

La révision des Cahiers des Clauses Administratives Générales (CCAG) au 1^{er} avril 2021

Avril 2021 / RÉDACTEUR : CKS PUBLIC



La révision des Cahiers des Clauses Administratives Générales au 1^{er} avril 2021

Introduction

Alors que les Cahiers des Clauses Administratives Générales (CCAG) viennent d'être mis à jour par arrêtés en date du 30 mars 2021, parus au JORF n°0078 du 1er avril 2021, chacun se demande quelles sont les nouveautés apportées par le Ministère de l'économie, des finances et de la relance.

Quels objectifs?

Cette réforme répond à plusieurs objectifs :

- 1. « Aligner » les CCAG avec l'esprit et la règle des réglementations (Directives Européennes, Code de la Commande Publique, ...) et jurisprudences relatives aux marchés publics
- 2. Intégrer aux CCAG des réponses aux exigences contemporaines (Développement durable, sécurité des données, essor des solutions en mode SaaS, ...)
- 3. Adapter les CCAG aux pratiques des acheteurs et simplifier leur contenu lorsque pertinent

Quel calendrier?

Les nouveaux CCAG sont entrés en vigueur dès leur parution au JORF, le 1er avril 2021. Cependant, les acheteurs peuvent faire référence aux anciens CCAG, ceux de 2009, jusqu'au 30 septembre 2021. Durant cette période de transition, dans le silence du marché, le CCAG du 2009 est applicable.

Certaines nouveautés sont communes à l'ensemble des CCAG (I). Notamment :

- L'homogénéisation du lexique, du régime des avances, du plafonnement des pénalités et de la procédure contradictoire préalable
- La valorisation obligatoire des ordres de services,
- Les nouveautés « régime » de propriété intellectuelle,
- Les possibilités de dématérialisation,
- Les possibilités liées à la valorisation du développement durable,
- Les possibilités de règlement amiable des litiges
- Les conséquences attachées à la théorie de l'imprévision.

D'autres apports, tout autant notables, concernent spécifiquement certains domaines d'achats (II) (Les « travaux », la « maîtrise d'œuvre » et les « technologies de l'information et de la communication »).



La révision des Cahiers des Clauses Administratives Générales au 1^{er} avril 2021

I) Les mesures générales, communes à l'ensemble des CCAG

a. De cinq à six CCAG:

Cinq CCAG étaient mobilisables par les acheteurs jusqu'à présent. La réforme du 1er avril 2021 vient en créer un sixième, relatif aux marchés de maîtrise d'œuvre. Ce type de prestations est aujourd'hui distingué des autres prestations intellectuelles (PI).

On dénombre donc les CCAG suivants, dont les préambules définissent les marchés auxquels ils se rapportent :

- Le CCAG Fournitures Courantes et Services (CCAG/FCS);
- Le CCAG Travaux (CCAG/Travaux);
- Le CCAG Marchés Publics Industriels (CCAG/MI);
- Le CCAG Prestations Intellectuelles (CCAG/PI);
- Le CCAG techniques de l'Information et de la Communication (CCAG/TIC);
- Le CCAG Maîtrise d'œuvre (CCAG/MOE).

Le principe selon lequel un marché doit faire référence à un seul CCAG est maintenu. Toutefois, concernant les marchés globaux, il est désormais possible de faire référence à plusieurs CCAG, on pense alors à ceux applicables aux travaux, à la maîtrise d'œuvre et éventuellement aux fournitures courantes et services (si des prestations de maintenance sont prévues).

b. Le principe de la dérogation maintenu

La liste récapitulative des dérogations au CCAG en fin de CCAP ou de document particulier du marché ayant le même objet est maintenue.

Nos conseils :



- En plus de lister les dérogations en fin de CCAP, identifier l'article du CCAG auquel il est dérogé au sein même de la clause du marché pour gagner en transparence.
- **Déroger au CCAG avec parcimonie** sous peine de voir les risques contractuels transférés au titulaire répercutés sur la qualité de son offre ou sur son prix.

c. Harmonisation du lexique et autonomisation des travaux

D'une manière générale, la notion de « pouvoir adjudicateur » disaparaît au profit du terme « *acheteur* », excepté concernant le CCAG/Travaux et le CCAG/MOE où le terme « *maître d'ouvrage* » est retenu. Il en va de même concernant la *réception*, qui devient un terme propre à ces deux CCAG. Pour le reste la notion *d'admission* des prestations est retenue.



La révision des Cahiers des Clauses Administratives Générales au 1^{er} avril 2021

Le « décompte de liquidation » disparaît et tous les CCAG stipulent désormais « **décompte de résiliation** ». Enfin, la « lettre de réclamation » n'est plus, au profit du « **mémoire en réclamation** ».

Nos conseils :

• Toujours définir de manière précise l'acheteur ou le maître d'ouvrage dans les pièces du marché. En cas de groupement de commandes, l'indiquer expressément et anticiper l'ajout ou le retrait de membres.

d. Nouveau régime binaire des avances

Les clauses ayant le même objet et figurant dans plusieurs CCAG sont rédigées de manière identique. Tel est le cas de *l'avance*, *qui dispose désormais d'un système d'options*.

- **L'option** A selon laquelle le taux de l'avance est de 20% pour les PME et de 5% (ou un taux supérieur fixé par le marché) pour les autres entreprises ;
- **L'option B** selon laquelle les taux minimums prévus par le code de la commande publique sont applicables, c'est-à-dire 10 % pour les PME et 5 % pour les autres entreprises.
- Dans le silence du marché, l'option A est retenue d'office.

e. Les pénalités de retard plafonnées et discutées

Les pénalités de retard sont désormais plafonnées à 10% du montant du marché, de la tranche ou du bon de commande correspondant. Cela pour tous les CCAG.

Les CCAG prévoient expressément la mise en œuvre, par l'acheteur, d'une **procédure contradictoire préalablement à l'application des pénalités de retard**. Pour les autres pénalités, relatives aux manquements aux obligations environnementales ou aux clauses sociales, les CCAG prévoient qu'une mise en demeure est restée infructueuse. Le titulaire est donc expressément invité à faire valoir ses observations.

Le titulaire est désormais exonéré des pénalités d'un montant inférieur à 1000 € HT.

Nos conseils :



- *Dialoguer* régulièrement avec le titulaire du marché concernant le respect des délais contractuellement prévus.
- En cas d'opérations de travaux faisant intervenir plusieurs corps d'état :
 - Prévoir des *pénalités provisoires* pour non respect des délais intermédiaires ;
 - Faire un point « calendrier d'exécution » à chaque réunion de chantier en veillant à la présence du titulaire de la mission OPC ;
 - Apprécier les conséquences sur le marché de maîtrise d'œuvre.
- Limiter le nombre et le montant des pénalités afin qu'elles correspondent, au mieux, à l'éventuel préjudice causé.
- En cas de retard constaté ou à venir, s'assurer de l'identité du responsable et engager un dialogue contradictoire.



La révision des Cahiers des Clauses Administratives Générales au 1^{er} avril 2021

f. Valorisation des ordres de services et élargissement de la pratique des OS à prix provisoires

Il s'agit de la transposition de l'article L 2194-3 du code de la commande publique, issu de la loi n°2019-486 du 22 mai 2019 dite « PACTE », mettant fin à la pratique selon laquelle les maîtres d'ouvrage commandaient des prestations supplémentaires ou modificatives à zéro euro, par ordre de service non chiffré. L'avenant en régularisation n'étant jamais conclu, les travaux n'étaient finalement pas rémunérés.

C'est désormais la pratique des *ordres de service à prix provisoires* qui est étendue à tous les CCAG. Ils permettent le paiement des acomptes mensuels sur la base de prix non fixés contractuellement, le temps de conclure un avenant.

g. Propriété intellectuelle

Une clause relative à la propriété intellectuelle a été intégrée à l'ensemble des CCAG. Il s'agit d'une solution hybride entre les options A et B du CCAG/PI car elle implique :

- La cession a titre non exclusif des résultats, c'est-à-dire que le l'acheteur sera en mesure d'utiliser les résultats (prestations couvertes par des droits de propriété intellectuelle réalisées dans le cadre du marché, pour les besoins du marché) ainsi que le titulaire, y compris commercialement.
- La cession à titre exclusif des prestations directement liées à l'acheteur (logo, campagnes de communication par exemple).

Concernant le CCAG/MOE, une clause spécifique est insérée (voir II) b.).

h. Dématérialisation

Les CCAG précisent les conditions de dématérialisation des échanges durant l'exécution des prestations. Est ainsi mentionné *le recours possible au profil acheteur* et à sa messagerie électronique.

En termes de simplification, les ordres de services et les bons de commandes n'ont plus à être signés.



La révision des Cahiers des Clauses Administratives Générales au 1^{er} avril 2021

i. Développement durable

Des clauses environnementales ont été ajoutées concernant le transport, l'emballage et la gestion des déchets.

Par ailleurs, *une clause sociale définissant le public éligible et ses modalités de mise en œuvre* est prévue. Elle est considérée comme autonome de sorte que l'acheteur n'a qu'a fixer les pénalités afférentes.

Nos conseils:

- La Mission de Lutte contre le Décrochage Scolaire (MLDS) propose une solution « clé en main » pour la mise en place de clauses sociales dans un marché public. Les clauses, la documentation et des exemples de pénalités sont disponibles sur le site du ministère de l'éducation nationale, de la jeunesse et des sports.
- Prévoir l'application de pénalités proportionnées à la durée du marché, à son montant et au nombre d'heures d'insertion exigées.

j. Règlement des différends

Les modalités de **règlement amiable et les modes alternatifs de règlement des litiges** sont précisées dans tous les CCAG.

La notion de différend a été définie plus précisément et le contenu du mémoire en réclamation a été calqué sur la définition qu'en a donné le juge administratif.

Un *délai de recours fixé* à *deux mois concernant les réclamations relatives au solde du marché* est désormais prévu. Il est cependant maintenu à six mois concernant les travaux et la maîtrise d'œuvre où le solde correspond au décompte général.

k. Théorie de l'imprévision

La théorie de l'imprévision implique, depuis 1916, *le partage des surcoûts induits* entre les parties. Les CCAG fixent désormais le principe selon lequel *les parties doivent se rencontrer* afin d'établir les actions à mener afin de permettre la poursuite de l'exécution des prestations, ou leur reprise, ainsi que la question financière.

Une clause de réexamen est également prévue pour permettre la concrétisation efficace de la prise en compte du cas d'imprévision par les parties.





La révision des Cahiers des Clauses Administratives Générales au 1^{er} avril 2021

II) Les mesures spécifiques aux travaux et aux techniques de l'information et de la communication

a. Les travaux

Les ordres de services peuvent désormais être émis par le maître d'ouvrage <u>ou</u> le maître d'œuvre. A la nuance près que le maître d'ouvrage est nécessairement associé aux ordres de services impliquant une modification des conditions d'exécution du marché (travaux supplémentaires ou modificatifs, prix nouveaux, découverte de matériaux dangereux etc.).





- Définir précisément, dans les clauses du marché, quels ordres de services relèvent de la maîtrise d'ouvrage et quels ordres de services relèvent de la maîtrise d'œuvre.
- Sensibiliser les entrepreneurs et leurs sous-traitants sur la répartition des tâches, dès la période de préparation.

Pour les opérateurs économiques, il ne s'agit plus d'émettre une « **réserve** » à un ordre de service mais de formuler des « **observations** », toujours sous peine de forclusion.

Des mesures visant à diminuer la pression sur la trésorerie des entreprises ont été prévues. Ainsi, les conditions de **règlement des approvisionnements** n'ont plus à être prévues dans les clauses du marché. Elles sont désormais définies précisément et peuvent être intégrées à tout projet de décompte mensuel, sous réserve de la communication des justificatifs.

Nos conseils :



Prévoir expressément le paiement des approvisionnements dans les acomptes mensuels et détailler les pièces justificatives attendues.

Régler rapidement les premier acomptes comportant les approvisionnements pour limiter la pression sur la trésorerie des entrepreneurs.

Concernant *le décompte final*, s'il n'est pas produit par le titulaire du marché après mise en demeure du maître d'ouvrage, le maître d'œuvre est autorisé à l'établir. En cas de désaccord entre le titulaire et le maître d'œuvre, le règlement est effectué sur la base des sommes admises par le maître d'œuvrage afin de ne pas bloquer l'ensemble de la demande de paiement.

Les réserves non levées, les litiges et les réclamations sont à inscrire, par le maître d'ouvrage, au sein même du décompte général afin que ce dernier puisse conserver ses droits. Cela permet également le paiement du titulaire pour les prestations réalisées.



La révision des Cahiers des Clauses Administratives Générales au 1^{er} avril 2021

L'exécution de l'ensemble des tâches prévues au titre de la période de préparation devient une condition incontournable au démarrage effectif des travaux.

Nos conseils :

Définir précisément les tâches à effectuer durant la période de préparation et notamment l'établissement du calendrier détaillé d'exécution faisant apparaitre les jalons critiques, le projet d'implantation des d'installations de chantier et surtout les décompositions des prix forfaitaires ou les sous-détails de prix unitaires en vue du paiement des premiers acomptes.

S'assurer que l'ensemble des déclarations préalables à l'ouverture du chantier ont été effectuées, notamment la DICT.

Prévoir des pénalités de retard spécifiques et adaptées pour les différentes tâches prévues au titre de la période de préparation.

Plusieurs clauses ont été renforcées afin de garantir la **sécurité sur le chantier**. Tel est notamment le cas des règles relatives au **piquetage général et spécial**, à **l'obligation de port d'une carte professionnelle sécurisée** pour les intervenants et **l'interruption immédiate des prestations en cas de découverte de matériaux toxiques ou dangereux** (notamment le plomb et l'amiante).

Les clauses relatives à la gestion des déchets sont précisées. Ainsi le SOGED (Schéma d'Organisation et de Gestion des Déchets) devient une pièce à produire par le titulaire du marché.

Nos conseils :

La gestion des déchets de chantier peut être *un élément d'appréciation de la qualité des offres, sur le plan technique ou environnemental (valorisation ou réduction des déchets)*. Ainsi, demander, au stade de la remise des offres, le projet de SOGED peut s'avérer pertinent et faire l'objet d'une analyse.

Identifier les types de déchets pouvant être produits par l'opération de travaux et transmettre cette information aux opérateurs économiques.

Le **Dossier des Ouvrages Exécutés (DOE)** devient une pièce que le titulaire doit remettre au maître d'œuvre **lors de la demande de réception des travaux**. Il transmet également tous les éléments nécessaires à l'établissement du Dossier d'Intervention Ultérieure sur l'Ouvrage (DUIO).

Nos conseils :

Uniformiser les DOE en imposant un sommaire à suivre par les titulaires.



La révision des Cahiers des Clauses Administratives Générales au 1^{er} avril 2021

b. La maîtrise d'œuvre

Les premières adaptations notables concernant le CCAG/MOE sont relatives à la liste des pièces contractuelles, y figure notamment le programme et la charte BIM. Par ailleurs, l'indice de révision type est celui que les acheteurs retenaient généralement, à savoir l'indice ING.

Le CCAG prévoit des taux de tolérances auxquels les acheteurs peuvent déroger en fonction des caractéristiques de l'opération.

- Sur le coût prévisionnel des travaux :
 - En construction neuve : 5 %
 - En réhabilitation : 1 %
- Sur le coût total définitif des marchés de travaux :
 - En construction neuve : 3 %
 - En réhabilitation : 5 %

Le CCAG/PI permettait à la maîtrise d'ouvrage de prononcer *l'arrêt de l'exécution des prestations* à l'issue de chacune des parties/phases techniques définies dans le marché. Cette décision impliquait la résiliation du marché, sans indemnité (article 20 du CCAG/PI de 2009 et article 22 du nouveau CCAG/PI). *Cette possibilité disparait concernant le CCAG/MOE*.

Chaque élément de mission fait l'objet *d'opérations de vérification* impliquant une décision d'admission, d'ajournement, d'admission avec réfaction ou de rejet. *Le délai d'approbation des éléments de missions du maître d'œuvre est, par défaut, de deux mois*.

Un seul régime de propriété intellectuelle est applicable, il s'agit d'une cession à titre non exclusif sur le modèle de l'option A de l'ancien CCAG/PI. Il est également rappelé l'étendue du droit moral du maître d'œuvre mis en balance avec le principe selon lequel il ne saurait imposer une intangibilité stricte de son œuvre notamment face aux nécessités du service public ou l'adaptation de l'ouvrage à de nouveaux besoins.

Le maître d'œuvre dispose de la faculté l'interrompre l'exécution du marché en cas de retard de paiement de plus de trois mois à compter du point de départ du délai de paiement. Si le versement de l'acompte n'intervient pas dans un délai de six mois suivant l'interruption effective des prestations, le maître d'œuvre peut demander la résiliation du marché. A noter que l'article 27 du CCAG/MOE précise que le maître d'œuvrage « peut » prononcer la résiliation du marché dans le cas d'une demande émanant du maître d'œuvre. Il n'est donc pas contraint de le faire.

Nos conseils :



Prévoir expressément une dérogation concernant la possibilité de s'opposer à l'interruption de l'exécution des prestations sous réserve de justifier d'un motif d'intérêt général.



La révision des Cahiers des Clauses Administratives Générales au 1^{er} avril 2021

Un seuil de 10 % est inscrit concernant le montant des prestations supplémentaires ou modificatives. Ainsi, si aucun avenant n'est intervenu, le maître d'œuvrage ne peut pas notifier au maître d'œuvre un ordre de service dont le montant est supérieur à 10 % du montant du marché initial.

Ce même seuil de 10 % est retenu concernant la prolongation de la durée du chantier. Ainsi, une augmentation de la durée du chantier de plus de 10%, implique la rencontre du maître d'ouvrage et du maître d'œuvre afin d'examiner la cause du retard ou de la prolongation et de déterminer si elle ouvre droit à indemnité au profit du maître d'œuvre.

Rappel :



Il est de jurisprudence constante que le titulaire d'un contrat de maîtrise d'œuvre est rémunéré par un prix forfaitaire couvrant l'ensemble de ses charges ainsi que le bénéfice qu'il en escompte, et que seule une modification de programme ou une modification de prestations décidées par le maître de l'ouvrage peuvent donner lieu, le cas échéant, à une augmentation de sa rémunération.

c. Les Techniques de l'Information et de la Communication (TIC)

Le nouveau CCAG apporte des *précisions sur les définitions des termes fondamentaux* (« réversibilité » et « transférabilité » notamment).

Le CCAG opère un renforcement du dispositif contractuel concernant la sécurité. Il est désormais prévu la création d'un canal dédié à la sécurité informatique lors des échanges avec le titulaire pour ce qui concerne les informations relatives à la vulnérabilité des systèmes d'information. Par ailleurs, des pénalités spécifiques concernant la violation des obligations de sécurité sont à prévoir. L'acheteur dispose de la faculté officielle de conduire un audit de sécurité auprès du titulaire afin de s'assurer du respect du niveau de sécurité attendu. Concernant la maintenance des conditions de sécurité, une clause a été ajoutée touchant au traitement de l'obsolescence et la livraison des correctifs de sécurité.

Sur la propriété intellectuelle des logiciels acquis, l'acheteur dispose de la possibilité de rétrocéder tout droit à un tiers, à quelque titre que ce soit, à quelques conditions que ce soit et la possibilité de les diffuser, sous une licence libre / open source.

Enfin, le CCAG/TIC intègre aux pièces contractuelles types celles généralement prévues par les acheteurs. Il s'agit du PAQ (Plan d'Assurance Qualité), du PAS (Plan d'Assurance Sécurité), du Plan de Prévention des Risques (PPR) et, le cas échéant, un Plan de Sécurité des Systèmes d'Information (PSSI), cela dès le stade de l'offre.

