

CCAG : la nouvelle génération Enjeux et apports de la réforme des CCAG

La réforme des CCAG s'est achevée sur la publication au Journal Officiel de nouveaux documents de référence offrant aux acheteurs publics des contrats-types modernisés pour mieux répondre aux enjeux juridiques et économiques de l'achat public.

Après trente ans passés au service du droit de la commande publique, les cahiers des clauses administratives générales (CCAG) rédigés entre 1976 et 1980 ont laissé place à de nouvelles versions. Leur publication au Journal officiel a mis un terme au chantier de réforme ouvert au début de l'année 2007.

Lorsqu'on évoque le droit de la commande publique, c'est, en premier lieu, aux procédures de passation que l'on pense. Et pour cause, dans la seule première partie applicable aux pouvoirs adjudicateurs, le code des marchés publics consacre 85 de ses 133 articles aux modalités d'attribution des marchés. Cette proportion illustre comment la passation d'un marché public concentre sur elle les principaux enjeux juridiques et économiques. D'ailleurs, toutes les modifications substantielles du code intervenues depuis 2001¹, principalement adoptées en application des nouvelles directives communautaires, ont porté sur les principes et les procédures de passation des marchés.

Pourtant, l'attribution d'un marché public n'est que le début de sa mise en œuvre concrète : l'exécution du contrat en tant que tel. C'est dans le dispositif administrant les relations contractuelles établies entre l'acheteur public et son cocontractant que prennent place les CCAG. Ils sont complétés par un cahier des clauses administratives particulières (CCAP), destiné à tenir compte des spécificités de chaque marché. À cet effet, un CCAP peut éventuellement comprendre des dérogations au CCAG visé par le marché².

À la fin des années soixante-dix, quatre catégories de marchés publics faisaient l'objet d'un CCAG distinct : les travaux, les fournitures courantes et services (FCS), les

prestations intellectuelles (PI) et les marchés industriels (MI). Jusqu'à aujourd'hui, malgré leur ancienneté, ils demeuraient la référence de la quasi-totalité des marchés publics.

Une telle longévité s'explique principalement par le caractère adaptable de ces documents à tout marché, notamment par la voie des dérogations prévues par les textes eux-mêmes. Cette faculté a permis, en effet, de limiter nettement les effets de l'usure du temps, tandis que les CCAG traversaient, sans bouleversement³, dix-huit années de droit de la commande publique en constante évolution.

Dans un contexte lourd de tradition où se mêlent désormais autonomie des praticiens et poids des enjeux économiques, la réforme des CCAG était un exercice délicat à mener à bien. À la lecture des premières réactions qui ont suivi la publication des nouveaux textes, le défi semble globalement réussi.

1. Réforme des CCAG : un chantier délicat

Cinq CCAG sont désormais applicables aux marchés publics :

- de fournitures courantes et de services (CCAG-FCS),
- de travaux (CCAG-Travaux),
- de technologies de l'information et de la communication (CCAG-TIC),
- de prestations intellectuelles (CCAG-PI),
- industriels (CCAG-MI).

¹ Réformes du code des marchés publics intervenues en 2001, 2004, 2006 et 2008.

² Si les conditions particulières d'exécution d'un marché dérogent au CCAG visé, le dernier article du CCAP doit récapituler la liste de ces dérogations.

³ Le dernier toilettage juridique des CCAG était intervenu en 1991, pour prendre en compte le changement du régime juridique de la liquidation judiciaire.

Cinq CCAG désormais au service des acheteurs publics et de leurs cocontractants

1.1. Rappel sur la nature juridique des CCAG

1.1.1. Les CCAG dans le code des marchés publics

Les CCAG sont, avec les CCTP (cahiers des clauses techniques particulières), les documents généraux qui peuvent entrer dans la composition du cahier des charges d'un marché public. L'article 13 du code des marchés publics précise qu'ils fixent les dispositions administratives applicables à une catégorie de marchés. Ils déterminent donc les droits et obligations des cocontractants en matière, notamment, de prix et de paiement, de délais et de modalités d'exécution, de constatation de l'exécution ainsi que de fin, à échéance ou anticipée, de la relation contractuelle.

1.1.2. Une légitimité réglementaire, mais une utilisation facultative

Chaque CCAG avait été approuvé par un décret. Compte tenu de leur vocation générale et de l'obligation d'y recourir imposée alors aux services acheteurs de l'État par le code des marchés publics, les CCAG étaient figés, tant dans leur structure que dans leur contenu. Cela permettait de garantir aux acheteurs publics la sécurité juridique et la stabilité nécessaires à la bonne exécution des prestations objets de leurs marchés.

Ce statut officiel les a amenés à endosser le rôle de modèle contractuel inspirant peu ou prou les modalités de mise en œuvre de tous les marchés publics. La pratique a, en effet, très vite montré qu'ils étaient également, et très largement, utilisés par les collectivités territoriales, voire par les services d'achat hospitaliers, qui n'étaient pourtant pas contraints à le faire.

La réforme du code des marchés publics, intervenue en 2001, a supprimé toute référence obligatoire aux CCAG, quel que soit l'acheteur public contractant. Les CCAG ont toutefois conservé un statut particulier, puisque le code a maintenu le principe de leur approbation par la voie réglementaire, l'article 13 de l'actuel code des marchés publics dispose que les CCAG sont approuvés par arrêté du ministre chargé de l'économie et des ministres intéressés.

1.1.3. Quelle valeur juridique pour les CCAG ?

Bien que les CCAG soient approuvés par arrêté ministériel, leur mise en application relève d'un choix volontaire de la part de l'acheteur public.

La publication des CCAG au Journal officiel présente l'avantage de les rendre opposables, sans qu'il soit nécessaire de joindre le texte du CCAG lui-même aux documents de la consultation : une simple référence au CCAG en vigueur, en prenant soin de préciser quel CCAG est visé⁴ suffit.

Pour valider son choix de CCAG, l'acheteur public est ainsi simplement tenu d'y faire nommément référence dans les documents particuliers du marché qu'il souhaite conclure. C'est la raison pour laquelle l'article 1^{er} de chaque CCAG a conservé le dispositif hérité des versions précédentes, à savoir : « *Les stipulations du présent cahier des clauses administratives générales s'appliquent aux marchés qui s'y réfèrent expressément* ».

La référence à un CCAG présente l'avantage d'écarter toute question relative à la compétence des juridictions en cas de litige survenant entre l'acheteur public et son cocontractant. En effet, le Conseil d'État a jugé qu'un marché faisant directement référence à un CCAG et introduisant dès lors dans le contrat des clauses exorbitantes du droit commun, devait être qualifié de contrat administratif et relevait donc de la compétence du juge des référés précontractuel⁵.

L'utilisation d'un CCAG offre également aux parties contractantes la garantie juridique supplémentaire du contrôle opéré par le Conseil d'État, juge de cassation⁶, sur

⁴ En effet, aucun règlement n'impose le choix systématique du CCAG se rapportant à la catégorie de marchés dans laquelle l'acheteur public s'apprête à lancer une procédure. Il peut théoriquement choisir le CCAG d'une catégorie différente. Son choix n'est limité que par le bon sens et la cohérence de son projet.

⁵ CE, 3 juin 2009, Groupement d'intérêt public – Carte du professionnel de santé c/ Société Axalto et Imprimerie nationale, Req. n° 319103, publié au recueil Lebon.

⁶ CE section, 27 mars 1998, société d'assurances la Nantaise et l'Angevaine réunies, publié au recueil Lebon, page 109.

Les CCAG sont approuvés par arrêté mais d'application volontaire

l'interprétation des stipulations contractuelles effectuées par les juges du fond. Ce contrôle assure aux CCAG « *une application uniforme sur l'ensemble du territoire* » eu égard à leur vocation de contrats types⁷.

1.2. Objectifs et moyens d'une réforme très attendue

1.2.1. CCAG : l'impossible réforme ?

L'adhésion, au sens large, de l'ensemble des acteurs de la commande publique au principe sécurisant des CCAG ne s'est jamais démentie, malgré l'évolution de la réglementation et l'obsolescence d'une partie des clauses. La possibilité, voire la nécessité de déroger à ces clauses, a permis de maintenir l'application effective des CCAG dans l'exécution des marchés publics.

L'adoption de CCAG modernisés, répondant à la fois aux contraintes des marchés publics d'aujourd'hui et à la réalité économique transformée, devenait indispensable. Réclamée par l'ensemble des acteurs de la commande publique, la modification de ces textes avait été envisagée dès la fin des années 1990.

Elle est pourtant reportée, en grande partie compte tenu de la richesse de production des textes relatifs aux marchés publics.

La direction des affaires juridiques va profiter de l'achèvement de la stabilisation du code pour lancer les travaux de refonte. Le chantier de la refonte des CCAG est ouvert au public dans les derniers jours de 2006, en lançant une concertation en ligne tous azimuts.

1.2.2. La concertation : le moteur de la réforme

Le processus de concertation envisagé est exceptionnel : la direction des affaires juridiques est certes devenue familière des concertations par internet, mises en place notamment pour les dernières versions du code des marchés publics. Toutefois, ce mode de consultation n'a jamais été pratiqué simultanément sur un tel nombre

de textes, par ailleurs tous longs et complexes (quatre CCAG anciens auxquels s'ajoute un nouveau). Cette concertation se déroule, en outre, en deux phases successives. Une seconde consultation générale a été jugée nécessaire, compte tenu des modifications apportées à la suite de la première consultation. Parallèlement, ont été tenues de très nombreuses rencontres avec les acheteurs publics et les professionnels pour affiner la réflexion.

Un tel processus ne peut être que long. Il faut, dans un premier temps, solliciter tous les acteurs de la commande publique (acheteurs, entreprises, conseils...) en leur laissant le temps suffisant pour lire, s'approprier puis proposer des amendements sur des textes de plusieurs dizaines de pages touchant aux principales questions administratives que peut poser l'exécution d'un marché public. Il faut, dans un deuxième temps, analyser, valider, rédiger une nouvelle version du texte et la remettre en concertation. Deux années entières ont été nécessaires.

Plusieurs centaines de contributeurs (plus de 300) ont participé à cette démarche, avec toutefois une répartition très tranchée, tenant bien compte de l'utilisation réelle des CCAG : forte pour le FCS avec un tiers des contributions, pour les Travaux avec un quart des contributions, moyenne pour le TIC et le PI avec 15 % des contributions, faible pour le MI avec à peine 5 % des contributions. Toutes ces contributions ont été prises en compte, ce qui ne signifie pas que leur contenu ait été adopté en l'état.

1.2.3. Les orientations de la réforme

Cinq orientations principales ont prévalu lors des travaux :

- mettre à jour les textes,
- moderniser les textes,
- pérenniser les textes,
- simplifier les textes,
- apaiser les relations des entreprises avec l'administration.

La concertation a confirmé l'attachement des acteurs de la commande publique aux CCAG

⁷ Mireille Berbari, Contrats Publics n° 85, février 2009.

1.2.3.1. Mettre à jour les textes

L'objectif premier poursuivi par la révision a été d'aboutir à une rédaction respectueuse des évolutions législatives et réglementaires, ainsi que de transcrire les acquis jurisprudentiels intervenus dans la sphère de la commande publique (délai global de paiement, régime de propriété intellectuelle, niveau d'indemnité...).

1.2.3.2. Moderniser les textes

La modernisation des CCAG a, notamment, porté sur la prise en compte de la dématérialisation des procédures, sur l'intégration des dispositions liées au développement durable, sur la référence aux huit conventions fondamentales de l'Organisation Internationale du Travail, et sur la prise en compte de la protection de l'environnement.

Les clauses de propriétés intellectuelles ont été, également, revues avec le soutien actif de l'Agence du patrimoine immatériel de l'État pour une simplification des options et une meilleure prise en compte des besoins de mise en valeur de ce patrimoine.

Par ailleurs, le contenu des termes utilisés dans les contrats a fait l'objet de définitions plus complètes et plus nombreuses.

Enfin, un CCAG spécifique aux achats de technologies de l'information et de la communication, jusqu'à lors régis par le chapitre VII de l'ancien CCAG-FCS, a été développé pour couvrir le développement exponentiel de ces achats ainsi que leur contenu technique.

1.2.3.3. Pérenniser les textes

Certains articles des anciens CCAG sont devenus inopérants avec le temps. Ils relevaient pratiquement de la transposition d'obligations légales s'appliquant par ailleurs directement en dehors du cadre contractuel (exemple : la loi de 1975 modifiée sur la sous-traitance) ou renvoyaient directement à des textes par la suite abrogés.

La suppression, au sein des nouveaux CCAG, des mentions paraphrasant des textes législatifs ou réglementaires en constante évolution a permis d'assurer la

pérennité des nouveaux textes à travers le temps. Celle-ci ne sera donc plus remise en cause au gré des modifications susceptibles d'intervenir dans la réglementation en vigueur.

1.2.3.4. Simplifier les textes

La suppression ci avant évoquée des mentions para ou quasi réglementaires, auxquelles on ne pouvait déroger, a également présenté l'avantage d'assouplir les modalités de dérogation aux textes, procurant ainsi aux acheteurs publics une capacité de les adapter parfaitement aux spécificités de leurs marchés.

Le nombre des clauses communes aux différents CCAG, ne nécessitant pas d'adaptation propre à un CCAG, a été considérablement augmenté, ce qui en améliore la lisibilité et l'homogénéité.

Afin de limiter la nécessité de compléter le CCAG par le CCAP, les procédures ont été précisées et déroulées jusqu'à leur terme normal, même en l'absence de réaction de la part de l'une ou l'autre des parties.

1.2.3.5. Apaiser les relations des entreprises avec l'administration

Les obligations et droits réciproques ont été rééquilibrés, afin de les rapprocher du droit commun, conformément aux attentes des entreprises. Il n'était pas question, cependant, de renoncer au caractère exorbitant de certaines clauses, les marchés publics étant des contrats administratifs avec des contraintes spécifiques.

Ce rééquilibrage apparaît, notamment, dans le régime de responsabilité relatif à la réparation des dommages causés à l'une des parties contractantes par l'autre. Il se manifeste aussi dans l'amélioration des conditions d'indemnisation du titulaire lorsque celui-ci n'est pas responsable de la résiliation. Un régime d'indemnité minimum dans certains cas de résiliation a été prévu dans chaque CCAG.

Afin d'explicitier, tant à l'acheteur qu'au titulaire, certaines parties du texte, des commentaires ont été rajoutés, notamment lorsque l'acheteur doit faire un choix préalable au lancement de la consultation.

2. Nouveaux CCAG : changer sans bouleverser

Les CCAG sont, avant tout, des outils. Ils procurent aux acheteurs publics, surtout à ceux qui ne disposent pas de moyens juridiques importants, un contrat-type clair et sécurisé, leur permettant de faire face aux diverses phases de l'exécution de leurs marchés et aux aléas qu'ils sont susceptibles de rencontrer.

De par leur caractère général, les CCAG doivent proposer une solution qui pourra trouver à s'appliquer par défaut dans la grande majorité des cas. Toutefois, la mise en œuvre de cette solution nécessitera, de la part de l'acheteur public, un travail d'adaptation, afin de compléter, dans les documents particuliers de son marché, ce dispositif CCAG générique, pour tenir compte de ses besoins spécifiques.

2.1. Une transition mesurée pour un héritage respecté

2.1.1. Homogénéité temporelle et matérielle

Dès l'ouverture du chantier de réforme, l'engagement a été pris de respecter, autant que possible, les CCAG d'origine, que ce soit dans le fond ou dans la forme. La structure des textes, telle qu'elle a été définie à la fin des années soixante-dix – chapitres, articles, sous-articles – a ainsi été maintenue. La numérotation a été maintenue, dans la mesure du possible, pour que les utilisateurs ne soient pas dépayés. Mieux, les CCAG désormais proposés aux acheteurs publics respectent tous une architecture globale commune, afin d'apporter aux acheteurs des points de repères comparables et de leur faciliter ainsi la mise en application.

De même, le vocabulaire particulier aux textes (admission, réception, ajournement, exécution aux frais et risques...) a été conservé. La rédaction des CCAG a, toutefois, été harmonisée pour être le plus homogène possible. Bien que le CCAG-Travaux doive être considéré un peu à part des quatre autres, compte tenu de sa spécificité, il en a également bénéficié.

Enfin, à chaque fois qu'y avait lieu, moyennant une adaptation à la marge le cas échéant, l'harmonisation a également

porté sur l'intégration, dans chaque CCAG, des clauses qui ont été identifiées comme communes à l'ensemble.

Ces dispositions communes concernent notamment :

- les obligations générales des parties qui font l'objet du premier chapitre de chaque CCAG,
- les dispositions relatives au développement durable figurant aux articles 6 et 7 de chaque CCAG,
- l'obligation d'assurance qui clôt le premier chapitre de chaque texte,
- les clauses de résiliation qui figurent à l'avant dernier chapitre de chaque CCAG (sauf le CCAG-MI, qui comporte un chapitre optionnel).

2.1.2. Les signataires

Le processus d'approbation fixé par le code des marchés publics prévoyait que les nouveaux CCAG devaient être approuvés par les ministres intéressés, en sus de la ministre chargée de l'économie.

La reprise à l'identique des signataires des anciens CCAG pour les nouveaux textes n'était pas envisageable, du fait des modifications de périmètres de compétence des ministres intervenus entre temps.

L'avis du Secrétariat général du Gouvernement a donc été sollicité sur la désignation des ministères signataires. La liste des signataires a été légèrement adaptée, la principale question étant posée pour les CCAG-TIC et PI, pour lesquels un problème de propriété intellectuelle nécessitait d'identifier le ministère en charge des aspects patrimoniaux des marchés. Il a été décidé qu'à ce titre, le ministre de la culture serait signataire de ces deux CCAG.

Le circuit de signatures interministériel complété, les nouveaux CCAG ont enfin pu être publiés : le CCAG-FCS a été le premier à être publié le 19 mars de cette année, suivi du CCAG-Travaux le 1^{er} octobre et des CCAG-TIC, MI et PI, tous trois publiés le 16 octobre dernier.

Tous les CCAG partagent la même architecture globale pour faciliter l'appropriation des nouveaux textes

2.1.3. Une nécessaire coexistence temporaire des anciens et des nouveaux CCAG

L'abrogation des anciens textes a été prévue par les nouveaux arrêtés⁸ : pour le CCAG-FCS, le nouveau texte était d'applicabilité immédiate, soit le lendemain de la publication de l'arrêté au Journal officiel. Pour les CCAG-TIC, PI et MI, un délai d'un mois a été prévu et ces textes sont applicables de droit un mois et un jour après leur publication au Journal officiel. Pour le CCAG-Travaux, un délai de trois mois a été prévu, soit une application du texte trois mois après sa publication au Journal officiel. En théorie, le problème de l'entrée en vigueur des nouveaux textes était donc résolu. Dans la pratique, ces conditions de mise en œuvre ont soulevé des hésitations.

L'abrogation des anciens textes n'a bien évidemment pas remis en cause l'exécution des contrats en cours. Dès lors qu'une consultation a été engagée ou un avis d'appel public à la concurrence envoyé à la publication avant la date d'applicabilité du nouveau texte, l'ancien continue à régir le marché lors de son exécution. Il n'est pas possible d'envisager une quelconque substitution, en cours de procédure de passation ou en cours de marché, le CCAP rédigé pour le marché étant de toute manière inadapté au nouveau CCAG.

L'appropriation des CCAG implique une adaptation, souvent importante, des CCAP utilisés pour les marchés. Cela signifie qu'un délai supplémentaire est probablement nécessaire aux acheteurs, pour disposer de CCAP adaptés aux nouveaux CCAG. Pendant cette période, il est envisageable de poursuivre l'utilisation des anciens CCAG, mais de la manière la plus transparente possible. Les acheteurs publics qui le souhaiteraient peuvent donc choisir de se référer à l'ancienne version d'un CCAG, à la condition de le mentionner expressément. En effet, avec l'entrée en vigueur des nouveaux CCAG, toute

⁸ Le code des marchés publics, édicté par décret en Conseil d'État, dispose, à son article 13, que les CCAG sont approuvés par arrêtés. C'est sur le fondement de ce texte que les arrêtés de 2009 approuvant les nouveaux CCAG peuvent légalement abroger les décrets d'approbation des anciens CCAG.

référence à un CCAG, sans autre précision sur la version visée, équivaut à faire référence au nouveau texte de 2009. Si le CCAP a été prévu pour fonctionner avec l'ancienne version du CCAG, il se trouvera dès lors inadapté et mettra en péril la bonne exécution du marché. Cette situation doit absolument être évitée.

2.2. La nouvelle génération à la loupe

Respectueux de leurs aînés, les CCAG version 2009 n'en apportent pas moins leur lot de changements et d'innovations. Il est difficile d'établir ici un panorama exhaustif de toutes les évolutions intégrées à mesure de l'avancement du chantier de réforme. Néanmoins, chaque nouveau texte est indéniablement marqué par quelques modifications majeures qu'il est possible de retracer.

2.2.1. CCAG-FCS : le fondateur

Le CCAG-FCS est, de loin, le plus utilisé des CCAG, parce qu'il est le plus généraliste. Sa structure a servi de charpente pour tous les autres CCAG, les clauses communes ont été élaborées à l'occasion de ce premier CCAG. De ce fait, la plupart des évolutions constatées dans ce texte, se retrouvent dans les autres et ne seront par conséquent reprises que si elles sont typiques du CCAG examiné.

À titre d'illustrations sur l'évolution de ce texte, outre le développement durable et l'indemnisation en cas de résiliation⁹, on peut mentionner :

- l'adoption d'un certain nombre de définitions applicables à l'ensemble des CCAG (article 2),
- l'introduction des ordres de services (article 3.8),
- l'adoption d'une clause sur la réparation des dommages et la responsabilité des parties (article 8),
- le développement des dispositions relatives aux modalités de règlement (articles 6 et 7),

⁹ Confère quatrième point du paragraphe 1.2.3., page 5.

Les CCAG sont des documents types garantissant un engagement clair et sécurisé

La propriété intellectuelle au cœur de trois des cinq CCAG

- des procédures d'admission plus précises avec des délais plus adaptés, généralement raccourcis pour une accélération des procédures (article 25),
- le principe d'une indemnisation pour résiliation pour motif d'intérêt général de 5 % par défaut et prise en charge des frais et investissements réalisés pour le marché (article 33).

2.2.2. CCAG-TIC : un CCAG inédit

Remplaçant et développant de manière autonome le chapitre VII de l'ancien CCAG-FCS, ce nouveau CCAG dédié aux Techniques de l'information et de la communication (TIC) développe les aspects spécifiques à cette catégorie de marchés pour apporter des solutions opérationnelles dans un domaine aussi vaste et mal connu qu'il est en plein essor économique. Les TIC sont désormais au centre de tous les aspects de la vie administrative. Ce nouveau CCAG doit permettre aux acheteurs publics de répondre efficacement aux nouveaux besoins que les TIC ont fait naître (réseaux informatiques, télétravail, infogérance, développement d'applications...).

Dépassant désormais largement le simple achat de logiciels commerciaux et autres fournitures informatiques, les marchés de TIC développent souvent des aspects particuliers qui ne se satisfont plus des anciennes clauses par trop limitées de l'ancien CCAG-FCS. La notion de progiciel a ainsi été supprimée, au profit de l'adoption d'une définition contractuelle du logiciel (article 2), qui se décline en deux catégories pour correspondre à la réalité pratique des marchés : logiciels standards et logiciels spécifiques. Des dispositions relatives à la tierce maintenance applicative et à l'infogérance ont également été ajoutées (chapitre 6).

Nombre de ces aspects particuliers sont liés à la sphère de la propriété intellectuelle. Le CCAG-TIC dispose, à cet effet, d'un régime de propriété intellectuelle complet (chapitre 7), bien plus étoffé que celui prévu à l'origine dans l'ancien chapitre VII du FCS et qui conduisait les acheteurs à recourir au CCAG-PI dès que leur besoin dépassait le simple achat de logiciel sur étagère.

Ce dispositif, harmonisé avec le nouveau CCAG-PI, comprend deux options (article 38, options A ou B), chacune correspondant soit à la concession de droits d'utilisation soit à la cession de droits exclusifs.

Les CCAG-TIC, PI et MI étant chacun étroitement concernés par la propriété intellectuelle, un préambule a été ajouté à chacun des trois textes, afin de préciser les conditions d'utilisation de chacun et de clarifier ainsi le choix du CCAG le mieux adapté.

2.2.3. CCAG-PI : un texte qui rompt avec le passé

La particularité de ce CCAG réside dans le fait qu'il traite principalement de l'exécution de prestations immatérielles, sur lesquelles s'applique le droit de la propriété intellectuelle. La gestion de ce régime de droit fait l'objet d'un chapitre entier au sein du CCAG-PI, le chapitre 5 relatif à « l'utilisation des résultats » qui a été entièrement remanié pour être conforme à la réglementation en vigueur, notamment au droit européen, et au Code de la propriété intellectuelle modifié. Ce nouveau chapitre a été modernisé en collaboration étroite avec l'Agence du patrimoine immatériel de l'État (APIE). Les dispositions du chapitre 5 prennent également mieux en compte les droits afférents aux résultats sous forme de supports dématérialisés (article 23).

La première évolution du chapitre relatif à l'utilisation des résultats est l'introduction de dispositions communes à toutes les options possibles, et notamment de plusieurs définitions : « résultats », « connaissances antérieures », « savoir faire », « droits de propriété intellectuelle », et « tiers désignés dans le marché » (article 23 et 24).

Désormais, le CCAG-PI de 2009 ne propose plus que deux options, et non plus trois, pour définir le régime des droits de propriété intellectuelle et assimilés, applicable aux résultats.

Les anciennes options B et C se voient substituées à un régime de concession de droits d'utilisation des résultats, explicité dans la nouvelle option A (article A.25), qui s'applique par défaut dans le silence du marché.

L'ancienne option A est remplacée par un régime de cession des droits d'exploitation des résultats, objet de la nouvelle option B (article B.25).

Ces deux options font l'objet de plusieurs précisions, telles que, notamment :

- une distinction claire est désormais introduite entre les droits de propriété littéraire et artistique (article A.25.1.1) et les droits de propriété industrielle (article A.25.1.2) ;
- une période de deux ans pendant laquelle le titulaire doit fournir l'assistance indispensable à l'exercice des droits concédés ou cédés (article A.25.3) ; pour mémoire, l'ancienne option C prévoyait une aide technique sur dix ans ;
- un régime de garantie de la jouissance des droits renforcé (le titulaire doit, par exemple, en l'absence de faute qui serait imputable au pouvoir adjudicateur, indemniser celui-ci de toute action ou réclamation d'un tiers, ou prendre en charge les dommages et intérêts pour contrefaçon ou concurrence déloyale auxquels le pouvoir adjudicateur serait condamné) (article A.25.4) ;
- enfin, une redevance est créée comme contrepartie de l'exploitation commerciale des résultats par l'une ou l'autre partie (article A.25.6).

Plutôt que de recopier l'intégralité du chapitre 5 du nouveau CCAG-PI dans le nouveau CCAG-MI, et de risquer ainsi d'alourdir considérablement ce dernier, le choix a été fait de renvoyer au cahier des clauses administratives particulières pour la reprise des clauses de propriété intellectuelle issues du CCAG-PI.

En fonction de son besoin, si son marché ne comporte aucune part d'études, l'acheteur public pourra donc ne pas s'encombrer de dispositions qui en l'espèce ne trouveront pas à s'appliquer.

Dans le cas contraire, en cas d'études de conception préalables, il pourra sélectionner, au cas par cas, l'option la plus adéquate, selon qu'il souhaite se voir concéder ou acquérir les droits sur les résultats de ces études, et intégrer cette option à son CCAP.

Un préambule, similaire à celui figurant dans les CCAG-TIC et PI, permet de clarifier les conditions d'emploi du CCAG-MI et précise selon quelles modalités l'acheteur public doit le cas échéant compléter son dispositif au moyen du CCAG-PI.

Parmi les innovations apportées au texte, un commentaire précise désormais qu'en cas de surveillance de la fabrication des prestations en usine, l'acheteur public ne devra en aucun cas mandater un concurrent du titulaire pour auditer ce dernier.

Le CCAG-Travaux demeure le document de référence le plus utilisé en nombre de marchés recensés par l'OEAP

2.2.4. CCAG-MI : un contrat recentré

L'ancien CCAG-MI consacrait un chapitre 7 aux marchés, comportant une part d'études. Ses dispositions étaient destinées à gérer les aspects de propriété industrielle liés à la conception du prototype dont le marché industriel visait au final la fabrication.

Les stipulations de ce chapitre 7 étaient en fait identiques à celles de l'option C du CCAG-PI (version 1978). Or, avec la refonte du CCAG-PI, l'option C de 1978 a disparu. Il n'était donc plus possible de maintenir un dispositif similaire au sein du CCAG-MI. L'ancien chapitre 7 n'a donc pas été maintenu.

2.2.5. CCAG-Travaux : la tradition modernisée

Compte tenu de la catégorie de marchés concernée, un nombre très important de contributions a été reçu. Les principales fédérations professionnelles ont répondu à l'appel des deux phases de concertation en ligne et ont participé à des réunions de travail jusqu'à la validation finale du texte.

Ces contributions ont entraîné des modifications importantes du projet initial, portant notamment sur :

- l'accélération du processus de paiement (article 13), grâce au traitement sécurisé du paiement des acomptes et à la validation plus rapide du décompte général et définitif ;

- l'application du mécanisme d'actualisation du prix ferme (article 10.4), que le code a rendu obligatoire pour les marchés de travaux, en adoptant un dispositif incluant une clause d'actualisation par défaut, basée sur deux index représentant, selon les besoins, les marchés de bâtiment ou de travaux publics ;
- la mise en œuvre de l'actualisation en cas d'affermissement de tranches conditionnelles (article 10.4.2) ;
- la poursuite du chantier en l'absence d'ordre d'arrêter celui-ci, dans une limite prédéfinie au CCAG (article 15.4)
- la suppression de la distinction des délais réservés aux marchés de courte durée, source de complexité pour les contractants (article 13) ;
- la prise en compte des conséquences d'une réquisition formelle, sur ordre du préfet. L'exécution du marché est alors suspendue pour la durée de la réquisition (article 19.4).

Par nature sensible au développement durable, le nouveau CCAG-Travaux intègre un dispositif de gestion des déchets (article 36), et participe à la lutte contre le travail dissimulé (article 31.5). Le titulaire est désormais tenu d'établir un enregistrement exhaustif du personnel qu'il emploie sur le chantier, personnel qui devra porter un dispositif d'identification.

Source de nombreuses critiques et d'une jurisprudence fournie, le dispositif, extrêmement complexe, de règlement des différends et litiges (article 50), mis en place par le texte de 1976, a été remanié en profondeur. Le second mémoire en réclamation a été supprimé. Ce mémoire complémentaire, généralement identique au premier, prolongeait souvent inutilement le délai nécessaire avant d'introduire un recours. Cette suppression permettra à la fois une négociation plus rapide pour résoudre les litiges et la possibilité de solliciter plus rapidement le juge pour trancher le litige.

Par ailleurs, les délais de transmission d'un mémoire, en cas de réclamation sur le décompte général du marché, ont été harmonisés avec les délais de transmission du décompte mentionnés à l'article 13. Le mémoire sera donc transmis dans un délai de quarante jours.

L'article 50 a été complété par une disposition relative à la médiation et à l'arbitrage dont l'objectif est de fournir un cadre contractuel permettant de faciliter le règlement des litiges sans recours au contentieux. Les parties peuvent, d'un commun accord, avoir recours à la conciliation selon les modalités qu'elles déterminent, ou à l'arbitrage, en saisissant un conciliateur ou un tribunal arbitral dans les conditions fixées à l'article 128 du code des marchés publics.

Parmi les causes potentielles de conflit, les opérations de réception figurent en bonne place. Le rééquilibrage du CCAG-Travaux a notamment abouti à l'intégration d'un mécanisme de réception tacite par défaut (article 41). Il s'agit d'une innovation primordiale dans le déblocage des opérations de réception, destinée à pallier l'éventuelle carence du maître d'œuvre. Cette disposition est destinée également à inciter les maîtres d'ouvrage à produire les actes d'exécution nécessaires à la poursuite des procédures jusqu'à leur terme.

*

* *

La longévité des anciens CCAG laisse rêveur. Au lendemain de l'achèvement d'une réforme que certains finissaient par croire impossible, la nouvelle génération des CCAG semble, pourtant, avoir largement dépassé les espérances de ses instigateurs. Saura-t-elle pour autant battre le record établi par ses aînés ? Rien n'est moins sûr à l'heure où tout s'accélère et où les nouvelles technologies permettront sans doute demain de réformer les normes juridiques en combinant en temps réel élaboration, concertation et finalisation. Sans compter que des mises à jour plus fréquentes présentent l'avantage d'entraîner un travail vraisemblablement moins important et surtout moins long qu'une véritable refonte complète. Quoi qu'il en soit, les outils sont désormais forgés et prêts à l'emploi. Pour les praticiens, l'heure est venue d'entrer en scène.

Sébastien Lequien (Direction des affaires juridiques)