

Le CCAG Travaux et la modification des travaux

Le CCAG Travaux contient un certain nombre de stipulations concernant la rémunération des travaux supplémentaires et prévoit des hypothèses ouvrant au titulaire un droit à indemnisation du préjudice spécifique qu'il subit en conséquence des modifications dans le volume des travaux initialement prévus. Un arrêt de la CAA de Nancy du 19 mars 2019 applique ces différentes règles.

Auteur

Rachel Cattier

Avocate of counsel ADDEN avocats, spécialiste en droit public

Références

CAA Nancy 19 mars 2019 société Eurovia Alsace Lorraine, req. n° 17NC02166

Mots clés

Indemnisation des préjudices • Prix forfaitaire • Prix unitaire • Travaux supplémentaires

Il y a ce que le marché prévoit... et ce qui est réellement exécuté. La réalité d'une opération de travaux implique bien souvent des adaptations, des aménagements par rapport aux prévisions contractuelles : c'est la raison pour laquelle le CCAG Travaux aborde explicitement ces situations.

Les conditions de la rémunération et de l'indemnisation de ces variations prévues par le CCAG Travaux donnent pourtant souvent lieu à contentieux entre les entreprises et les maîtres d'ouvrage. L'arrêt commenté est l'occasion de passer en revue ces différents mécanismes, qui pourraient probablement gagner en clarté, au regard des difficultés de mise en œuvre rencontrées par les parties comme par le juge.

La rémunération des travaux supplémentaires

Le droit à paiement du prix des travaux supplémentaires... réellement réalisés

Le titulaire qui réalise des prestations qui n'étaient pas prévues par son marché ne peut en obtenir le paiement qu'à condition de démontrer soit qu'elles lui ont été commandées expressément, ou, à défaut de commande expresse, qu'elles étaient indispensables à la réalisa-

tion de l'ouvrage dans les règles de l'art^[1], ce que l'arrêt *Eurovia Alsace Lorraine* ici commenté rappelle^[2].

On peut d'emblée relever une certaine dysharmonie lexicale qui règne sur la rédaction des considérants des décisions rappelant les règles applicables en matière de travaux supplémentaires : certains arrêts évoquant leur « indemnisation », d'autres leur « règlement » ou leur « paiement ». Ces différences de vocabulaire ne sont pourtant pas anodines : le paiement d'un prix implique un assujettissement à TVA au contraire d'une indemnité. En outre, la rémunération des travaux supplémentaires ne correspond pas à l'indemnisation du préjudice distinct qui peut résulter pour l'entreprise de la prise en charge imprévue de la réalisation de ces travaux, de telle sorte que cette indétermination terminologique entraîne une certaine confusion des notions. Il serait heureux que les termes « paiement » et « règlement » soient réservés à la désignation de la valeur de réalisation des travaux supplémentaires, et celui d'« indemnité » à la discussion de la réparation du préjudice subi par l'entreprise du fait de la prise en charge de ces travaux supplémentaires, en dehors de leur paiement.

Pour obtenir ce paiement, encore faut-il que l'entreprise établisse la réalité de ces travaux supplémentaires, c'est-à-dire que les travaux pour lesquels elle sollicite une rémunération :

- n'étaient pas inclus dans le marché initial, et donc dans les prix qui lui ont déjà été réglés^[3] ;
- lui ont été commandés, ou s'ils ne lui ont pas été commandés, étaient indispensables au bon achèvement de l'ouvrage (les travaux spontanés réalisés par une entreprise sans l'accord du maître d'ouvrage ou du maître d'œuvre habilité, qui ne sont pas absolument indispensables à l'achèvement de l'ouvrage n'ouvrent pas droit à paiement, sans quoi les commanditaires publics se retrouveraient les bras bien trop chargés de travaux spontanés...);
- et qu'elle les a effectivement réalisés.

Dans l'arrêt *Eurovia Alsace Lorraine*, le juge écarte la demande de paiement de travaux supplémentaires que l'entreprise affirmait avoir engagés pour répondre à de nouvelles réglementations en matière d'amiante, au motif d'une part que la requérante n'établissait pas la

réalité de ces nouvelles réglementations, et donc de la réalité des travaux supplémentaires en question, et qu'en outre, l'établissement public avait bien inclus dans la rémunération de l'entreprise des prix rémunérant le traitement de l'amiante.

Le juge écarte également, au terme d'un raisonnement plus sibyllin, l'indemnisation sollicitée à hauteur de 201 153,14 euros au titre de « dépenses supplémentaires » mises en œuvre par la présence sur le chantier de ses équipes pendant 43 jours, notamment parce que l'entreprise n'apportait pas la preuve de la réalité de ces immobilisations, et aussi parce que « le contrat prévoyait explicitement que les branchements non défectueux ne seraient pas changés », ce qui pourrait signifier que l'entreprise a mobilisé des moyens pour réaliser des prestations qu'elle n'avait pas à réaliser aux termes du marché, et qui donc par définition n'étaient pas indispensables au bon achèvement de l'ouvrage.

Le droit au paiement des travaux supplémentaires n'est donc ouvert que s'ils sont réellement supplémentaires, réellement réalisés, et réellement commandés ou indispensables.

La réaffirmation par la loi PACTE du droit des entreprises au versement du prix des travaux supplémentaires : la question du formalisme préalable à leur règlement

La loi PACTE^[4] a introduit un nouvel article L. 2194-3 au Code de la commande publique, qui affirme le droit des entreprises à obtenir « une juste rémunération » des prestations supplémentaires ou modificatives demandées par l'acheteur^[5].

Fallait-il une loi pour affirmer l'évidence, au regard de la jurisprudence qui vient d'être citée mais aussi des termes du CCAG Travaux ?

En effet, les prestations supplémentaires ou modificatives sont visées par l'article 14 du CCAG Travaux, qui prévoit explicitement qu'elles doivent donner lieu à paiement, puisque l'ordre de service (OS) prescrivant leur réalisation^[6] doit proposer les prix nouveaux qui leur sont applicables. Ces prix nouveaux sont dits « prix d'attente » si le titulaire exprime un désaccord à leur égard, et « prix définitifs » si le titulaire les accepte. En tout état de cause, « [L]es prix d'attente [...] sont appliqués pour l'établissement des décomptes ; ils n'exigent ni l'acceptation préalable du représentant du pouvoir adjudicateur, ni celle du titulaire » : un désaccord sur le prix des travaux supplémentaires ou modificatifs ne peut donc en

[1] CAA Versailles 14 décembre 2017, NGE Génie civil SAS, req. n° 15VE01542 – CAA Marseille 3 octobre 2016, Société SOGEV, req. n° 15MA01607 – CAA Nantes 2 novembre 2016, Société SNEF, req. n° 14NT01228.

[2] « L'entreprise peut demander à être indemnisée des travaux supplémentaires qui lui ont été commandés en cours de chantier. S'agissant de travaux exécutés sur un ordre de service irrégulier, elle peut prétendre au remboursement des dépenses utiles exposées. Elle peut également demander à être indemnisée pour les travaux supplémentaires qu'elle a réalisés sans ordre de service du maître de l'ouvrage dès lors que ces travaux sont indispensables à la réalisation de l'ouvrage dans les règles de l'art. ».

[3] Le raccordement d'un chantier en électricité étant rémunéré par un prix forfaitaire au terme du marché, il n'est pas une prestation supplémentaire [CAA Lyon 20 juillet 2017, Société Acquadro Favier construction, req. n° 15LY01748].

[4] Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises.

[5] CCP, art. L. 2194-3.

[6] Ou à défaut d'être précisés par l'OS prescrivant les travaux supplémentaires, ces prix doivent être fixés par un OS notifié dans les 15 jours suivant la notification de l'OS prescrivant ces travaux supplémentaires.

principe pas faire obstacle au versement à minima des prix d'attente au titulaire.

L'intervention de la loi PACTE marque pourtant que la pratique ne respecte pas toujours ce mécanisme : elle répond au sujet des « OS à 0 euros », par lesquels des travaux supplémentaires sont commandés sans qu'aucun prix d'attente ne soit ni déterminé ni appliqué à l'occasion des décomptes mensuels.

Il serait caricatural de déduire de cette pratique que les personnes publiques estimeraient qu'elles peuvent commander des travaux sans les payer. Lorsqu'on aborde ce sujet avec les praticiens de l'exécution des marchés publics de travaux, une des explications évoquées tient à l'obligation faite aux collectivités locales de soumettre à l'avis de la commission d'appel d'offres (CAO) tout avenant modifiant de plus de 5 % le montant initial du marché⁽⁷⁾. Scrupuleuses de respecter la compétence de cet organisme, certaines collectivités ont pris l'habitude de subordonner le paiement des travaux supplémentaires commandés unilatéralement par OS à la passation d'un avenant actant de leur prix, tout simplement parce que seul l'avenant est soumis à l'approbation et donc au contrôle de la CAO.

L'écueil de ce fonctionnement s'identifie particulièrement lorsque les parties sont en désaccord sur le prix à inscrire au sein de l'avenant : celui-ci n'est alors pas soumis à l'avis de la commission, pas plus qu'il n'est signé, et le paiement des travaux supplémentaires n'intervient alors pas. Dans une telle hypothèse, si la personne publique ne règle aucun prix d'attente, non seulement les entreprises sont exposées à des difficultés de trésorerie importantes, mais en outre les intérêts moratoires courent à compter de chaque décompte qui aurait dû donner lieu à leur application⁽⁸⁾.

Cette problématique témoigne d'une adéquation à retrouver entre le contrôle exercé par la CAO sur les seuls avenants et les modalités d'exécution d'un marché, qui peuvent prendre la forme de décisions unilatérales, parmi lesquelles l'OS est la plus connue, d'autant plus que l'adoption du Code de la commande publique a été l'occasion de réaffirmer que les modifications d'un marché public peuvent être apportées autant par voie contractuelle qu'unilatéralement.

Alors qu'il est désormais obligatoire de publier sur les profils acheteurs les données essentielles des modifications, unilatérales comme conventionnelles, apportées aux marchés publics, ce regard préalable de la CAO sur les seuls avenants se justifie-t-il encore ? Faut-il étendre son contrôle aux OS à incidence financière, au risque de considérablement alourdir les conditions d'exécution des marchés publics ? Faut-il organiser un regard a posteriori de la CAO, probablement plus compatible avec la réalité de l'exécution d'un marché ?

Le sujet mérite indéniablement réflexion et probablement clarification.

L'indemnisation des conséquences préjudiciables des modifications apportées au volume ou à la consistance des travaux

Au-delà de la rémunération des travaux supplémentaires, le CCAG Travaux prévoit des hypothèses ouvrant au titulaire un droit à indemnisation du préjudice spécifique qu'il subit en conséquence des modifications dans le volume des travaux initialement prévus.

L'indemnisation du préjudice consécutif à l'augmentation ou la diminution du montant total des travaux

● Les mécanismes prévus par les articles 15 et 16 du CCAG Travaux

Les articles 15 et 16 du CCAG Travaux autorisent le titulaire d'un marché de travaux à présenter une demande d'indemnisation du préjudice qu'il subit du fait de l'augmentation ou de la diminution du montant total des travaux, lorsqu'elles excèdent certains seuils.

Ces variations en volume des travaux s'apprécient en comparant :

- le montant contractuel des travaux, c'est-à-dire celui résultant du marché initial et des avenants ;
- avec le montant des travaux réalisés, en appliquant les prix initiaux mais aussi les prix nouveaux des travaux supplémentaires (qu'ils soient d'attente ou définitifs).

C'est donc le montant contractuellement accepté par l'entreprise, par le biais du marché initial mais aussi des avenants, qui est comparé avec ce qui a été réellement exécuté par ses soins, c'est-à-dire en ajoutant ou en retranchant les modifications qui n'ont pas été actées par contrat. Ainsi, si une entreprise signe un avenant diminuant le montant contractuel du marché, elle ne peut plus prétendre à une indemnisation du fait de cette diminution sur le fondement de l'article 16 du CCAG Travaux, puisqu'elle l'a expressément acceptée en signant l'avenant⁽⁹⁾.

Les seuils ne sont pas définis de la même façon pour les marchés conclus à prix forfaitaires, qui ne varient pas selon la variation des quantités mises en œuvre et dont l'équilibre économique supporte donc moins les variations de commande, et pour les marchés conclus à prix unitaires, dont le montant varie au plus proche du réel, et dont l'équilibre économique supporte mieux les variations de quantités.

Si l'augmentation du montant des travaux par rapport au montant contractuel est supérieure à 5 % pour un marché à prix forfaitaires ou à 25 % pour un marché à prix

(7) CGCT, art. L. 1414-4.

(8) CAA Paris 3 avril 2007, Société Cegelec, req. n° 04PA02708.

(9) CAA Nancy 8 avril 2013, Centre hospitalier de Belfort-Montbéliard, req. n°12NC00148.

unitaires, le titulaire a droit à être indemnisé du préjudice qu'il a subi du fait de cette augmentation.

Si la diminution du montant des travaux par rapport au montant contractuel est supérieure à 5 % pour un marché à prix forfaitaires⁽¹⁰⁾ ou à 20 % pour un marché à prix unitaires, le titulaire a droit à être indemnisé du préjudice qu'il a subi du fait de cette diminution.

Dans le cadre des marchés comprenant une formule de rémunération mixte faisant intervenir des prix unitaires et des prix forfaitaires, ces seuils sont déterminés en calculant la moyenne des augmentations ou diminutions limites correspondant aux deux modes de rémunération, au prorata de leur importance respective dans la formule.

Dans le cadre des marchés comprenant des travaux rémunérés par le biais de prix forfaitaires et des travaux rémunérés par le biais de prix unitaires, les seuils limites sont fixés en additionnant les seuils limites de chacun des montants contractuels résultant des deux modes de rémunération.

On peut s'interroger sur la valeur que le juge accorde à ces mécanismes prévus par le CCAG Travaux lorsqu'il décrète, par son arrêt *Tonin*⁽¹¹⁾, que les seules indemnités ouvertes en cas de difficultés d'exécution d'un marché de travaux conclu à forfait sont celles qui trouvent leur cause dans des sujétions imprévues ayant bouleversé l'économie du marché ou dans une faute de la personne publique. En réalité, le juge ne paraît pas assimiler les travaux supplémentaires à des difficultés d'exécution : les conditions de rémunération et d'indemnisation des travaux supplémentaires s'ajoutent aux conditions d'indemnisation des difficultés d'exécution que constituent les sujétions imprévues et la faute du maître d'ouvrage⁽¹²⁾.

● Une mise en œuvre par les parties et le juge sujette à interrogations

Dans l'arrêt *Eurovia Alsace Lorraine* commenté, le montant contractuel des travaux était de 447 351,91 euros, réparti entre les travaux faisant l'objet de prix forfaitaires (39 290,96 euros) et ceux faisant l'objet de prix unitaires (408 060,96 euros). Le montant des travaux réalisés ne s'est finalement élevé qu'à 343 042,15 euros, soit un différentiel de 104 309,76 euros.

La méthode de calcul utilisée par la cour pour déterminer le seuil limite de diminution admissible du montant des travaux sans indemnisation est difficile à comprendre.

La cour semble appliquer les règles édictées pour les marchés à formule de rémunération mixte, en détermi-

nant l'importance respective des prix unitaires et forfaitaires de chaque partie du marché, pour annoncer une moyenne de diminution limite arrêtée à 18,85 % du montant contractuel des travaux, sans explication du calcul conduit. Elle en déduit que la diminution opérée, représentant 23,3 %, n'ouvre droit à réparation que pour 4,45 % du montant initial du marché (23,3 % - 18,85 de diminution admissible). Ce pourcentage de 4,45 % du montant du marché correspond à 19 907,16 euros, mais la cour annonce le chiffre de 20 130 euros de prestations non réalisées ouvrant droit à indemnisation, qui ne correspond pourtant à aucune des données chiffrées précitées par l'arrêt.

Surtout, il ne semble pas que le marché comprenait une formule de rémunération mixte : le marché semblait seulement distinguer entre les travaux faisant l'objet de prix forfaitaires (39 290,96 euros) et ceux faisant l'objet de prix unitaires (408 060,96 euros).

Sauf erreur, conformément à la dernière hypothèse prévue par l'article 16, c'est-à-dire celle d'un marché comprenant à la fois des prestations réglées à prix unitaires et des prestations réglées à prix forfaitaires, le seuil limite de diminution acceptable aurait donc dû être égal à l'addition de 5 % de 39 290,96 euros (prestations réglées à prix forfaitaires), soit 1 964,55 euros ; et de 20 % de 408 060,96 euros (prestations réglées à prix unitaires), soit 81 612,19 euros, pour une diminution totale admissible du montant des travaux de 83 576,74 euros. Le montant du marché ayant été réduit de 104 309,76 euros, le titulaire pouvait solliciter l'indemnisation de la diminution préjudiciable de 20 733,02 euros du montant des travaux.

Le préjudice résultant de la diminution des travaux excédant le seuil limite ne correspond pas à la valeur des travaux non réalisés⁽¹³⁾, mais uniquement au gain manqué par l'entreprise à défaut de leur réalisation⁽¹⁴⁾, soit le taux de marge brute qu'elle aurait obtenue si elle les avait réalisés, 16 % en l'espèce.

La cour applique le pourcentage de 16 % au montant de 20 130 euros pour arrêter le montant de l'indemnité due à 3 220,80 au lieu des 2 374,29 euros déjà alloués par l'acheteur à ce titre. En suivant les règles de détermination du seuil limite applicable dans le cas d'un marché prévoyant des modes de rémunération distincts, plutôt que celles applicables au marché prévoyant une formule de rémunération mixte, le pourcentage de 16 % aurait été appliqué à 20 733,02, aboutissant à 3 317,28 euros d'indemnisation, soit à peine 100 euros d'écart. Toutefois, devant des montants plus importants, cet écart de calcul aurait pu conduire à une différence plus considérable du montant d'indemnisation.

La réforme des CCAG pourrait utilement être l'occasion de clarifier le fonctionnement de ce mécanisme, notam-

[10] CAA Marseille 25 septembre 2017, Société Eugelec, req. n° 15MA02776.

[11] CE 12 novembre 2015, Société Tonin, req. n° 384716 : mentionné aux tables du *Rec. CE*.

[12] CE 13 mai 2015, Sociétés Gallego et Tensol, req. n° 380863.

[13] CAA Paris 10 avril 2018 Société Paul Bonnet et fils, req. n° 16PA03552.

[14] CAA Nantes 7 février 2014, Société CAPS, req. n° 12NT01503.

ment en cas de marchés mêlant différentes formes de rémunération, en mixte ou en distinct.

L'indemnisation du préjudice consécutif à la modification de l'importance des diverses natures d'ouvrage

Enfin, la cour analyse la demande d'indemnisation présentée sur le fondement de l'article 17 du CCAG Travaux, consacré à la réparation du préjudice résultant des modifications apportées à l'importance des diverses natures d'ouvrage, étant précisé que constitue une même nature d'ouvrage les travaux réglés par application d'un même prix forfaitaire ou d'un même prix unitaire. Il s'agit dans ce cas d'indemniser non pas la variation qui affecte le montant total du marché, mais celle qui affecte l'importance en volume d'une nature d'ouvrage.

Pour les marchés de travaux réglés sur prix unitaires, lorsque, par suite d'OS ou de circonstances qui ne sont ni de la faute ni du fait du titulaire, l'importance de certaines natures d'ouvrages est modifiée de telle sorte que les quantités exécutées diffèrent de plus d'1/3 en plus ou de plus d'1/4 en moins des quantités portées au détail estimatif du marché, le titulaire a droit à être indemnisé en fin de compte du préjudice que lui ont éventuellement causé ces changements, à hauteur du différentiel excédant les seuils de modification précités. Cette indemnisation n'est cependant pas applicable si la nature d'ouvrage affectée par les modifications représente moins de 5 % du montant figurant au détail estimatif du marché ainsi que moins de 5 % du montant figurant au décompte final des travaux.

Pour les marchés réglés à prix forfaitaires, lorsque de telles modifications interviennent, les prix nouveaux arrêtés pour les travaux supplémentaires doivent tenir compte des charges supplémentaires éventuellement supportées en conséquence, hormis les charges liées à l'augmentation ou à la diminution du montant des travaux indemnisés en appliquant les stipulations des articles 15 et 16 du CCAG Travaux.

Si le marché examiné dans l'arrêt commenté comprenait des prix unitaires et des prix forfaitaires, la cour applique les règles intéressant les marchés réglés à prix unitaires pour déterminer le bien-fondé de la demande d'indemnisation présentée, les natures d'ouvrage intéressées par ce poste d'indemnisation étant réglées à prix unitaires.

La cour écarte cependant la demande au motif que les natures d'ouvrage dont les quantités d'exécution ont varié au-delà des seuils selon l'entreprise, prises chacune isolément, ne représentent jamais plus de 5 % du montant total du marché. L'arrêt ne précise cependant pas si le chiffre définitif de chacune de ces natures d'ouvrage, même prise isolément, représentait bien moins de 5 % également du montant du décompte définitif des travaux, deuxième condition posée par l'article 17 du CCAG Travaux pour exclure une demande d'indemnisation à ce titre.

L'arrêt commenté illustre une certaine approximation d'application des règles d'indemnisation des différentes hypothèses de variation du volume ou de la consistance des travaux. La réforme des CCAG Travaux pourrait être l'occasion utile de simplifier ces mécanismes, au bénéfice du travail du maître d'ouvrage, du maître d'œuvre, des entreprises et du juge.