

Du bon usage des CCAG pour sécuriser les marchés

L'acheteur public est libre de se référer ou non à l'un des CCAG. S'il décide de recourir à un autre document à vocation générale, il doit néanmoins prendre certaines précautions. En outre, la personne ne peut déroger à des stipulations de l'un des CCAG qu'en respectant un certain formalisme.

Sans être totalement réglementaires ni complètement contractuelles, les pièces contractuelles générales constituent une catégorie à part, au sein de laquelle on trouve les cahiers des clauses administratives générales (CCAG) dont il sera ici question. En effet, les CCAG ont la propriété de se présenter comme un recueil de stipulations contractuelles engageant à la fois le pouvoir adjudicateur et le titulaire du marché, mais ils sont, également, approuvés par le pouvoir réglementaire. Ainsi, par exemple, le dernier CCAG applicable aux marchés de travaux est entré en vigueur par un arrêté du 8 septembre 2009^[1] et vient d'être modifié par un second arrêté en date du 3 mars 2014^[2] ;

Cette double nature peut être une source d'incertitude et de confusion pour les acheteurs publics mais également pour les entreprises soumissionnaires. Toutefois, le juge administratif les considère comme étant un élément à part entière du contrat dont les stipulations s'appliquent dès que celui-ci est notifié et non comme une simple réglementation organisant les prestations qui ne seraient opposables qu'au commencement de leur exécution^[3]. L'entrée en vigueur d'un nouveau CCAG ne vaut que pour l'avenir, les contrats en cours d'exécution ou de passation continuent de se référer au document en vigueur au moment de la publication de l'appel public à la concurrence.

On en dénombre actuellement cinq, qui recoupent à peu près les différentes familles de marchés (le CCAG – Marchés de fournitures courantes et services, le CCAG

Auteur

Francois Lehoux et Philippe Guellier
Avocats à la Cour, cabinet Seban et Associés

Mots clés

CCAG • CCAP • Dérogation • Facultatif • Liberté contractuelle

[1] Arrêté du 8 septembre 2009 (NOR : ECEM0916617A), portant approbation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux.

[2] Arrêté du 3 mars 2014 modifiant l'arrêté du 8 septembre 2009 (NOR : EFIM1331736A), portant approbation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux.

[3] CE 2 avril 2008, SA BPVR, req. n° 277302 : « Considérant que la mise en œuvre des dispositions du cahier des clauses administratives générales est liée à l'exécution du marché lui-même et non à celle des travaux qui en constituent l'objet ; que ces dispositions sont donc applicables dès la notification du marché ».

– Marchés de prestations intellectuelles, le CCAG – Marchés publics de travaux, le CCAG – Marchés publics industriels et le CCAG – Marchés publics de techniques de l'information et de la communication).

L'article 13 du Code des marchés publics, qui définit les éléments constitutifs du cahier des charges des marchés passés selon une procédure formalisée, impose une dichotomie entre, d'une part, les pièces contractuelles particulières et, d'autre part, les pièces contractuelles générales. La première catégorie recoupe notamment les cahiers des clauses administratives particulières (CCAP) qui sont rédigés pour un contrat donné et n'ont vocation à s'appliquer qu'à celui-ci. À l'inverse les documents généraux incluent : « 1° Les cahiers des clauses administratives générales, qui fixent les dispositions administratives applicables à une catégorie de marchés ; 2° Les cahiers des clauses techniques générales, qui fixent les dispositions techniques applicables à toutes les prestations d'une même nature ».

Toujours, selon le même article, « ces documents sont approuvés par un arrêté du ministre chargé de l'économie et des ministres intéressés. » et « la référence à ces documents n'est pas obligatoire ». Il est, en outre, précisé que « Si le pouvoir adjudicateur décide de faire référence aux documents généraux, les documents particuliers comportent, le cas échéant, l'indication des articles des documents généraux auxquels ils dérogent ».

Dès lors, si le recours aux CCAG demeure facultatif, son utilisation impose, en revanche, aux acheteurs publics le respect d'un certain nombre de règles.

Un recours facultatif soumis à la volonté du pouvoir adjudicateur

Dans le passé, le législateur a pu être tenté de recourir à des documents généraux obligatoires, comme ceux destinés aux concessions d'électricité et du gaz^[4]. Ce type d'immixtion de l'État dans la liberté contractuelle des collectivités territoriales et leurs groupements n'étant pas compatible avec l'avènement de la décentralisation, assez naturellement, le législateur les a rendus facultatifs par la loi du 2 mars 1982^[5].

Ainsi, le recours au CCAG relève en premier de la volonté de l'acheteur public. Toutefois, s'il entend se référer à un document autre et non officiel, il doit s'astreindre aux mêmes obligations que pour une pièce particulière du marché.

L'obligation pour le pouvoir adjudicateur d'indiquer explicitement sa volonté de se référer à un CCAG

Suite à une question parlementaire, le ministère de l'Économie est venu rappeler qu'en matière de cahiers généraux, leur application était soumise à la volonté de l'acheteur public : « Toutefois, les CCAG ne sont pas ipso facto applicables. C'est à la personne responsable du marché de décider de faire expressément référence ou non à ces documents »^[6]. Ce caractère facultatif est aujourd'hui repris à l'article 13 du Code des marchés publics.

Ainsi l'acheteur public devra impérativement, au sein du CCAP, indiquer dans la liste des pièces contractuelles le CCAG dont il entend faire application. En effet, le juge administratif a pu considérer qu'en cas de litige, « lorsqu'une personne publique oppose à son cocontractant une fin de non-recevoir tirée du non-respect de l'article 34 du CCAG applicables aux marchés publics de fournitures courantes et de services qui stipule qu'un mémoire de réclamation doit être présenté préalablement à la saisine du juge du contrat, à peine d'irrecevabilité de cette saisine, il lui incombe d'établir que le marché en litige se réfère expressément à ce cahier des clauses administratives générales »^[7].

La liberté de se référer à un CCAG peut même amener la personne publique à se référer à un document applicable à un autre type de marché. Ainsi le Conseil d'État a admis la possibilité de viser le CCAG Fournitures et services dans le cadre d'un marché public de travaux^[8].

Par suite, les CCAG se présentent aux acheteurs publics comme des documents à leur disposition, auxquels ils peuvent choisir librement de se référer sans que la catégorie de marché vienne commander le type de CCAG applicable.

La référence explicite à un CCAG emporte application de celui-ci sans qu'il soit besoin de l'insérer aux documents de la consultation. Cependant, cette facilité ne vaut que si le document général est officiel et a fait l'objet d'une publication par le pouvoir réglementaire.

[4] Réponse parlementaire, JO AN, 30 mars 2004, p. 2576.

[7] CAA Paris 24 mai 2011, Sté Audacieuse, req. n° 09PA04791.

[8] CE 6 décembre 1995, Département de l'Aveyron, n° 148964, 149403 : dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement Fratacci affirme : « Il est clair tout d'abord qu'en se référant uniquement au CCAG des marchés de fournitures et de services et non au CCAG des marchés de travaux pour la pose des aribus, le département de l'Aveyron n'a commis aucune irrégularité, ces documents n'ayant plus, depuis l'intervention de la loi du 2 mars 82 (article 58) que le caractère de documents facultatifs qui ne s'imposent aux collectivités locales que dans la mesure où elles en décident expressément par une délibération et pour les seules clauses qu'elles retiennent » [cité in M. Berbari, CCAG des marchés publics, Le Moniteur, III.201].

[4] Article 37 de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz ; applicable aux seules concessions d'État après 1982 et définitivement abrogée par l'ordonnance n° 2011-504 du 9 mai 2011 portant codification de la partie législative du code de l'énergie.

[5] Articles 22, 58 et 70 de la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions.

Une obligation d'application du régime des pièces particulières en cas de recours à un CCAG non officiel

Comme cela a été évoqué ci-dessus, le pouvoir adjudicateur dispose d'une large marge de manœuvre pour choisir le CCAG auquel il entend faire référence suivant les caractéristiques de son propre marché.

En revanche, dans certaines situations, les documents généraux existant peuvent se révéler inadaptés, ou bien encore le type de marché peut ne pas avoir fait l'objet d'un CCAG particulier. Cela peut être notamment le cas en matière de marché de maîtrise d'œuvre ou de conception-réalisation.

Ainsi, dans le cas de la conception-réalisation, il n'existe pas de CCAG dédié, et la personne publique doit faire cohabiter des prestations intellectuelles et des travaux dans le même contrat. Si elle entend ne faire référence qu'au CCAG Travaux, elle devra prévoir un grand nombre de dérogations, qui seront particulièrement lourdes à lister et qui seront autant de sources de risques juridiques.

Pour pallier cette difficulté, les pouvoirs adjudicateurs peuvent souhaiter rédiger leurs propres documents généraux ou de recourir à des modèles préexistants ; mais dans toutes les hypothèses, ces documents ne seront pas être rendus contractuels de la même façon qu'un CCAG ayant fait l'objet d'une mesure de publication par décret ou par arrêté.

Par exemple, il existe un modèle de cahier des clauses administratives pour la maîtrise d'œuvre édité par la Mission interministérielle pour la qualité des constructions publiques et le ministère de l'Écologie, de l'Énergie, du Développement durable et de la Mer^[9]. Il est également possible de faire référence à un modèle de cahier de clauses générales applicables aux marchés de conception-réalisation, qui avait été élaboré, il y a quelques années, par les praticiens, en marge des procédures réglementaires.

On soulignera ici que la liberté contractuelle permet, par principe, au pouvoir adjudicateur de faire application d'un autre document à caractère général qui ne soit pas un CCAG approuvé par le pouvoir réglementaire, comme le reconnaît le Conseil d'État : « Il résulte de l'instruction que, ainsi que l'a relevé la cour, la commune intention des parties a été de se référer, parmi les documents contractuels du marché litigieux, au cahier des clauses générales applicables aux travaux de bâtiment faisant l'objet de marchés privés dit "norme française homologuée NFP 03.001", sans qu'aucune autre pièce du marché ne modifie ces stipulations »^[10].

Toutefois le recours à de tels documents ne peut se faire en parfaite substitution des CCAG officiels, ils ne font pas l'objet d'une publication les rendant opposables par simple référence du CCAP. Ainsi, il appartiendra aux acheteurs publics de définir, lors de la consultation, les modalités par lesquelles il entend les rendre contractuels.

Pour plus de précaution, il est préférable de demander aux candidats de contresigner ce document et d'indiquer explicitement qu'ils en ont pris connaissance. De plus, la rédaction du CCAP et, plus particulièrement, de l'article relatif à la liste des pièces contractuelles devra être explicite sur la nature et l'origine du document de sorte à ne laisser subsister aucun doute.

Quant à le classer dans la catégorie des pièces générales, un débat peut exister. Si le cahier des clauses administratives en question a bien vocation à s'appliquer à une catégorie de marché, il ne remplit pas l'ensemble des conditions fixées à l'article 13 du Code des marchés publics qui prévoit que « Ces documents sont approuvés par un arrêté du ministre chargé de l'économie et des ministres intéressés ».

Une exception doit être évoquée quant à l'obligation de joindre le document général non officiel au document de la consultation. Rien n'interdit à un pouvoir adjudicateur de se référer à un ancien CCAG et, dans ce cas, bien que l'acte réglementaire l'instaurant soit abrogé, une simple référence semble satisfaisante. C'est ce que laisse entendre Catherine Bergeal, Directrice des affaires juridiques (DAJ) du ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie qui, lors de la publication des nouveaux CCAG en 2009, a eu l'occasion d'indiquer que : « les acheteurs publics qui le souhaiteraient peuvent choisir de se référer à l'ancienne version d'un CCAG, en le mentionnant expressément, par exemple en précisant que le marché applique le CCAG Travaux dans sa rédaction approuvée par le décret du 21 janvier 1976 »^[11].

La faculté d'avoir recours aux CCAG proposés par le pouvoir réglementaire national relève de la liberté contractuelle dont disposent les collectivités et leurs groupements dans la rédaction des clauses contractuelles de leurs marchés. Par ailleurs, comme il sera évoqué ci-après, le recours à l'un des documents généraux implique, de la part de la personne publique, le respect d'un certain nombre de règles.

Un recours conditionné au respect de certaines règles particulières

Si le choix de se référer à un CCAG demeure libre, il impose toutefois que celui-ci s'applique de manière entière et totale au marché. Si la personne publique souhaite déroger à l'une des stipulations du CCAG, elle doit respecter un formalisme strict. Enfin, on relèvera que dans certains cas il n'est pas possible de faire référence à plusieurs CCAG.

Une possibilité de dérogation soumise à un formalisme strict et sous le contrôle du juge administratif

L'article 13 du Code des marchés publics ouvre la possibilité d'inclure dans les contrats des stipulations diffé-

[9] http://www.archi.fr/MIQCP/IMG/pdf/CCA_MOE_web.pdf.

[10] CE 14 décembre 1998, SARL LEVAUX, req. n° 171861.

[11] www.collectivites-locales.gouv.fr/nouveaux-ccag-archives-chat-15-decembre-2009.

rentes de celles prévues par les documents généraux à condition que « les documents particuliers comportent, le cas échéant, l'indication des articles des documents généraux auxquels ils dérogent ». Il faut également ajouter que les CCAG, dans leur article premier, stipulent que les dérogations contenues dans les CCAP doivent faire l'objet d'une liste récapitulative des dérogations^[12]. Enfin, le dernier article des CCAG, aujourd'hui en vigueur, précise que cette liste doit faire l'objet du dernier article du CCAP^[13].

Ainsi le marché public peut ne suivre que partiellement les stipulations du CCAG. Mais il doit, dans ce cas, se soumettre à une triple obligation de formalisme particulièrement contraignante.

Les dérogations doivent être expressément identifiées dans le CCAP, ce qui exclut par exemple qu'une disposition dérogatoire soit simplement mentionnée dans le CCTP du marché. Dans ce cas, elle devra être au moins reproduite dans le CCAP.

La rédaction du CCAP doit indiquer explicitement que le pouvoir adjudicateur entend y déroger, et l'ensemble des dérogations doivent être compilées dans un article récapitulatif du CCAP, et cet article doit être le dernier du CCAP.

En cas de non-respect de ce formalisme, le juge administratif peut être amené à considérer que la dérogation est réputée non écrite. Les juridictions administratives en font une application stricte, comme le rappelle une récente décision de la cour administrative d'appel de Marseille^[14]. Le juge souligne qu'une simple contradiction entre le CCAP et le CCAG ne constitue pas une dérogation, que « cette stipulation ne peut donc être regardée comme une dérogation qui, pour être opposable entre les parties au marché, devrait être clairement définie et incluse dans les dérogations énumérées par le CCAP », avant de conclure qu'elle « ne lui est pas opposable, faute de figurer dans la liste des dérogations aux cahiers généraux reprise par le dernier article du même cahier »^[15].

Cette application stricte du formalisme des dérogations au CCAG n'est pas confirmée par le Conseil d'État qui n'est pas encore revenu sur une décision de 1996^[16] dans laquelle il avait considéré que « cette obligation, en tout état de cause, n'est pas prescrite à peine de nullité de la dérogation ». Il avait ainsi validé le raisonnement de la cour administrative d'appel qui avait fait application de

la clause dérogatoire « sans que cela fût explicitement mentionné à l'article 10-2 du cahier des prescriptions spéciales énumérant les dérogations aux clauses du cahier des prescriptions communes (...) ».

Toutefois l'on peut signaler une récente décision de la cour administrative d'appel de Bordeaux^[17] qui, dans un considérant relatif au récapitulatif des dérogations, rappelle « que si l'article 13 du code des marchés publics n'a pas prescrit cette obligation à peine de nullité de la dérogation, cette sanction est expressément prévue par l'article 3.12 du CCAG applicable aux marchés publics de travaux auquel se réfère le marché signé le 27 juillet 2009 ».

En tout état de cause, l'acheteur public devra, lorsqu'il entend se référer à un CCAG, veiller à se plier à ce formalisme pour écarter le risque juridique de voir certaines stipulations réputées non écrites.

Une référence à un seul CCAG par marché

Les catégories de marchés publics définies par le Code ne sont pas étanches et il peut arriver que l'acheteur public décide de lancer une consultation intégrant des prestations de travaux, de fournitures ou de services. Une telle mixité se retrouve également dans les marchés de conception-réalisation précédemment évoqués.

Dans ces hypothèses, il serait tentant pour les pouvoirs adjudicateurs de prévoir dans les pièces particulières des références aux différents CCAG selon que l'on évoque des prestations intellectuelles, de fournitures ou de travaux.

Le Code des marchés publics, dans son article 13, ne prévoit pas cette éventualité et ne définit pas dans quelle condition il serait possible de citer en référence plusieurs CCAG.

Toutefois, certains CCAG prévoient explicitement dans leur préambule que la personne publique ne peut faire référence à plusieurs documents généraux. Ainsi, pour illustration, le CCAG-PI indique dans son préambule qu'« en cas de doute sur le CCAG applicable, il revient au pouvoir adjudicateur d'en décider en veillant à ne faire référence qu'à un seul CCAG ».

Dans ce dernier cas, il convient pour la personne publique de choisir un seul CCAG, auquel elle compte se référer. En cas de nécessité de faire référence à un autre CCAG, il serait juridiquement plus prudent de recopier en entier la stipulation générale dans le CCAP.

En définitive les CCAG sont des outils au service des acheteurs publics qui, outre leur double nature, sont à la frontière de deux préoccupations. Il s'agit, d'une part, d'assurer une certaine homogénéité dans l'exécution des marchés publics et, d'autre part, de respecter la liberté contractuelle, élément indissociable de la libre administration des collectivités territoriales.

[12] Pour exemple : article 1^{er} du CCAG-FCS issu de l'arrêté du 19 janvier 2009, « Ces dérogations doivent figurer dans le cahier des clauses administratives particulières (CCAP) qui comporte une liste récapitulative des articles du CCAG auxquels il est dérogé ».

[13] Pour exemple : article 39 du CCAG-FCS issu de l'arrêté du 19 janvier 2009, « Le dernier article du CCAP indique la liste récapitulative des articles du CCAG auxquels il est dérogé ».

[14] CCA Marseille 10 juin 2014, Sté COMETRA, req. n° 10MA00860.

[15] Autre décision similaire, CAA Douai 31 octobre 2006, Cne d'Armentières, req. n° 04DA01071.

[16] CE 31 juillet 1996, Canac, req. n° 124065.

[17] CAA Bordeaux 31 octobre 2013, Société Constructions guyanaises, req. n° 12BX03201.