



Les conséquences de la crise sanitaire sur les marchés publics de maîtrise d'œuvre en cours

Le point en septembre 2021

INTRODUCTION

Les conséquences de la crise sanitaire liées aux mesures sanitaires et aux nouvelles modalités d'exécution des chantiers peuvent rendre nécessaires l'adaptation, par avenant, des modalités d'exécution d'un marché public de maîtrise d'œuvre. D'autant que cette situation de crise se trouve à ce jour aggravée par les conséquences imprévues liées la pénurie des matériaux, aux difficultés d'approvisionnement de certaines matières premières ou à leur augmentation.

Impossibilité de respecter le calendrier d'exécution de certains travaux, prolongation importante de la durée du chantier, impact de l'augmentation de certains matériaux sur le respect des engagements de la maîtrise d'œuvre, autant de conséquences qui vont amener le titulaire d'un marché de maîtrise d'œuvre à négocier avec son maître d'ouvrage public une ou plusieurs modifications du marché initial.

Dans les tous les cas, la prise en charge de surcoûts ne peut résulter que d'un accord express du maître d'ouvrage. En cas d'échec, avant d'envisager une action contentieuse, des voies de résolutions amiables de litiges sont possibles par l'intermédiaire des comités consultatifs de règlement amiable des litiges ou le médiateur des entreprises.

Sommaire

I. La modification d'un marché en cours d'exécution	3
1) Rappel de quelques règles générales concernant les avenants	3
Le marché comprend des clauses de réexamen	3
Le marché ne comprend pas des clauses de réexamen mais des circonstances imprévues ou des prestations rendues nécessaires autorisent sa modification par avenant	3
Le marché ne comprend pas des clauses de réexamen mais nécessite des adaptations non substantielles ou de nouvelles prestations d'un faible montant	3
2) Les mesures spéciales prévues par l'ordonnance du 25 mars 2020	3
3) Le moment de la négociation et la signature d'un avenant	4
II. Les impacts de la crise, les éléments pouvant faire l'objet d'une négociation.....	4
1) La prolongation des délais d'exécution du marché	5
Les marchés publics de maîtrise d'œuvre en cours d'exécution ou conclus entre le 12 mars 2020 et le 23 juillet 2020 inclus	5
Et pour marchés publics de maîtrise d'œuvre conclus à partir du 24 juillet 2020	5
2) Le non-respect des engagements du maître d'œuvre	6
Rappel des règles prévues par le code de la commande publique	6
Les marchés publics de maîtrise d'œuvre en cours d'exécution ou conclus entre le 12 mars 2020 et le 23 juillet 2020 inclus	6
Quelles marges de manœuvre pour les marchés de maîtrise d'œuvre conclus après le 23 juillet 2020 ?	8
3) La négociation d'une rémunération supplémentaire	8
De l'importance de la négociation concrétisée par un avenant au marché	9
Quelques pistes pour négocier avec le maître d'ouvrage à défaut de dispositions contractuelles prévues dans le marché de maîtrise d'œuvre	9
III. Et en cas d'échec de la négociation.....	10
1) Une étape obligatoire : la réclamation adressée au maître d'ouvrage	10
Le marché de maîtrise d'œuvre fait référence au CCAG-PI	10
Le marché de maîtrise d'œuvre fait référence au CCAG-MOE	10
2) Les différents modes de résolution amiable des différends (MARD)	11
La saisine du comité consultatif de règlement amiable des litiges	11
La saisine du médiateur des entreprises	11
IV. En cas de nouvelle crise sanitaire ?	11

I. La modification d'un marché en cours d'exécution

1) Rappel de quelques règles générales concernant les avenants

La modification d'un marché public en cours d'exécution est possible sous réserve de respecter les conditions fixées par l'article L.2194-1 et les articles R.2194-1 à R.2194-9 du Code de la commande publique (CCP).

Le marché comprend des clauses de réexamen

Les clauses de réexamen sont les clauses du marché initial qui prévoient, de façon claire, précise et sans équivoque, les différents cas permettant de modifier par avenant le marché initial.

L'article R. 2194-1 du CCP précise que « *Le marché peut être modifié lorsque les modifications, quel que soit leur montant, ont été prévues dans les documents contractuels initiaux sous la forme de clauses de réexamen, dont des clauses de variation du prix ou d'options claires, précises et sans équivoque. Ces clauses indiquent le champ d'application et la nature des modifications ou options envisageables ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage* ».

Le marché ne comprend pas des clauses de réexamen mais des circonstances imprévues ou des prestations rendues nécessaires autorisent sa modification par avenant

Sont visées :

- les prestations supplémentaires devenues nécessaires à condition qu'un changement de titulaire soit impossible pour des raisons économiques ou techniques (article R. 2194-2 du CCP) ;
- les modifications rendues nécessaires par des circonstances imprévues, l'article R. 2194-5 du CCP précisant qu'il s'agit de circonstances où un maître d'ouvrage « raisonnablement diligent ne pouvait pas prévoir, lors de la préparation du contrat initial, compte tenu des moyens à sa disposition, de la nature et des caractéristiques du projet particulier, des bonnes pratiques du secteur et de la nécessité de mettre en adéquation les ressources consacrées à la préparation de l'attribution du marché et la valeur prévisible de celui-ci » (fiche technique DAJ « [Les modalités de modification des contrats en cours d'exécution](#) »).

NB : Qu'il s'agisse de prestations supplémentaires ou de modifications liées à des circonstances imprévues, le montant de la modification ne peut être supérieur à 50 % du montant du marché initial en prenant en compte la mise en œuvre de la clause de variation des prix. Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, la limite de 50% s'applique au montant de chaque modification (articles R. 2194-3 et R.2194-4 du CCP).

Le marché ne comprend pas des clauses de réexamen mais nécessite des adaptations non substantielles ou de nouvelles prestations d'un faible montant

Une modification est substantielle, notamment, lorsqu'elle modifie l'équilibre économique du marché en faveur du titulaire d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché initial ou lorsqu'elle modifie considérablement l'objet du marché (article R.2194-7 du CCP).

Les prestations d'un faible montant sont limitées pour les marchés de maîtrise d'œuvre, à 10 % du montant initial du marché, le montant de ces nouvelles prestations devant être inférieur aux seuils des marchés européens soit 139 000 euros HT pour les marchés de l'Etat et 214 000 euros HT pour les marchés des collectivités territoriales, de leurs groupements ou de leurs établissements publics (article R.2194-8 du CCP).

2) Les mesures spéciales prévues par l'ordonnance du 25 mars 2020

Si le marché public de maîtrise d'œuvre était en cours d'exécution ou a été conclu entre le 12 mars et le 23 juillet 2020 inclus, le titulaire pourra se prévaloir, à défaut de clauses contractuelles plus

favorables, des mesures spéciales de l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 qui a adapté les règles de passation, de procédure et d'exécution des marchés publics.

Ces mesures ne sont mises en œuvre que dans la mesure où elles sont nécessaires pour faire face aux conséquences, dans la passation et l'exécution des contrats publics, de la propagation de l'épidémie de covid-19 et des mesures prises pour limiter cette propagation (article 1 de l'ordonnance).

Sous réserve de la justification par le titulaire des difficultés rencontrées, les mesures spéciales qui restent opérationnelles à ce jour sont les suivantes : la prolongation des délais d'exécution du marché (article 6-1° de l'ordonnance) et l'interdiction faite au maître d'ouvrage de sanctionner et de mettre cause la responsabilité du titulaire du marché en cas d'impossibilité d'exécution (article 6-2°).

3) Le moment de la négociation et la signature d'un avenant

Les modifications d'un marché de maîtrise d'œuvre peuvent intervenir jusqu'à son achèvement.

Lorsque l'opération est soumise aux règles applicables à la maîtrise d'ouvrage publique (ex loi MOP), la mission de maîtrise d'œuvre ne s'achève pas à la réception des travaux, que celle-ci soit prononcée avec ou sans réserves, mais se poursuit pendant le délai de garantie de parfait achèvement mis à la charge des entreprises.

La mission de maîtrise d'œuvre n'étant pas achevée à la réception des travaux, le solde du marché interviendra nécessairement pendant la période couverte par la garantie de parfait achèvement des travaux.

Le maître d'œuvre peut donc encore négocier avec le maître d'ouvrage un avenant permettant de prendre en compte les conséquences de la crise sanitaire, tant d'un point de vue organisationnel que financier.

NB : Pour les marchés publics ne relevant pas des règles applicables à la maîtrise d'ouvrage publique (offices publics de l'habitat, organismes privés d'habitations à loyer modéré et sociétés d'économie mixte, pour les logements à usage locatif aidés par l'Etat et réalisés par ces organismes et sociétés), il faudra vérifier les dispositions contractuelles concernant l'achèvement de la mission.

II. Les impacts de la crise, les éléments pouvant faire l'objet d'une négociation

La crise sanitaire ne s'est pas arrêtée le 24 juillet 2020. Après une première période d'état d'urgence sanitaire du 24 mars 2020 jusqu'au 10 juillet 2020 inclus, avec une interruption entre le 11 juillet 2020 et le 16 octobre 2020, l'état d'urgence sanitaire a été rétabli à partir du 17 octobre 2020 minuit pour prendre fin le 1er juin 2021. Depuis, il a été remplacé par un régime transitoire jusqu'au 31 décembre 2021, qui permet au gouvernement de mettre en place certaines restrictions.

La situation de crise se trouve à ce jour aggravée par les conséquences imprévues liées à la pénurie des matériaux et aux difficultés d'approvisionnement de certaines matières premières.

Ces difficultés peuvent générer d'importants retards, obligeant à revoir le calendrier de réalisations de certains travaux, ce rallongement des délais ayant des conséquences sur les délais d'exécution du marché de maîtrise d'œuvre.

De plus, l'augmentation de certains matériaux peut avoir des conséquences importantes, tant sur le respect des engagements de la maîtrise d'œuvre que sur la faisabilité même de l'opération.

Ces circonstances vont amener le titulaire du marché à négocier avec son maître d'ouvrage public une ou plusieurs modifications du marché initial.

1) La prolongation des délais d'exécution du marché

Les marchés publics de maîtrise d'œuvre en cours d'exécution ou conclus entre le 12 mars 2020 et le 23 juillet 2020 inclus

« Lorsque le titulaire ne peut pas respecter le délai d'exécution d'une ou plusieurs obligations de son marché ou que l'exécution en temps et en heure nécessite des moyens dont la mobilisation fait peser sur le titulaire une charge manifestement excessive, le délai contractuel peut être prolongé » (article 6-1° de l'ordonnance du 25 mars 2020).

Pour obtenir par avenant une prolongation des délais d'exécution de son marché, la maîtrise d'œuvre va devoir justifier par écrit que les difficultés rencontrées résultent de l'épidémie de covid-19 ou des mesures prises pour lutter contre sa propagation.

La procédure à suivre pour obtenir par avenant la prolongation des délais d'exécution du marché de maîtrise d'œuvre :

- le titulaire doit expressément en faire la demande auprès de son maître d'ouvrage ;
- le titulaire doit justifier sa demande : il doit expliquer pourquoi les difficultés d'exécution de son marché sont la conséquence de la crise sanitaire qui ne peuvent lui être imputables, développer les raisons qui l'empêchent de respecter les délais en insistant sur le fait que leur respect lui imposerait une charge manifestement excessive ;
- la demande écrite de prolongation doit être formulée auprès du maître d'ouvrage avant l'expiration du délai contractuel.

L'ordonnance du 25 mars 2020 a fixé une durée minimale de prolongation des délais d'exécution : elle est de 4 mois et 11 jours (soit le temps écoulé entre le 12 mars et le 23 juillet 2020) mais elle peut être adaptée, en fonction des particularités inhérentes à chaque marché.

NB : Dans [sa fiche technique sur l'ordonnance 2020-319 du 25 mars 2020](#), la DAJ recommande que la durée de la prolongation des délais d'exécution soit plus importante que la durée minimale de 4 mois et 11 jours dès lors que les conditions d'exécution des prestations continuent à être dégradées du fait des conséquences de l'épidémie et des mesures prises pour limiter sa propagation.

Et pour marchés publics de maîtrise d'œuvre conclus à partir du 24 juillet 2020

Pour négocier avec le maître d'ouvrage, il va être nécessaire de se référer aux clauses du marché ou aux règles prévues dans le code de la commande publique.

La DAJ précise dans sa note d'actualité du 6 janvier 2021 (« [Les dispositions de l'ordonnance du 25 mars 2020 peuvent toujours être mises en œuvre](#) ») que « la complexité de la situation et la prolongation de l'épidémie ont pu conduire à ce que certains problèmes aient été sous-estimés et que des difficultés demeurent. Le code de la commande publique offre d'ores et déjà des outils adaptés, notamment en matière de modification des contrats en cas de circonstances imprévues ou si des prestations sont devenues nécessaires en cours d'exécution. Les acheteurs publics sont ainsi invités à faire preuve de compréhension dans l'étude des demandes d'entreprises confrontées à ces difficultés inédites, et particulièrement celles dont l'épidémie frappe directement leurs propres salariés. Les acheteurs publics sont invités à utiliser, dans de telles situations, toute la souplesse que permettent les textes ».

Pour les marchés de l'Etat, une circulaire du premier ministre du 16 juillet 2021 relative à l'aménagement des conditions d'exécution de ces marchés pour faire face aux difficultés d'approvisionnement, recommande d'accueillir favorablement les demandes de prolongation des délais, même si le marché ne comprend pas de clauses le permettant, dès lors que le titulaire démontre qu'il n'est pas en mesure de respecter certains délais d'exécution ou que l'exécution des prestations dans les délais entraînerait un surcoût manifestement excessif.

Pour les autres marchés, à défaut de dispositions contractuelles, les délais d'exécution d'un marché peuvent être prolongés par avenant suite à des circonstances imprévues comme le prévoit le CCP.

A noter que si le marché de maîtrise d'œuvre fait référence au CCAG-PI, les règles concernant la prolongation des délais d'exécution du marché sont prévues à l'article 13.3 qui est toutefois plus restrictif que le CCP : les délais d'exécution du marché peuvent être prolongés lorsque le titulaire est dans l'impossibilité de respecter les délais du fait du maître d'ouvrage ou en raison d'un événement ayant le caractère de force majeure.

NB : La notion de la force majeure est beaucoup plus restrictive que la notion de circonstances imprévues. La force majeure est définie par l'article 1218 du code civil. La qualification d'un cas de force majeure suppose la démonstration de trois conditions cumulatives :

- *la survenance d'un événement échappant au contrôle du titulaire (extériorité),*
- *l'imprévisibilité de l'évènement lors de la conclusion du contrat (il ne pouvait être raisonnablement prévu),*
- *son irrésistibilité : il s'agit de l'impossibilité d'éviter les effets de l'évènement par le recours à des mesures appropriées.*

2) Le non-respect des engagements du maître d'œuvre

Difficultés d'approvisionnement, augmentation des prix qui en découle, pénurie de certains matériaux sont les conséquences imprévues de la crise sanitaire qui peuvent impacter de manière significative la maîtrise d'œuvre, notamment au regard de ses engagements contractuels.

Rappel des règles prévues par le code de la commande publique

Lorsque l'opération est soumise aux règles applicables à la maîtrise d'ouvrage publique (ex loi MOP), le marché public de maîtrise d'œuvre doit prévoir deux engagements contractuels du maître d'œuvre (article R.2432-2 à R.24325 du CCP) :

- Un premier engagement au stade des études sur le coût prévisionnel des travaux

Très généralement, la maîtrise d'œuvre s'engage à l'issue de l'APD sur la base de l'estimation définitive du coût prévisionnel des travaux. En effet, à l'issue de l'APD, le maître d'ouvrage doit avoir arrêté définitivement son programme, le permis de construire est déposé, le « projet architectural » est définitivement engagé et les principaux choix techniques sont arrêtés.

Le respect de cet engagement est contrôlé à l'issue de la consultation des entreprises. En cas de non-respect de l'engagement (assorti d'un taux de tolérance), le maître d'ouvrage pourra demander à la maîtrise d'œuvre la reprise gratuite des études, l'objectif étant d'aboutir au respect de l'engagement lors d'une nouvelle consultation des entreprises.

En cas de marchés de travaux passés en lots séparés, l'engagement de la maîtrise d'œuvre est global et ne s'apprécie pas lot par lot.

- Un second engagement au stade des travaux sur le coût résultant des marchés de travaux passés

Le respect de l'engagement est contrôlé après l'exécution complète des travaux. Si le montant total des travaux réalisés dépasse cet engagement (assorti d'un taux de tolérance), une pénalité financière, prévue au contrat, est appliquée sur la rémunération de la maîtrise d'œuvre. Cette pénalité est plafonnée à 15% du montant de la rémunération de la maîtrise d'œuvre correspondant aux éléments de missions postérieurs à l'attribution des marchés de travaux.

Les marchés publics de maîtrise d'œuvre en cours d'exécution ou conclus entre le 12 mars 2020 et le 23 juillet 2020 inclus

Le maître d'ouvrage ne peut prononcer aucune sanction ni mettre en cause la responsabilité du titulaire lorsque ce dernier est dans l'impossibilité d'exécuter tout ou partie d'un contrat, notamment

lorsqu'il démontre qu'il ne dispose pas des moyens suffisants ou que leur mobilisation ferait peser sur lui une charge manifestement excessive (article 6-2° de l'ordonnance du 25 mars 2020).

- Le titulaire doit démontrer cette situation par un écrit notifié au maître d'ouvrage en expliquant pourquoi le dépassement du budget est la conséquence de la crise sanitaire qui ne peut lui être imputable.

- Dans ce cas, sous réserve de l'appréciation du maître d'ouvrage sur les éléments produits par le maître d'œuvre, aucune sanction ne peut être prononcée contre le maître d'œuvre. Ce qui signifie que le maître d'ouvrage ne peut pas pénaliser la maîtrise d'œuvre en raison du non-respect de ses engagements contractuels.

La consultation des entreprises vient juste d'être achevée

Le coût des marchés de travaux s'avère supérieur à l'estimation du coût prévisionnel assortie du taux de tolérance contractuelle. Toute la question est de savoir si ce dépassement est directement lié au contexte actuel de la hausse des prix des matériaux ou à une sous-évaluation du coût prévisionnel par le maître d'œuvre ou les deux.

La maîtrise d'œuvre va devoir identifier clairement les raisons qui ont conduit à ce dépassement, notamment celles liées à une augmentation du prix des matériaux. Cette analyse par corps d'état, permettra de justifier que le dépassement ne résulte pas d'une carence mais du contexte économique actuel. Et dans ce cas, le maître d'ouvrage n'appliquera pas la clause contractuelle prévoyant les conséquences du non-respect des engagements du maître d'œuvre.

NB : La présentation de cette analyse en deux colonnes permettra d'identifier dans les offres, la part liée à l'augmentation du prix des matériaux. L'objectif est d'isoler l'estimation prévisionnelle normale et dans une colonne séparée les incidences de la crise des matériaux en insistant sur le flou de la situation.

Dans tous les cas : le maître d'ouvrage dispose de plusieurs solutions :

1) Il accepte le nouveau coût des marchés de travaux, l'opération peut se poursuivre et le marché de maîtrise d'œuvre devra éventuellement être modifié pour adapter les engagements du maître d'œuvre à l'issue de la réalisation des travaux (nouveau taux de tolérance et modification de la clause de pénalité en cas de non-respect de l'engagement).

2) Le maître d'ouvrage relance la consultation des entreprises dont les offres ont conduit au dépassement du coût prévisionnel des travaux.

NB : Le maître d'ouvrage ne pourra pas utiliser la procédure prévue à l'article R. 2122-2 du CCP qui l'autorise à passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsqu'aucune offre n'a été déposée dans les délais prescrits, ou que seules des offres inappropriées ont été déposées (une offre inappropriée est offre sans rapport avec le marché)

3) Le dépassement est trop important, le budget dont dispose le maître d'ouvrage est insuffisant :

- soit il demande à la maîtrise d'œuvre de reprendre les études après adaptation du programme afin de pouvoir réaliser l'opération. La reprise des études doit donner lieu à une rémunération supplémentaire,

- soit il renonce à cette opération et dans cette dernière hypothèse, il ne peut pas résilier le marché aux torts de la maîtrise d'œuvre.

- soit il renonce à cette opération et dans cette dernière hypothèse, il ne peut pas résilier le marché aux torts du maître d'œuvre.

Les travaux ont été entièrement exécutés

Trois situations ont pu conduire à une augmentation du coût total définitif des travaux au-delà des engagements fixés contractuellement :

- en cas de modifications initiées par le maître d'ouvrage et correspondant à une modification du programme,
- en cas de modifications initiées par la maîtrise d'œuvre résultant d'erreurs et omissions qui lui sont imputables, y compris les éventuelles adaptations économiques acceptées par le maître d'ouvrage pour compenser ces erreurs ou omissions,
- en cas de modifications qui s'imposent au maître d'ouvrage du fait d'éléments nouveaux et non prévisibles à la signature des marchés de travaux.

La maîtrise d'œuvre va devoir identifier clairement les raisons qui ont conduit à ce dépassement, notamment celles liées à une augmentation du prix des matériaux. Cette analyse par corps d'état, permettra de justifier que le dépassement ne résulte pas d'une carence mais du contexte économique actuel.

Sauf dans le cas de modifications initiées par le maître d'œuvre qui le conduisent à ne pas respecter son engagement, le maître d'ouvrage ne doit pas appliquer de pénalité financière à l'équipe de maîtrise d'œuvre.

Quelles marges de manœuvre pour les marchés de maîtrise d'œuvre conclus après le 23 juillet 2020 ?

La solution consiste à modifier par avenant les engagements pris par la maîtrise d'œuvre lors de la signature de son marché et qui ne sont plus tenables : il s'agit de renégocier les taux de tolérance prévus dans le marché initial ou de revoir les clauses pénales en cas de non-respect.

Ce type d'avenant est autorisé par le code de la commande publique, à la condition que la maîtrise d'œuvre justifie que ces modifications sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues.

NB : L'imprévision est définie par l'article 1195 du code civil qui dispose que « si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation ».

Par définition, l'imprévision suppose un changement de circonstances, imprévisible au moment de la conclusion du contrat. Elle ne rend pas l'exécution de l'obligation impossible mais excessivement onéreuse (en raison de surcoûts imprévisibles et excessifs).

Conseil d'un professionnel

Une autre solution, pour les projets dont les études sont en cours, est de présenter au maître d'ouvrage, à l'issue des études d'avant-projet définitif, l'estimation définitive du coût prévisionnel de la manière suivante :

Cette estimation est découpée lot par lot, mais en distinguant, pour chaque lot, ce qui relève du coût « normal » du projet correspondant aux conditions de marché sur les bases desquelles la maîtrise d'œuvre s'est engagée dans son marché initial, des surcoûts « conjoncturels » issus des circonstances de la crise des matériaux sur lesquels elle ne peut agir.

Face à cette présentation, chacun pourrait prendre ses responsabilités ; pour le maître d'ouvrage cela signifierait soit de surseoir à la poursuite immédiate de son projet pour réfléchir à des solutions en relations avec son budget prévisionnel, soit d'arrêter par avenant cette estimation et prendre le risque de lancer la consultation en ayant en tête que des dépassements excessifs ne devraient pas aboutir à la pénalisation du maître d'œuvre.

3) La négociation d'une rémunération supplémentaire

Aucun texte législatif ou réglementaire contraignant ne régit la question des incidences de la crise sanitaire sur le coût des prestations de maîtrise d'œuvre.

Une circulaire du Premier ministre du 9 juin 2020 concernant les marchés publics de l'Etat a pour objet d'inviter les préfets à mettre en place un dispositif formalisé de concertation en vue d'évaluer, avec les entreprises, les surcoûts des différentes natures induits par la pandémie.

Cette circulaire préconise une méthode de négociation et un principe de répartition de la prise en charge des surcoûts. Les préfets sont invités à recommander aux opérateurs de l'Etat sous leur tutelle à suivre les mêmes recommandations.

NB : Les marchés publics passés par les collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements publics ne sont pas visés par les dispositions précisées dans cette circulaire.

De l'importance de la négociation concrétisée par un avenant au marché

Concernant la légitimité d'un maître d'œuvre à demander un complément de rémunération sur son marché, à défaut de dispositions contractuelles, il faudra s'en tenir au droit commun, réputé pour ne pas être favorable au maître d'œuvre en la matière.

Il est recommandé de documenter encore plus qu'à l'ordinaire les échanges avec les maîtres d'ouvrage et de recenser au mieux les temps passés sur une opération et sur les « nouvelles » tâches liées à la gestion de la crise sur les opérations.

Les maîtres d'ouvrage seront certainement plus enclin à la négociation s'ils disposent des éléments matériels dans le cadre des discussions.

Quelques pistes pour négocier avec le maître d'ouvrage à défaut de dispositions contractuelles prévues dans le marché de maîtrise d'œuvre

Contrairement aux entreprises de travaux, la maîtrise d'œuvre dispose rarement dans son contrat d'un droit à être indemnisé des ajournements/arrêts de chantier. De plus, la nature forfaitaire de son marché de maîtrise d'œuvre et la jurisprudence BABEL (Conseil d'Etat, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 29/09/2010, 319481) seront sans doute opposées à la maîtrise d'œuvre face à ses demandes.

La maîtrise d'œuvre va devoir démontrer au maître d'ouvrage :

- que ses prestations ont été renchériées ou vont être renchériées par les conséquences de la crise sanitaire et des mesures prises pour y répondre, dans des limites bien plus importantes que la part de risque prévue dans son forfait ;
- que le ralentissement de la durée convenue de réalisation des travaux a un impact différent sur ses prestations, qu'un classique allongement de la durée du chantier : la réorganisation du chantier, l'étalement des travaux dans le temps, peut nécessiter une présence accrue de la maîtrise d'œuvre dans l'accompagnement des entreprises et la direction du chantier ;
- qu'en réponse à une éventuelle mention de la jurisprudence BABEL, le maître d'œuvre devra rappeler au maître d'ouvrage que cette décision du Conseil d'Etat pose le principe du paiement du maître d'œuvre en cas de prestations et de missions supplémentaires quand il a été confronté à des sujétions imprévues (ce que constitue sans conteste la crise du COVID) ;
- que l'article L6 du Code de la commande publique prévoit un droit à indemnisation, qui n'est pas limité aux marchés de travaux, *lorsque survient un évènement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat, le cocontractant, qui en poursuit l'exécution, a droit à une indemnité.*

Il faudra bien entendu mettre en perspective la demande de rémunération complémentaire exprimée par la maîtrise d'œuvre au maître d'ouvrage, avec ses capacités financières à poursuivre l'opération dans des conditions financières nécessairement modifiées à la hausse pour lui (prise en charge des surcoûts sanitaires, demandes indemnitaires des entreprises de travaux, prise en charge de prestations nouvelles – renforcement des mesures de coordination SPS, attribution d'une mission COVID, etc.).

Conseil d'un professionnel

Il est certain que le forfait de rémunération définitif (c'est-à-dire établi à l'issue de l'APD) de l'élément de mission DET découle de l'analyse du temps qui sera nécessaire à la réalisation du chantier :

- nombre de réunions de chantier qu'il faudra assurer,
- la réalisation des tâches qui s'y rapportent (établissement des comptes-rendus, ordres de service, constats, traitement des demandes de paiement des entreprises, mission d'assistance du maître d'ouvrage en cas de litige avec les entreprises, etc.).

Ce temps nécessaire étant une donnée du programme initial, et au pire, un élément déterminé avant que ne soit fixé le forfait définitif de rémunération, il y a une corrélation indiscutable entre ce temps prévisionnel et la valorisation de l'élément de mission DET qui en découle.

Dans cette mesure, la « crise des matériaux » constitue une donnée nouvelle, qui constitue un motif suffisant à remettre en cause la validité du forfait initialement convenu, pour cet élément de mission.

III. Et en cas d'échec de la négociation

En cas d'échec de la négociation, le titulaire pourra, avant d'envisager une action contentieuse, saisir le comité consultatif de règlement amiable des litiges ou le médiateur des entreprises.

1) Une étape obligatoire : la réclamation adressée au maître d'ouvrage

Le marché de maîtrise d'œuvre fait référence au CCAG-PI

L'article 37 du CCAG-PI relatif aux « différends entre les parties » pose, tout d'abord, comme principe général le règlement à l'amiable entre le maître d'ouvrage et le titulaire de tout différend éventuel relatif à l'interprétation des stipulations du marché ou à l'exécution des prestations objet du marché.

Il précise ensuite la procédure à suivre lorsque le titulaire veut formuler une réclamation :

- le titulaire doit adresser au maître d'ouvrage une lettre de réclamation exposant les motifs de son désaccord et indiquant, le cas échéant, le montant des sommes réclamées.
- cette lettre doit être communiquée au maître d'ouvrage **dans le délai de deux mois, courant à compter du jour où le différend est apparu, sous peine de forclusion.**
- le maître d'ouvrage dispose d'un délai de deux mois, courant à compter de la réception de la lettre de réclamation, pour notifier sa décision. L'absence de décision dans ce délai vaut rejet de la réclamation.

Le marché de maîtrise d'œuvre fait référence au CCAG-MOE

L'article 35 du CCAG-MOE relatif au « Règlement des différends entre les parties » pose également comme principe général le règlement à l'amiable entre le maître d'ouvrage et le titulaire de tout différend éventuel relatif à l'interprétation des stipulations du marché ou à l'exécution des prestations objet du marché.

La procédure à suivre par le maître d'œuvre en cas de différend (articles 35.2 à 35.3 du CCAG-MOE) :

Notification d'un mémoire en réclamation au maître d'ouvrage

Le maître d'œuvre doit notifier au maître d'ouvrage un mémoire en réclamation exposant les motifs du différend et indiquant, le cas échéant, pour chaque chef de contestation, le montant des sommes réclamées et leur justification.

Si le mémoire en réclamation porte sur le décompte général du marché :

- Sous peine de forclusion, le maître d'œuvre doit recenser dans ce mémoire toutes les réclamations formulées avant la notification du décompte général et qui n'ont pas fait l'objet d'un règlement définitif.
- Le maître d'œuvre doit notifier ce mémoire au maître d'ouvrage dans un délai de 30 jours à compter de la notification du décompte général.

Réponse du maître d'ouvrage

Le maître d'ouvrage dispose d'un délai de 2 mois à compter de la réception du mémoire en réclamation, pour notifier sa décision. L'absence de décision dans ce délai vaut rejet de la réclamation.

2) Les différents modes de résolution amiable des différends (MARD)

L'article L. 2197-1 du CCP pose le principe du recours à un tiers conciliateur ou médiateur, en cas de différend dans le cadre d'un contrat administratif.

En cas de différend, la maîtrise d'œuvre pourra saisir soit le comité consultatif de règlement amiable des litiges, soit le médiateur des entreprises.

Cette saisine suspend le cours des différentes prescriptions, quelle que soit la nature du contrat (articles L. 2197-3 et L.2197-4 du CCP)

Les parties peuvent recourir à une transaction définie à l'article 2044 du code civil (article L2197-5 du CCP).

La saisine du comité consultatif de règlement amiable des litiges

Les comités de règlement amiable des différends sont des organismes consultatifs de conciliation, qui peuvent être saisis de tout différend survenu au cours de l'exécution d'un marché public.

Ils ont pour mission de rechercher des éléments de droit ou de fait en vue de proposer une solution amiable et équitable (articles R. 2197-1 et suivants du CCP). Ce ne sont ni des juridictions, ni des instances d'arbitrage : ils émettent des avis que les parties sont libres de suivre ou non.

Le nouveau CCAG-MOE (article 35.4) précise que la partie qui saisit d'un différend le comité consultatif de règlement amiable compétent supporte les frais de l'expertise, s'il en est décidé une, dans l'attente du règlement amiable définitif du différend.

La saisine d'un comité consultatif de règlement amiable des différends interrompt les délais de recours contentieux jusqu'à la notification de la décision prise par le maître d'ouvrage sur l'avis du comité.

Pour en savoir plus sur les CCRA : consulter la page « [Règlement des différends](#) » sur le site de la DAJ

La saisine du médiateur des entreprises

La médiation représente un service rapide, gratuit et confidentiel, consistant en un accompagnement des parties en conflit à la recherche d'une solution négociée par elles-mêmes. Dans 8 cas sur 10, les médiations aboutissent à un accord.

Le Médiateur des entreprises aide les acteurs économiques, tant publics que privés, à résoudre leurs différends lorsqu'ils rencontrent des difficultés contractuelles ou relationnelles, à la poursuite de l'intérêt de toutes les parties.

Pour en savoir plus sur Médiateur des entreprises : consulter la page « médiateur des entreprises » sur le site du ministère de l'économie et des finances
<https://www.economie.gouv.fr/mediateur-des-entreprises/la-mediation>

IV. En cas de nouvelle crise sanitaire ?

La loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique (loi ASAP) prévoit des règles pour gérer les difficultés liées à une nouvelle crise majeure.

[L'article 132](#) insère dans le code de la commande publique deux nouveaux livres, l'un pour les marchés (articles L.2711-1 à L.2728-1 du CCP) et l'autre pour les concessions. Concernant les marchés publics, les articles L2711-1 à L2711-8 du CCP précisent les règles générales à appliquer en cas de circonstances exceptionnelles. Ces dispositions qui permettent de déroger aux règles de passation et d'exécution des marchés publics ne peuvent être mise en œuvre que par la publication d'un décret. Il s'agissait de donner les moyens aux acheteurs et aux entreprises de surmonter les difficultés liées à une nouvelle crise majeure.

Ces nouvelles règles inscrites dans le code de la commande publique ont pour objet de donner les moyens aux acheteurs et aux entreprises de surmonter les difficultés liées à une nouvelle crise majeure.

Lydia Di Martino – Directrice du service juridique du CNOA

Benoit Gunsley – Juriste au CNOA