Si un marché lancé en 2009 se réfère au CCAG Travaux sans en dire plus, c'est l'ancien CCAG qui s'applique, sous réserve des dérogations prévues. Ceci ne fait pas obstacle à l'application dès maintenant du nouveau CCAG ; il suffit pour cela de mentionner dans les documents contractuels que le marché fait application du CCAG Travaux « dans sa rédaction

11 « Les stipulations du présent cahier des clauses administratives générales (CCAG) s'appliquent aux marchés qui s'y réfèrent expressément. / Ces marchés peuvent prévoir de déroger à certaines de ces stipulations. / Ces dérogations doivent figurer dans le cahier des clauses administratives particulières (CCAP) qui comporte une liste des articles du CCAG auxquels il est dérogé. »

12 Article 13 du code des marchés publics issu du décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 : « La personne responsable du marché décide de faire ou non référence à ces documents. »

13 Un mois pour les CCAG PI, TIC et MI et trois mois pour le CCAG Travaux.

approuvée par l'arrêté du 8 septembre 2009 ». À l'inverse, après le 1^{er} janvier, les acheteurs pourront toujours se référer, s'ils le souhaitent, au CCAG Travaux dans sa rédaction issue du décret du 21 janvier 1976, les anciens CCAG n'ayant pas disparu même si le décret les approuvant est abrogé !

L'abrogation des anciens textes ne remet bien évidemment pas en cause l'exécution des contrats en cours.

L'adaptation nécessaire de certaines clauses

Il est essentiel de souligner que, quel que soit son choix, l'acheteur public devra, comme pour la définition de son besoin, prendre le temps réfléchir aux options à prendre. Si les CCAG ont pour ambition de proposer des solutions aux situations les plus fréquemment rencontrées, il ne peut tout prévoir. En outre, certaines dispositions imposent une prise de position comme, par exemple, les clauses de révision ou d'actualisation des prix. Un cahier des charges qui ferait référence à un des CCAG sans trancher certaines questions serait inapplicable.

On peut ainsi citer la détermination des modalités de règlement du titulaire ou du sous-traitant : avances, acomptes, règlement partiel définitif. Le marché devra aussi prévoir les conditions de vérification des prestations, d'intervention de la maintenance notamment pour les marchés informatiques, sans oublier évidemment les conditions de la résiliation dont le montant des indemnités à verser.

Certaines solutions proposées dans les CCAG sont des solutions par défaut, c'est-à-dire qu'elles peuvent garantir les oublis : c'est le cas de la clause d'actualisation du prix 14 ou de celle sur les pénalités de retard 15. Faute de dérogation annoncée, ces dispositions constitueront, dès la conclusion du marché, les stipulations du contrat. Le contrat qui constitue la loi des parties doit être précis et avoir envisagé tous les cas de figure susceptibles d'être rencontrés au cours de l'exécution du marché.

14 Article 10.1.2 du CCAG FCS.

15 Article 14 du CCAG FCS.

Les principales avancées du CCAG FCS

Il est important de signaler les principales nouveautés du CAG FCS puisque celles-ci sont « copiées-collées » dans les CCAG PI, TIC et MI et, dans une moindre mesure, dans le CCAG Travaux.

La lecture du nouveau CCAG FCS suffit à convaincre que la réforme est allée au-delà du simple toilettage car, si l'architecture globale est maintenue, son contenu a été entièrement réécrit pour répondre aux objectifs annoncés notamment le rééquilibrage en faveur des entreprises.

Sans faire une liste exhaustive qui serait fastidieuse, sont signalées ci-après, chapitre par chapitre, les principales innovations du texte dont la plupart sont issues de propositions d'acheteurs ou de professionnels.

Le chapitre premier, intitulé « Généralités », comprend des clauses importantes notamment celles déjà évoquées sur le respect de l'environnement et de la protection de la main-d'œuvre 16. L'article 2 retient dix définitions, contre trois dans le CCAG de 1977. Ainsi, se trouve généralisée la notion d'ordre de service réservée jusque-là aux travaux et précisés les termes de : réserves, ajournement, réfaction, rejet.

L'article 3 fixe les obligations des parties et impose la désignation de représentant du pouvoir adjudicateur et du titulaire du marché. Il précise le rôle de chacun, en particulier lorsqu'il y a sous-traitance ou cotraitance. Est introduite la possibilité nouvelle, sous certaines conditions de délais et de forme, de résiliation à la demande du titulaire en cas d'ordre de service tardif.

L'article 5 sur la confidentialité et les mesures de sécurité prend en compte la protection des données à caractère personnel dont le non-respect peut entraîner la résiliation du contrat.

L'article 9 sur les assurances compte parmi les innovations importantes : le titulaire devra fournir le justificatif dans le délai fixé sans attendre la demande du pouvoir adjudicateur.

Le chapitre II sur les prix a été entièrement restructuré et simplifié : gommage des redites du code ou des décrets sur les

16 Articles 6 et 7 du CCAG FCS.

délais de paiement, allègement du formalisme de la demande de paiement et liquidation d'office si celle-ci n'intervient pas dans les quarante-cinq jours. Cette dernière mesure est en faveur des PME qui ne disposent pas de services structurés et qui « oublient » de formaliser leur demande.

Le chapitre III concerne les délais et sa rédaction a été revue avec le souci de prévenir le contentieux. Les clauses sur les délais d'exécution sont issues du CCAG PI de 1978. Malgré l'insistance des professionnels, le plafonnement des pénalités n'a pas été retenu. Les pénalités constituent le principal levier d'action des acheteurs publics pour s'assurer du respect par le titulaire de ses obligations contractuelles, et éviter que l'exécution des plus petits marchés ne soit laissée en déshérence au profit de contrats plus lucratifs. En revanche, est instituée une prime pour réalisation anticipée¹⁷ qui constitue un bon exemple des options à prendre obligatoirement par l'administration : si l'acheteur ne prévoit pas de dérogation, la prime devra être versée mais le CCAP devra avoir prévu son montant.

Le chapitre IV sur l'exécution a une vocation pratique et reprend un certain nombre d'usages, tel le sursis de livraison¹⁸ issu du CCAG PI de 1978, en veillant à équilibrer les responsabilités. Lorsque chaque partie sait précisément quel est son rôle, tout est plus simple et bien des litiges sont prévenus. Par exemple, le titulaire reste responsable du transport si le marché ne dit rien.

Le chapitre V règle les questions liées à la constatation de l'exécution des prestations, à la garantie et à la maintenance.

Ce chapitre très technique a été peu modifié au fond. Sont cependant clarifiées les rédactions sur les opérations de vérification et les décisions à prendre à l'issue de celles-ci, chacune étant menée dans le cadre d'une procédure contradictoire :

- admission¹⁹ y compris, le cas échéant, tacite ;
- ajournement c'est-à-dire admission avec réserves assorties de délais de corrections ;
- réfaction : admission avec réduction du prix pour prestations non conformes ;

¹⁷ Article 15 du CCAG FCS.

¹⁸ Article 20 du CCAG FCS.

¹⁹ Les autres CCAG diront « réception ».

– rejet motivé.

Dans un souci d'efficacité, la sanction constituée par la menace de dommages et intérêts a été supprimée au profit du remplacement du matériel défectueux et une garantie d'un an a été instituée par défaut.

Le chapitre VI relatif à la résiliation fait partie des avancées du texte.

Sur la forme, les quatre cas de résiliation sont détaillés²⁰ :

- pour événements extérieurs au marché ;
- pour événements liés au marché, notamment la résiliation à la demande du titulaire pour non-délivrance de l'ordre de service passé un délai de six mois après la notification du marché ;
- pour faute (quatorze situations répertoriées dont celle sur le respect de la réglementation en matière sociale ou environnementale) ;
- pour un motif d'intérêt général. Dans ce dernier cas, le CCAG prévoit une indemnisation de 5 % versée si le marché « oublie » de la prévoir.

Le chapitre VII sur les différends et litiges rappelle l'intérêt du règlement amiable et, en particulier l'existence des comités de règlement amiable des différends ou des litiges dans les marchés publics (CCRA) qui restent des organismes mal connus et sous-utilisés²¹.

L'article 37 prévoit une procédure simplifiée et rééquilibrée en faveur de l'entreprise qui dispose de deux mois (au lieu d'un) pour envoyer son mémoire en réclamation. Le pouvoir adjudicateur a également deux mois pour répondre et son silence vaut rejet implicite.

L'article 38 transpose la décision du Conseil d'État du 18 janvier 1991, *Ville d'Antibes*, qui a jugé que, lorsque le montant minimum d'un marché à bons de commande, sur lequel l'acheteur s'est engagé, n'est pas atteint, le titulaire est indemnisé à hauteur de sa marge bénéficiaire augmentée des frais et investissements liés au marché.

²⁰ Articles 29 à 33 du CCAG FCS.

²¹ Dans son étude du 29 mai 2008 sur les recours administratifs préalables, le Conseil d'État a indiqué que « le bilan des comités est dans l'ensemble positif : en se prononçant non seulement en droit mais également en équité, ils favorisent une gestion plus souple et plus efficace des relations entre la puissance publique et son cocontractant ». En 2008, ces comités ont enregistré 227 saisines et rendu 183 avis. Pour en savoir plus : http://www.economie.gouv.fr/themes/marches_publics/accueil-daj.htm.

La refonte complète des dispositions relatives à l'utilisation des résultats, valable pour les trois CCAG : PI, TIC et, si besoin, MI

Le nouveau chapitre relatif à l'utilisation des résultats²² a été introduit dans le CCAG des marchés de prestations intellectuelles et celui des marchés de technologie de l'information et de la communication. Le CCAG des marchés industriels ne l'a pas repris mais son préambule précise la nécessité de prévoir dans le CCAP des clauses de propriété intellectuelle si le marché comprend une part d'études.

Sa rédaction a fait l'objet d'une contribution spécifique de l'Agence du patrimoine immatériel de l'État²³. Les dispositions relatives à l'utilisation des résultats ont été adaptées à la réglementation en vigueur, notamment au code de la propriété intellectuelle. Elles prennent également mieux en compte les droits afférents aux résultats sous forme de supports dématérialisés.

La première évolution du chapitre relatif à l'utilisation des résultats est l'introduction de dispositions communes : précisions quant au contenu des résultats qui peuvent prendre la forme de logiciels, de bases de données, de noms de domaine, de sites Internet, de marques... ; définition du savoir faire, des droits de propriété intellectuelle, des titres de propriété industrielle. Ont été également regroupées, en début de chapitre, les dispositions relatives à ce qui est dorénavant appelé et défini comme les connaissances antérieures : celles-ci ne résultent pas de l'exécution des prestations, et les droits afférents ne sont pas transférés au pouvoir adjudicateur à l'occasion du marché.

Mais le principal apport de ce chapitre est la remise à plat des dispositions sur les droits de propriété intellectuelle. Le CCAG PI propose désormais deux options (au lieu de trois dans le CCAG de 1978²⁴) pour définir le régime de ces droits relatifs aux résultats.

²² Chapitre V du CCAG PI et chapitre VII du CCG TIC.

²³ L'APIE est un service à compétence nationale (SCN) rattaché conjointement au directeur général des finances publiques et au directeur général du trésor et de la politique économique.

²⁴ L'ancien CCAG prévoyait 3 options car il différenciail les marchés de prestations intellectuelles avec et sans propriété à vocation industrielle, ce qui s'est révélé inutile.

L'option A, s'appliquant par défaut dans le silence du marché, correspond à un régime où les droits d'utilisation sur les résultats sont concédés au pouvoir adjudicateur et aux tiers désignés dans le marché, à titre non exclusif, et pour les seuls besoins découlant de l'objet du marché. La propriété des droits et titres afférents aux résultats est détenue par le titulaire. Dans cette option, les droits de propriété industrielle sont concédés au pouvoir adjudicateur par une licence d'utilisation, que le titulaire doit rendre opposable aux tiers. Dans ce cadre, le pouvoir adjudicateur conserve la possibilité de sous-licencier la mise en œuvre des résultats, dans les limites de l'objet du marché. La protection des résultats par un titre de propriété industrielle incombe au titulaire.

L'option B qui trouvera sans doute plus rarement à s'appliquer, est un régime où l'intégralité des droits d'exploitation ou titres de toute nature afférents aux résultats sont cédés, à titre exclusif, au pouvoir adjudicateur, qui peut les exploiter librement. Éventuellement, les droits d'exploitation ainsi cédés au pouvoir adjudicateur peuvent faire l'objet d'une cession partielle ou d'une concession au titulaire. Le pouvoir adjudicateur dispose, pour les résultats protégés par un droit de propriété industrielle, de la propriété et de la jouissance entière des titres. Le titulaire s'engage à ne pas concéder de licence, utiliser ou exploiter les résultats cédés.

Une distinction claire est introduite entre les droits de propriété littéraire et artistique et les droits de propriété industrielle. Pour les droits de propriété littéraire et artistique, il est précisé que la concession (option A) ou la cession (option B) des droits patrimoniaux, droits de reproduction, de représentation et de distribution, doit donner lieu à un exercice de ces droits dans le respect des droits moraux de l'auteur, conformément au code de la propriété intellectuelle.

Une redevance est créée comme contrepartie de l'exploitation commerciale des résultats par l'une ou l'autre partie. Dans l'option A, une redevance est ainsi versée au pouvoir adjudicateur par le titulaire s'il exploite commercialement les résultats; inversement, si le marché prévoit expressément une exploitation à des fins commerciales des résultats par le pouvoir adjudicateur, c'est ce dernier qui devra verser une redevance au titulaire du marché.

Les spécificités des CCAG TIC et MI

Le CCAG TIC

Outre les définitions des logiciels, standard ou spécifique, le CCAG TIC s'enrichit de dispositions spécifiques sur les obligations de mise à jour des versions des logiciels, leur installation et leur mise en marche, les opérations de vérification, les garanties et les pénalités en cas d'indisponibilité. Il comprend un chapitre supplémentaire²⁵ assez long sur la maintenance²⁶, tierce maintenance²⁷ et infogérance²⁸. Les documents du marché doivent définir les niveaux de services fournis pour la maintenance et le CCAG prévoit les phases de transition lorsqu'il y a changement de prestataires ou infogérance.

Le CCAG TIC reprend à son compte le chapitre sur l'utilisation des résultats du CCAG PI en y ajoutant quelques spécificités sur les logiciels.

Le CCAG MI

Ce CCAG applicable aux marchés industriels²⁹ caractérise l'architecture modulaire qui a été retenue. Il est composé du tronc commun issu du CCAG FCS, mais aussi de dispositions reprises du CCAG TIC comme la documentation technique, les moyens mis à disposition du titulaire ou la surveillance de l'exécution des prestations³⁰. Il comprend évi-

²⁵ Chapitre VI du CCAG TIC.

²⁶ L'article 31.1 du CCAG TIC définit la maintenance comme « les prestations permettant le maintien en condition opérationnelle des matériels à titre préventif ou correctif ».

²⁷ « Par tierce maintenance applicative, on désigne les prestations qui consistent à conserver un programme informatique dans un état lui permettant de remplir sa fonction » : article 31 du CCAG TIC.

²⁸ L'infogérance est « l'externalisation des prestations de gestion ou d'exploitation de tout ou partie du système informatique du pouvoir adjudicateur » : article 31.2 du CCAG TIC.

²⁹ Le préambule précise que : « Le présent CCAG s'applique aux marchés industriels présentant une ou plusieurs des caractéristiques suivantes : les prestations sont exécutées suivant les spécifications propres à l'acheteur public, leurs prix sont déterminés sur devis, une surveillance de fabrication dans les établissements du titulaire est prévue. » Il s'agit principalement des marchés passés pour la Défense nationale.

³⁰ Articles 17, 18, 19 et 21 du CCAG MI.

demment des spécificités inhérentes à cette catégorie particulière de marchés : définition des moyens de production et des matériels de guerre et réparation des dommages. Il prévoit un chapitre supplémentaire³¹ sur les stipulations spéciales aux marchés de réparation et de responsabilité.

Il a également des liens très étroits avec le CCAG PI puisque le choix a été fait de renvoyer à ce dernier lorsque le marché comporte une part d'études et, par suite, doit contenir des clauses sur les droits de la propriété intellectuelle.

Le préambule prévient clairement les acheteurs de la nécessité de prévoir ce travail d'adaptation. Le CCAP au marché devra compléter le CCAG en reprenant les clauses de propriété intellectuelle du chapitre V du CCAG PI.

Le CCAG Travaux, véritable bible pour les marchés de travaux

La réforme la plus réclamée des acheteurs comme des professionnels du secteur économique était la réécriture du CCAG Travaux. Bien que très utilisé, il subissait deux critiques importantes : la lourdeur du processus de paiement avec des conséquences graves pour la trésorerie des entreprises et la complexité du mécanisme de règlement des litiges, source de contentieux nombreux. Ces deux difficultés ont pu être résolues en accord avec les fédérations de professionnels du bâtiment et des travaux publics. Le CCAG essaie également de contribuer à la lutte menée contre le travail dissimulé dans le secteur du BTP.

L'accélération et la sécurisation du processus de paiement

Plusieurs innovations contribuent à satisfaire cet objectif : la réception tacite des travaux, l'accélération du paiement des acomptes mensuels, une validation plus rapide du décompte général définitif et le paiement des travaux supplémentaires.

³¹ Chapitre VIII du CCAG MI.

Réception tacite des travaux

Avant de revoir les modalités et les délais de règlement, il fallait régler la question de la réception des travaux qui conditionne le versement des sommes dues au titulaire. L'article 41 introduit une innovation primordiale dans le déblocage des opérations de réception, avec l'intégration d'un mécanisme de réception tacite destiné à pallier l'éventuelle carence du maître d'œuvre. La réception des travaux est en effet conditionnée par l'exécution des opérations préalables à la réception, qui sont à l'initiative du maître d'œuvre. Le nouveau CCAG prévoit que le titulaire pourra demander directement au maître d'ouvrage de fixer la date, et que la réception sera tacitement acquise, si ce dernier ne réagit pas davantage que le maître d'œuvre.

Accélération du paiement des acomptes mensuels

L'article 13.2 permet de payer plus rapidement et plus sûrement les acomptes mensuels en garantissant ainsi les conditions d'exécution du marché :

- réduction à sept jours du délai laissé au maître d'œuvre pour la vérification et la rectification des demandes de paiement mensuelles transmises par le titulaire ;
- suppression du délai de sept jours laissé au titulaire pour accepter l'état d'acompte élaboré par le maître d'œuvre ;
- en cas de désaccord, paiement des sommes acceptées par le maître d'œuvre, en attendant le règlement du litige ;
- en cas d'absence de notification au titulaire de l'état d'acompte, le pouvoir adjudicateur, informé par le titulaire, peut désormais procéder au paiement des sommes qu'il est en mesure d'admettre.

Une validation plus rapide du décompte général

Il était aussi nécessaire de prévoir un encadrement du règlement du solde des marchés dans un délai prévisible. Il arrive en effet que le pouvoir adjudicateur ne notifie pas le décompte général au titulaire, ce qui allonge les délais de paiement

puisque, faute de fait générateur, ceux-ci ne peuvent pas courir. Cette situation pèse sur la trésorerie des entreprises. Le nouvel article 13.4.2. du projet de CCAG Travaux a réduit de quarante-cinq à quarante jours le délai maximum de notification du décompte général, signé par le représentant du pouvoir adjudicateur. Malgré la demande des entreprises, il n'était pas possible de réduire davantage ce délai, compte tenu des opérations à accomplir. Dès réception du projet de décompte final transmis par le titulaire, le maître d'œuvre dispose de quarante jours pour établir un projet de décompte général, le transmettre au maître d'ouvrage qui l'acceptera ou le rectifiera puis, le notifiera au titulaire en vue de le rendre définitif.

Désormais, l'article 13.4.2 prévoit également la possibilité pour le titulaire de mettre en demeure le maître d'ouvrage, lorsque celui-ci ne procède pas dans les délais à la notification du décompte général. La mise en demeure ne règle pas la difficulté du paiement mais permet au titulaire de saisir le juge, s'il reste sans réponse au-delà d'un mois.

L'inversion du processus en cas de dépassement du montant des travaux

Dans le CCAG de 1976, le titulaire est tenu d'avertir le maître d'œuvre un mois à l'avance du dépassement probable de la masse des travaux et d'arrêter le chantier en l'absence d'une décision de poursuivre. Critiqué par les organismes professionnels, l'article 15.4 a inversé le mécanisme : en l'absence d'ordre d'arrêter le chantier dans un délai donné, le titulaire pourra, dans la limite de plafonds fixés à l'article 15.3, poursuivre les travaux et en obtenir le paiement.

La réforme attendue du règlement des litiges (art. 50)

Le dispositif de règlement des différends et litiges extrêmement complexes mis en place par le texte de 1976 a été remanié en profondeur. Il n'existe plus de distinction entre les différends qui interviennent entre l'entrepreneur et le maître d'œuvre ou le maître d'ouvrage. Le second mémoire en réclamation ou mémoire complémentaire a été supprimé.

Ce mémoire, généralement identique au premier, prolongeait inutilement le délai nécessaire avant d'introduire un recours. Cette suppression permettra à la fois une négociation plus rapide pour résoudre le litige et la saisine plus rapide du juge pour trancher le litige. Les délais de transmission d'un mémoire, lorsque la réclamation portera sur le décompte général du marché, ont été harmonisés avec les délais de transmission du décompte mentionnés à l'article 13.

La contribution du CCAG Travaux à la lutte contre le travail dissimulé

Le nouvel article 31.5 prévoit l'obligation pour le titulaire de faire porter par son personnel, dans l'enceinte du chantier, un dispositif d'identification. Celui-ci mentionne les noms de la personne et de son employeur. Le titulaire est, en outre, tenu d'établir un enregistrement exhaustif des personnes qu'il emploie sur le chantier.

Ces nouveaux CCAG auront-ils la même longévité que les précédents ? Il est possible d'en douter et, dans une certaine mesure, de ne pas le souhaiter. Publiés récemment, ces textes ont déjà reçu un accueil très positif. Pour faciliter l'appropriation par les acheteurs et les professionnels de ces nouveaux contrats type, la DAJ a mis en ligne sur le site du ministère de l'Économie, de l'Industrie et de l'emploi ³² une fiche de présentation de chaque CCAG ainsi que des tables de correspondance entre les anciens et les nouveaux. Pour une utilisation plus aisée, des brochures dédiées à chaque CCAG seront également publiées prochainement par la direction des journaux officiels. ■

³² http://www.economie.gouv.fr/themes/marches_publics/accueil-daj.htm