

Les clauses sensibles des marchés de maîtrise d'œuvre

Les maîtres d'ouvrage doivent faire preuve d'une prudence accrue dans la rédaction des marchés de maîtrise d'œuvre. En effet, certaines clauses apparemment classiques peuvent être à l'origine de contentieux. Quelles sont les stipulations sensibles et comment les rédiger pour éviter d'éventuels litiges ?

À la croisée de considérations techniques, économiques et juridiques, les marchés publics de maîtrise d'œuvre constituent des contrats de la commande publique à forts enjeux. La complexité croissante des opérations de travaux, l'exigence accrue de maîtrise des coûts et des délais, ainsi que l'évolution du cadre normatif expliquent la multiplication des différends relatifs à l'exécution de ces marchés.

Si le cadre normatif issu du Code de la commande publique depuis le 1^{er} avril 2019 et des CCAG successifs offre des repères structurants, il laisse subsister de nombreuses marges d'appréciation contractuelle.

Dans ce contexte, les maîtres d'ouvrage publics doivent redoubler de vigilance lors de la rédaction des marchés de maîtrise d'œuvre. Certaines stipulations, en apparence classiques, se révèlent particulièrement sensibles et constituent un terrain privilégié de contentieux. Qu'il s'agisse de la rémunération du maître d'œuvre, de l'étendue de ses missions, de sa responsabilité, des délais d'exécution ou encore des conditions de résiliation du marché, une rédaction imprécise ou déséquilibrée est susceptible de fragiliser juridiquement le marché et d'exposer le maître d'ouvrage à des risques contentieux significatifs.

Le présent article se propose ainsi d'analyser les clauses sensibles des marchés publics de maîtrise d'œuvre, à la lumière des textes applicables, afin de dégager des points de vigilance utiles pour l'exécution de ces contrats administratifs singuliers.

Auteur

Anna Véran
Avocate à la Cour
Cabinet Seban & Associés

L'application du CCAG-MOE : une référence nécessaire mais insuffisante

La référence au CCAG-MOE constitue aujourd'hui un point d'ancrage naturel pour les marchés de maîtrise d'œuvre. Conçu spécifiquement pour ces prestations, il structure utilement les relations contractuelles en phase « études » : organisation des échanges, vérification des livrables, gestion financière (acomptes, décomptes), pénalités, propriété intellectuelle ou encore obligations environnementales.

Toutefois, son économie demeure largement orientée vers la prestation intellectuelle. S'il encadre avec précision les éléments de conception (ESQ, APS, APD, PRO, ACT, voire EXE), il reste plus discret sur les modalités concrètes d'intervention du maître d'œuvre en phase de chantier, notamment au titre des missions VISA, DET ou AOR, ainsi que sur les opérations liées à la réception et au suivi jusqu'à la garantie de parfait achèvement.

Or, le livre IV du Code de la commande publique définit les engagements du maître d'œuvre tant en phase d'études qu'en phase d'exécution : respect du programme, des coûts et des délais, gestion des modifications, responsabilités lors du suivi des travaux. Le CCAG-MOE organise partiellement la traduction contractuelle de ces exigences, sans en épuiser toutes les implications opérationnelles.

Dans ces conditions, l'acheteur ne peut se limiter à une référence automatique au CCAG-MOE. Conformément à son préambule, un marché ne peut viser qu'un seul CCAG ; néanmoins, lorsque certaines prestations appellent l'application de stipulations issues du CCAG-Travaux, celles-ci doivent être reproduites expressément dans le CCAP, sans renvoi global.

La pertinence de la référence au CCAG-MOE réside ainsi dans sa combinaison maîtrisée avec des clauses particulières adaptées au suivi de chantier et à la réception des ouvrages. C'est à cette condition que l'acheteur public sécurise pleinement l'exécution de la mission de maîtrise d'œuvre, de la conception à l'achèvement de l'opération.

S'agissant spécifiquement des dérogations au CCAG-MOE, on recommande aux acheteurs de les prévoir de manière non équivoque à la fois au sein des articles concernés dans le cahier des clauses administratives particulières (CCAP) mais également au sein d'un article dédié à la fin dudit document contractuel afin de recenser et d'identifier clairement toutes les éventuelles dérogations.

Les clauses financières : la nécessité de fixer rigoureusement les modalités du prix

Détermination du prix forfaitaire

Dans les marchés publics de maîtrise d'œuvre, la détermination et la rédaction des clauses financières sont essentielles pour sécuriser juridiquement l'économie du marché de maîtrise d'œuvre lui-même, mais plus

largement l'opération de travaux envisagée. En effet, le maître d'œuvre a notamment pour rôle d'affiner le budget prévisionnel fixé par le maître d'ouvrage en arrêtant les travaux nécessaires pour la concrétisation du projet.

On rappellera que, conformément à l'article L. 2432-1 du Code de la commande publique, la mission de maîtrise d'œuvre donne lieu à une rémunération forfaitaire fixée contractuellement.

Le montant de cette rémunération tient compte de l'étendue de la mission, de son degré de complexité et du coût prévisionnel des travaux.

Précisément, d'abord, l'étendue de la mission doit être appréciée par le maître d'ouvrage au regard d'un certain nombre d'éléments, et notamment du nombre et du volume des prestations sollicitées, des moyens à mobiliser, de la procédure de passation retenue pour les travaux, des délais d'exécution ou encore, le cas échéant, des engagements du maître d'œuvre de respecter le coût prévisionnel des travaux.

Ensuite, la prise en compte du degré de complexité de la mission impliquera pour le maître d'ouvrage, d'analyser notamment le type et la technicité du projet ainsi que des exigences et contraintes du programme.

Enfin, le montant de la rémunération doit également être établi au regard du coût prévisionnel des travaux, lequel est fondé soit sur l'estimation prévisionnelle provisoire établie par le maître d'œuvre lors des études d'avant-projet sommaire, soit sur l'estimation prévisionnelle définitive résultant des études d'avant-projet définitif⁽¹⁾.

Maîtriser le passage du prix provisoire au prix définitif

Dans le cas où le coût prévisionnel des travaux n'est pas encore connu au moment de la passation du marché public de maîtrise d'œuvre, le montant provisoire de la rémunération de ce dernier est basé sur la partie affectée aux travaux de l'enveloppe financière prévisionnelle fixée par le maître d'ouvrage⁽²⁾.

Les modalités de fixation du prix définitif sont, quant à elles, prévues par les documents particuliers du marché (le plus souvent par l'acte d'engagement et le CCAP). Précisément, le passage du forfait de rémunération provisoire au forfait définitif s'opère par l'application d'une clause de réexamen et se matérialise par la conclusion d'un avenant.

Les maîtres d'ouvrage doivent apporter une attention spécifique à la rédaction de cette clause de réexamen en précisant en particulier la temporalité du passage de la rémunération provisoire à la rémunération définitive et les conditions dans lesquelles le prix définitif sera fixé, conformément aux dispositions du Code de la commande publique⁽³⁾.

(1) CCP, art. R. 2432-6.

(2) CCP, art. R. 2432-7.

(3) CCP, art. R. 2431-11, R. 2431-22 et R. 2431-26.

En pratique, les maîtres d'ouvrage choisissent de rémunérer les maîtres d'œuvre sur la base d'un pourcentage du coût prévisionnel des travaux. On comprend bien que cette méthodologie n'est pas pleinement satisfaisante dans une logique de maîtrise des coûts en ce que les maîtres d'œuvre peuvent être incités à majorer le coût prévisionnel afin de valoriser leur propre rémunération.

C'est pourquoi, il est recommandé d'inclure dans la rédaction des marchés de maîtrise d'œuvre, des mécanismes ayant pour effet de dissuader une potentielle volonté d'augmenter le coût des travaux. D'abord, la rémunération du maître d'œuvre peut être diminuée si ce dernier méconnaît son engagement de respecter le coût prévisionnel des travaux. En pareil cas, si le dépassement excède le seuil de tolérance, et résulte d'un manquement du titulaire, la rémunération est alors réduite d'un certain pourcentage (maximum 15 %). Il importe de préciser que cette faculté ne peut être mise en œuvre qu'après l'exécution complète des travaux nécessaires à la réalisation de l'ouvrage, lorsque le maître d'ouvrage a connaissance du coût total définitif des travaux résultant des décomptes finaux et factures des opérateurs chargés des travaux. Le marché de maîtrise d'œuvre doit fixer ces modalités et notamment le seuil de tolérance et le pourcentage applicables^[4]. À défaut de mentions dans les documents particuliers du marché, le CCAG-MOE prévoit des formules de calcul de ces seuils. Il est également possible pour le maître d'ouvrage d'exclure les coûts liés aux demandes de modification du programme sollicitées par le maître d'œuvre, du calcul de l'augmentation du coût des travaux réalisés.

En outre, le maître d'ouvrage peut, par exemple, décider d'instaurer des pénalités en cas de dépassement du budget prévisionnel. Toutefois de telles pénalités sont rarement suffisantes pour contrer cette problématique. Ainsi, il est conseillé aux acheteurs d'inclure des clauses incitatives qui se matérialisent par un intéressement du maître d'œuvre aux économies réalisées sur le budget prévisionnel. De telles clauses peuvent notamment prévoir que le pourcentage de rémunération du maître d'œuvre augmente progressivement par tranche d'économies réalisées. Dès lors, les parties poursuivent le même objectif : diminuer, autant que faire se peut, le budget prévisionnel de l'opération.

La maîtrise du coût global de l'opération repose donc notamment sur les engagements contractuels souscrits par le maître d'œuvre. Le marché doit ainsi prévoir les modalités d'arrêt du coût prévisionnel des travaux, les seuils de tolérance applicables ainsi que les conséquences attachées à leur dépassement. Mais encore faut-il que l'enveloppe financière initiale soit cohérente avec le programme. Un budget manifestement sous-évalué fragilise l'ensemble du mécanisme : l'engagement du maître d'œuvre devient théorique, les études sont contraintes, et les tensions se déplacent vers la phase travaux. La sincérité de l'estimation initiale conditionne donc l'effectivité du contrôle contractuel.

[4] CCP, art. R. 2432-4.

L'étendue des missions et la responsabilité du maître d'œuvre : une vigilance contractuelle déterminante

Au-delà des mécanismes financiers, les clauses définissant l'étendue des missions confiées au maître d'œuvre constituent un point névralgique du marché. Une rédaction imprécise expose le maître d'ouvrage à un double risque : une dilution des responsabilités en phase chantier et, corrélativement, des difficultés probatoires en cas de contentieux.

Le livre IV du Code de la commande publique encadre les éléments de mission, tant en phase études qu'en phase d'exécution. Pour autant, le contrat demeure l'instrument central de délimitation des obligations respectives. Il appartient donc à l'acheteur de définir avec précision le contenu des missions confiées, notamment lorsqu'il s'agit de missions partielles ou aménagées.

La définition opérationnelle des missions en phase chantier

La mission de direction de l'exécution des travaux ne saurait être assimilée à une surveillance permanente ni à une substitution aux entreprises titulaires des marchés de travaux. Le maître d'œuvre contrôle la conformité des travaux au projet et aux stipulations contractuelles ; il n'en assure pas l'exécution matérielle.

Pour autant, ses obligations trouvent leur traduction concrète dans les mécanismes applicables aux marchés de travaux. À cet égard, les stipulations du CCAG-Travaux constituent le référentiel opérationnel du suivi de chantier : émission des ordres de service, organisation et traçabilité des réunions, gestion des acomptes et du décompte général, conduite des opérations préalables à la réception.

Dès lors, la rédaction du marché de maîtrise d'œuvre gagne à préciser explicitement notamment : les modalités d'émission et de suivi des ordres de service ; l'étendue du contrôle exercé sur les situations de travaux ; les conditions d'instruction des travaux modificatifs ; le rôle du maître d'œuvre dans la préparation et la levée des réserves.

Le devoir de conseil et l'obligation d'alerte

Indépendamment des stipulations contractuelles, le maître d'œuvre est tenu d'un devoir de conseil. Il lui appartient d'alerter le maître d'ouvrage sur les incohérences du programme, les insuffisances techniques identifiées ou les risques de dérive financière raisonnablement prévisibles.

L'enjeu, pour l'acheteur public, est avant tout probatoire. La démonstration d'un manquement suppose d'établir que le maître d'œuvre disposait d'éléments suffisants pour anticiper la difficulté. Il peut donc être opportun d'organiser contractuellement la traçabilité des alertes : formalisation écrite, mention systématique

dans les comptes rendus, procédure de validation explicite des choix structurants.

Une telle organisation protège autant le maître d'ouvrage que le maître d'œuvre, en clarifiant les responsabilités décisionnelles.

La responsabilité en cas d'erreurs de conception ou de suivi

La détermination contractuelle des missions conditionne directement le régime de responsabilité applicable. Une erreur de conception détectée en phase travaux, un défaut de coordination entre corps d'état ou une validation imprudente de situations de travaux peuvent générer des surcoûts substantiels.

Dans ce contexte, la rédaction des clauses relatives à la responsabilité doit rester cohérente avec l'étendue réelle des missions confiées. Étendre les obligations sans ajuster les moyens mis à disposition ou la rémunération accroît mécaniquement le risque de déséquilibre contractuel.

En définitive, la sécurisation des marchés de maîtrise d'œuvre ne repose pas uniquement sur la maîtrise des paramètres financiers. Elle suppose également une définition rigoureuse des missions et une anticipation des situations de responsabilité susceptibles de survenir tout au long du cycle de l'opération. C'est dans cette articulation entre précision contractuelle et réalisme opérationnel que réside la véritable prévention du risque contentieux.

Les clauses de modification, de résiliation et de règlement des différends : anticiper les situations de crise

Si les clauses financières et celles relatives aux missions du maître d'œuvre structurent l'exécution normale du marché, l'expérience démontre que les difficultés majeures surviennent lors des modifications substantielles du projet ou de son interruption. La rédaction des clauses relatives à la modification, à la résiliation et au règlement des différends constitue, à cet égard, un instrument déterminant de sécurisation.

Encadrer les modifications du programme et leurs incidences

En cours d'opération, les évolutions du programme initial sont fréquentes : ajustements fonctionnels, contraintes techniques nouvelles, arbitrages budgétaires. Or ces modifications affectent directement l'économie du marché de maîtrise d'œuvre, tant au regard de l'étendue des prestations que de la rémunération.

L'article L. 2194-1 du Code de la commande publique encadre strictement les conditions de modification des

contrats administratifs. Il importe donc que le marché de maîtrise d'œuvre prévoie des clauses de réexamen suffisamment précises pour sécuriser les adaptations nécessaires : modalités d'actualisation du forfait, calendrier de validation, articulation avec le coût prévisionnel des travaux.

À défaut d'anticipation, le risque est double : soit une modification irrégulière au regard du droit de la commande publique, soit un déséquilibre contractuel susceptible de nourrir un contentieux indemnitaire.

Maîtriser les conditions de résiliation

La résiliation du marché de maîtrise d'œuvre peut notamment intervenir pour un motif d'intérêt général, pour faute du titulaire ou encore pour des difficultés d'exécution du marché. Chacune de ces hypothèses appelle une rédaction rigoureuse des conséquences financières.

La résiliation pour motif d'intérêt général ouvre droit à indemnisation. Le CCAG-MOE propose des modalités d'indemnisation pouvant être adaptées par les maîtres d'ouvrage dans les documents particuliers du marché. Il est donc essentiel de préciser les modalités de calcul de cette indemnité, notamment lorsque le forfait définitif n'a pas encore été arrêté ou lorsque certaines phases n'ont pas été engagées.

En cas de résiliation pour faute, la qualification précise des manquements revêt une importance particulière. Une rédaction trop générale des obligations contractuelles peut fragiliser la mesure de résiliation en cas de contestation devant le juge administratif.

Organiser la prévention et le traitement des différends

Enfin, la gestion des désaccords mérite d'être anticipée. La mise en place de procédures de règlement amiable – réunions de conciliation, médiation, saisine préalable d'un comité consultatif – permet souvent de désamorcer les tensions avant leur cristallisation contentieuse.

La formalisation de délais de réponse, de mécanismes d'instruction contradictoire des réclamations et d'une traçabilité des échanges contribue à sécuriser la position du maître d'ouvrage en cas de litige ultérieur.

En définitive, la sécurisation des marchés publics de maîtrise d'œuvre ne procède ni d'un empilement de références normatives ni d'un alourdissement systématique des obligations du titulaire. Elle repose sur une rédaction cohérente, équilibrée et opérationnelle des clauses essentielles du marché. La maîtrise des coûts, la définition précise des missions, l'anticipation des modifications et des situations de crise participent d'une même exigence : assurer la sincérité et la stabilité du cadre contractuel. C'est dans cette recherche d'équilibre, entre rigueur juridique et réalisme technique, que se construit la véritable prévention du risque contentieux.