

# Réforme des CCAG marchés publics : le contenu se précise enfin !

Sophie d'Auzon | le 13/10/2020 | [Marchés publics](#), [France](#), [CCAG](#), [CCAG travaux](#),



La DAJ lève le voile sur les grandes nouveautés des futurs CCAG - © Andrey Kuzmin - stock.adobe.com

**Les travaux sur les thèmes transversaux à tous les nouveaux CCAG touchent à leur fin. Voici ce que prépare Bercy, avec les professionnels associés à la refonte.**

Cinq CCAG profondément remaniés, auxquels s'ajoutera un nouveau CCAG maîtrise d'œuvre, **devraient entrer en vigueur le 1er avril 2021**. La Direction des affaires juridiques (DAJ) de Bercy espère achever leur rédaction à la fin de l'année 2020. Ils seront ensuite examinés en interministériel et feront l'objet d'une consultation publique, avant leur publication définitive. Elise Moalic, adjointe au chef de bureau de la réglementation de la commande publique au ministère de l'Économie, des Finances et de la Relance a **levé le voile sur l'état d'avancement des projets**, lors de la conférence annuelle de l'Association pour l'achat dans les services publics (Apasp) ce 13 octobre à Paris.

Pour mémoire, la refonte, lancée par Bercy à l'été 2019, associe des parties prenantes (acheteurs, entreprises, universitaires, avocats, administrations) au sein de groupes de travail dématérialisés. Ils ont été consultés tout d'abord sur les six thèmes transversaux relatifs aux CCAG. Puis cahier par cahier : **les groupes ont déjà examiné les projets de CCAG travaux et maîtrise d'œuvre**, indique la DAJ, et seront « dans les semaines à venir » consultés sur les CCAG fournitures courantes et services (FCS), marchés industriels (MI), propriété intellectuelle (PI) et technologies de l'information et de la communication (TIC).

Ainsi, les grandes orientations communes aux six CCAG ont été débattues. **Certaines clauses sont arrêtées, d'autres sont encore en réflexion** au vu des problèmes soulevés par les professionnels. Elise Moalic en a dressé le panorama, thème par thème.

## Des cahiers harmonisés et un petit nouveau

La refonte passe d'abord par un toilettage, un relooking. Il s'est en effet avéré nécessaire notamment d'**harmoniser certaines clauses dans tous les CCAG, à l'exception notable du CCAG travaux**, qui a de fortes spécificités. Sont concernés les délais de réception tacite ou encore le seuil d'exonération des pénalités de retard (la clause retient le seuil le plus haut des différents CCAG, à savoir 1 000 euros).

Concernant le maniement des cahiers, « il a été décidé de **maintenir par principe l'interdiction de faire référence à plusieurs CCAG pour un même marché, à l'exception des marchés globaux** », a annoncé la DAJ. « A terme, nous prévoyons un guide sur les marchés globaux pour aider les acheteurs à articuler plusieurs CCAG ».

Et si la suppression de l'obligation de lister les dérogations au CCAG dans les documents particuliers du marché était envisagée, cette idée a été abandonnée, à la demande des professionnels qui y voient un instrument de clarté et de lisibilité. Toutefois, a indiqué Elise Moalic, il sera précisé que la non-inscription d'une dérogation dans cette liste récapitulative n'en entraînera pas la nullité. Car le juge lui-même pourrait faire application d'une telle dérogation...

En outre, à la demande générale - compte tenu de l'inadaptation du CCAG PI jusqu'alors utilisé-, **un CCAG maîtrise d'œuvre va voir le jour**. « Il reprend globalement l'architecture du CCAG PI », a souligné la DAJ. Parmi les grandes orientations retenues dans ce nouveau document contractuel, il faut noter l'instauration de prix révisables, et d'un système de règlement par décompte général comme dans le CCAG travaux. Compte tenu du rôle important joué par le maître d'œuvre dans les marchés de travaux, « **il est proposé de rendre contractuelles les clauses du CCAG travaux précisant le rôle du maître d'œuvre dans le cadre de l'exécution desdits marchés** ».

Enfin, là où le CCAG PI proposait deux options pour le régime des droits de propriété intellectuelle (option A, concession des droits d'utilisation des résultats, option B, cession exclusive), le CCAG de maîtrise d'œuvre retient uniquement l'option A, « celle qui correspond le mieux aux pratiques », a justifié Elise Moalic. « Ce qui n'empêche pas, a relevé Jean-Marc Peyrical, président de l'Apasp, de faire un autre choix par une clause dérogatoire ! ».

## **Des droits de propriété intellectuelle mieux gérés**

Le deuxième thème transversal porte, justement, sur ces droits de propriété intellectuelle (PI) – domaine assez complexe où les acheteurs rencontrent de nombreuses difficultés...

Les nouveaux CCAG devraient désormais tous comporter une clause en la matière, car la PI est partout aujourd'hui. Elise Moalic l'illustre par les droits attachés à un logiciel embarqué dans les fournitures objets d'un marché.

En outre, **le système d'option évoqué ci-dessus serait supprimé dans les CCAG PI et TIC pour le remplacer par une clause unique** : le régime par défaut serait celui d'une cession de droits non exclusive (équivalent à une concession), pour les besoins découlant de l'objet du marché qui seraient précisément décrits.

## Des relations financières rééquilibrés

Le nerf de la guerre... Le troisième thème concerne l'exécution financière du marché, avec l'objectif de simplifier et rééquilibrer les relations contractuelles.

Une **clause relative aux avances** devrait faire son apparition dans tous les CCAG. Avec un choix pour l'acheteur, détaille la DAJ : « **une option ambitieuse, fixant un taux d'avance à 20% pour les PME** et le taux minimum réglementaire pour les autres entreprises, et une option minimale, avec le taux réglementaire pour tous ». La clause aura, en tous cas, le mérite de toujours indiquer le taux applicable, levant l'incertitude qui règne parfois. Et le tout dans le respect des prescriptions réglementaires, qui sont sur le point d'évoluer sous l'effet de la crise du Covid.

Autre élément important, les CCAG vont **encourager les acheteurs à utiliser des clauses financières incitatives** – sans pour autant les imposer par défaut. Ainsi, si les CCAP en prévoient, leurs modalités d'application seront précisées de façon très détaillées par les CCAG.

Les CCAG devraient par ailleurs mentionner la règle issue de la jurisprudence selon laquelle **le montant des pénalités ne doit pas « être manifestement excessif** au regard du montant du marché », en renvoyant aux clauses particulières le soin de fixer un plafonnement plus précis le cas échéant. « Ce point est encore en débat », a toutefois souligné Elise Moalic.

Enfin, à titre pédagogique, l'obligation posée par la loi Pacte de valoriser les ordres de service avec incidence financière sera reprise dans les CCAG.

## De la démat' de bout en bout

Si l'heure du zéro papier a déjà sonné pour la passation des marchés, l'exécution est à la traîne. « Notre objectif est d'**inciter les acheteurs à développer la dématérialisation tout au long de la vie du marché** », a souligné la DAJ. Par exemple, les CCAG indiqueront que « la notification peut être faite via le profil d'acheteur ou tout autre moyen électronique », et rappelleront les obligations en matière de facturation électronique.

Le gros morceau tient dans la « **RGPDisation** » des **CCAG**. Les cahiers actuels sont en effet obsolètes. Bercy avait recommandé, depuis l'entrée en vigueur du RGPD en mai 2018, de le prendre en compte par avenants dans les marchés en cours ou de prévoir des stipulations inspirées du clausier Cnil dans les nouveaux contrats. Les nouveaux CCAG régleront le problème en comportant des règles – dont la rédaction précise fait encore débat - de protection des données à caractère personnel respectant le RGPD.

Place aussi à l'**open data**, avec une clause imposant aux titulaires de marchés publics gérant un service public (à l'instar des concessions) de fournir les données et bases de données récoltées sous format électronique librement réutilisable.

## Plus durable, l'achat

Bien évidemment, les CCAG ne pouvaient être réformés sans attention accrue portée au développement durable. « C'est un aspect fondamental, a insisté Elise Moalic, il s'agit de mettre les marchés publics au service d'une politique publique très importante. Mais c'est délicat de le faire dans des documents généraux comme les CCAG, car il faut trouver des pistes pour promouvoir le développement durable sans risquer l'illégalité encourue faute de lien avec l'objet du marché ».

Le volet clause environnementale n'est pas encore bien abouti. **Ce qui se dessine : des pénalités seront prévues en cas de non-respect des clauses vertes.** « C'est en effet souvent là que le bât blesse, a ponctué Jean-Marc Peyrical, on voit plein d'obligations sans sanctions associées. Mais une fois les sanctions prévues, encore faut-il suivre l'exécution du marché et les mettre en œuvre ! ».

Il sera sans doute difficile de fixer d'emblée des taux dans cette clause, a reconnu Bercy ; de plus il faut être prudent pour ne pas pénaliser les PME.

Une série d'incitations est également prévue, pour pousser le titulaire du marché à réduire ses emballages, ses déchets, l'impact environnemental du transport, etc.

Quant à la clause sociale, les parties prenantes ont ciblé les CCAG travaux et FCS, considérés comme les plus propices. **Un article y sera inséré, précisant les obligations du titulaire (public éligible, modalités de mise en œuvre, pénalités...) lorsque les CCAP prévoient une clause sociale d'insertion.** « Il s'agit de faciliter la tâche de l'acheteur », selon Elise Moalic. « Nous avons proposé un taux de pénalités, mais cela est encore en discussion ».

Plus débattue encore, la question de l'insertion d'une disposition visant à imposer au titulaire de justifier sa chaîne d'approvisionnement et le respect des droits de l'Homme. « Cela nous a semblé important et utile, nous attendons à présent les retours du groupe de travail pour vérifier les éventuels effets pervers ». Une telle stipulation, à laquelle on ne peut qu'adhérer sur le principe, risque en effet de faire peser des contraintes supplémentaires sur les PME et des problèmes de vérifications pour les acheteurs.

## Promotion du dialogue et du règlement amiable des litiges

Enfin, les CCAG 2021 veulent favoriser des relations apaisées entre les parties. Notamment, ils comporteront une clause indiquant tous les modes alternatifs de règlement des litiges, pour éviter des contentieux longs et coûteux : comités de règlement amiables (CCIRA), Médiateur des entreprises, etc. Le contenu du mémoire en réclamation sera détaillé, pour le mettre en cohérence avec les exigences de la jurisprudence administrative. Et, nouveauté importante, **une procédure contradictoire avant l'application de pénalités de retard** devrait être introduite. Histoire de laisser à l'entreprise 15 jours pour répondre au maître d'ouvrage et le cas échéant prouver que le retard ne lui est pas imputable...