

CCAG équitables ou injustes ?

Les lecteurs de *Passion Architecture* savent que depuis plus d'un an, l'Unsa se bat pour que les futurs CCAG¹ soient des documents équilibrés qui ne placent pas systématiquement les prestataires en situation de dépendance et d'incertitude juridique et financière face à des maîtres d'ouvrage publics naturellement prompts à se décharger de tous les risques sur leurs cocontractants privés.

L'Unsa est intervenue auprès de M. François Fillon² et de Mme Christine Lagarde avec l'espoir qu'ils comprendraient que les PME, dont ils prétendent favoriser le développement³, ont besoin de relations contractuelles équitables avec les personnes publiques.

Nous publions ci-après deux des multiples observations de l'Unsa sur le projet du CCAG PI (prestations intellectuelles) présenté en 2007 par des rédacteurs "hyper consciencieux" et pourtant "inconscients" de l'injustice avec laquelle ils proposent de traiter les prestataires privés⁴.

Le choix (équité ou injustice) du Premier ministre et de la ministre de l'Économie sera donné dans quelques semaines, lors de la publication de la deuxième version du projet de CCAG PI.

Exemple de l'article 9.1 du projet de CCAG-PI

Cet article propose le dispositif suivant :

"... les prix ... sont réputés tenir compte de toutes les sujétions d'exécution des prestations qui sont normalement prévisibles dans les conditions de temps et de



lieu où elles s'exécutent, que ces sujétions résultent :

- de l'utilisation du domaine public et du fonctionnement des services publics ;
- de phénomènes naturels ;
- de la réalisation simultanée d'autres ouvrages, ou de toute autre cause."

L'association des termes "phénomènes naturels", "réalisation simultanée d'autres ouvrages", "ou toute autre cause" et de "normalement prévisibles" met le candidat à un marché public dans l'incapacité d'évaluer les conséquences des risques qu'il peut être amené à supporter, puisqu'il existe peu d'aléas qui ne soient survenus un jour ou l'autre.

- En ce qui concerne les phénomènes naturels, et selon les lieux, la neige, les inondations, les cyclones ou les tremblements de terre (qui coupent les voies d'accès à un chantier ou détruisent les entrepôts des fournisseurs de matériaux) pourront être jugés "prévisibles".
- En ce qui concerne la réalisation simultanée d'autres ouvrages, il est évident que les travaux ne seront pas exécutés par les maîtres d'œuvre mais par d'autres entreprises ; or, la carence de quelques-unes d'entre elles peut conduire à un

allongement illimité du chantier, ce qui sera extrêmement coûteux pour les maîtres d'œuvre ; quant à la faillite de certaines entreprises, non seulement elle provoque inévitablement une prolongation du chantier mais nécessite d'énormes prestations supplémentaires pour remplacer les entreprises disparues ; or, tous ces aléas sont "prévisibles", mais il est impossible d'en prévoir l'ampleur.

- Il est inutile de commenter le terme "toute autre cause" (!) qui ouvre la porte à tous les dérapages. Néanmoins, les prestataires doivent en tenir compte dans leur prix, même si les rédacteurs du CCAG ont renoncé à en faire la liste exhaustive⁵.

Certes, le CCAG prévoit que si le maître de l'ouvrage le veut bien, il pourra accorder une prolongation du délai d'exécution des prestations en cas de survenance de certains aléas : "Une prolongation du délai d'exécution peut être accordée par le pouvoir adjudicateur..." (article 13.2 du CCAG PI).

Autrement dit, les pénalités de retard ne seront pas appliquées !!!

[5] Par exemple, les entreprises doivent-elles prévoir les conséquences des grèves qui peuvent paralyser une région ou un pays ?

[1] Les "cahiers des clauses administratives générales", ou CCAG, sont destinés à fixer les dispositions généralement communes à une catégorie de marchés publics. Il est prévu cinq CCAG : • prestations intellectuelles, • travaux, • fournitures courantes et services, • marchés industriels, • techniques de l'information et de la communication.

[2] L'Unsa est intervenue auprès du Premier ministre avec neuf autres organisations professionnelles réunies au sein de l'Observatoire de la concurrence "public-privé".

[3] Le principal danger des marchés publics pour les PME est le déséquilibre des droits et obligations entre elles et la personne publique !

[4] Non seulement la commission juridique de l'Unsa a formulé toutes ses observations concernant les CCAG PI et travaux (sur le site du ministère des finances attribué à la concertation publique), mais le Président de l'Unsa s'est adressé au Président de la République (qui a transmis notre dossier à Christine Lagarde), au Premier ministre, à la ministre des Finances et à la Directrice de la DAJ.

Mais cette faveur à la discrétion de la personne publique peut s'avérer marginale à côté des **surcoûts considérables qui peuvent résulter d'aléas auxquels les maîtres d'œuvre sont étrangers**, et qui ne sont couvrables par aucune assurance.

L'iniquité de ces dispositions du projet de CCAG est flagrante, puisque :

- elles nient les conséquences économiques des aléas qui pourraient être jugés "prévisibles" et se contentent d'admettre que les prestataires pourraient (!) ne pas être pénalisés des retards causés par des tiers alors que ces retards leur imposeront de lourdes charges supplémentaires !!!
- ces dispositions mettent les prestataires à la merci, non pas seulement du bon vouloir d'un maître d'ouvrage, mais aussi de son contrôleur financier, qui peut s'opposer à la "bienveillance" du maître d'ouvrage, précisément à cause des dispositions de l'article 9.1 du CCAG PI ;
- en cas de "résistance" des prestataires, ceux-ci sont à la merci du Tribunal administratif qui serait saisi, et qui rejettera leur demande en s'appuyant sur les termes de l'article 9.1 du CCAG du marché "vous l'avez signé ce marché ; il constitue la loi des parties !".

Or il faut savoir que les entreprises n'ont pas ou ont très peu de marge de négociation, car les maîtres d'ouvrage publics ne corrigent jamais "à la baisse" par les "clauses particulières", les dispositions prévues par les "clauses générales", bien au contraire.

C'est la raison pour laquelle l'Unsa a demandé au Gouvernement de rédiger des textes généraux irréprochables.

Exemple de l'article 25 du projet de CCAG PI

Le projet de l'article 25 est inacceptable, pour chacun de ses trois alinéas, parce qu'il fixe un cadre général qui automatise la spoliation des droits légaux de la propriété intellectuelle.

Sur le premier alinéa

"Le titulaire cède au pouvoir adjudicateur les droits de représentation, de reproduction, d'adaptation et de traduction sur les résultats protégés par des droits d'auteur."

Céder ses droits de représentation, c'est autoriser le maître d'ouvrage à utiliser les images de l'œuvre pour tout usage, y compris à titre commercial. C'est donc se priver soi-même d'utiliser les images

de son œuvre, ne serait-ce qu'à titre de références, ce qui est inacceptable pour les architectes.

C'est pourquoi, s'il y a cession, elle ne peut être que partielle : il doit toujours exister au minimum un partage des droits de représentation. Quelles qu'en soient les conditions, **les droits de représentation ont une valeur qui doit apparaître distinctement dans le prix du marché.**

Céder ses droits de reproduction, c'est donner au maître de l'ouvrage le droit de reproduire autant de fois qu'il le veut, l'ouvrage qui a été réalisé sur la base du projet conçu par les concepteurs.

Le cas peut se présenter, mais il s'agit alors d'une conception pour un "projet-type" en vue d'une réalisation multiple.

Dans notre domaine, l'objet même d'un tel marché doit alors être précis, avec ses limites, ses localisations, etc ; **il ne peut pas s'agir d'une rémunération forfaitaire** ; elle doit être variable, selon les règles fixées, prenant en compte notamment les assurances nécessaires lors de la réalisation de chacun des ouvrages reproduits.

Céder ses droits d'adaptation porte atteinte au droit moral de l'architecte puisqu'il accepte d'emblée que son œuvre puisse être éventuellement "défigurée" par une adaptation inappropriée décidée par le maître de l'ouvrage. La cession de ces droits ne saurait figurer parmi les droits que l'architecte peut être invité à céder.

Sur le deuxième alinéa

"La convention de cession des droits annexée au marché est signée par le titulaire lors de la réception de chacun des résultats et, le cas échéant, préalablement au paiement y afférent selon le calendrier contractuel."

En vertu de ce deuxième alinéa, tel qu'il est rédigé à la suite du premier, **le maître de l'ouvrage peut disposer librement des études et documents fournis par l'architecte au terme de chacun des éléments de sa mission⁶**, c'est-à-dire les utiliser à d'autres fins, les modifier à sa guise, les donner à un tiers pour qu'il développe le projet à la place de l'auteur, etc, etc.

Ceci constitue une violation directe du code de la propriété intellectuelle qui, dans son article L.112-2, stipule que sont aussi protégés **"les plans, croquis et ouvrages**

[6] Pour exemple, au terme de l'esquisse, de l'APS, de l'APD, du projet, des études d'exécution, etc.

plastiques relatifs à la géographie, à la topographie, à l'architecture ou aux sciences."

Sur le troisième alinéa

"Le prix de cession des droits de représentation et de reproduction est inclus dans le montant du marché et ne saurait donner lieu à des paiements en sus."

S'il est effectivement possible de convenir que la rémunération globale d'un concepteur peut comprendre le prix de cession de certains droits patrimoniaux⁷, **il est triplement choquant que le CCAG PI en fasse la règle générale**, car, pour y échapper, il faudra une décision volontaire du maître de l'ouvrage de renoncer à bénéficier de cette cession automatique, ce qui est illusoire !!!

• **Cet alinéa est anti-pédagogique : on "désinforme" les maîtres d'ouvrage** en leur laissant croire qu'il n'y a pas de distinction à faire entre : - le prix des prestations à exécuter - et le prix de cession de droits liés à la propriété intellectuelle.

• **L'alinéa constitue un risque grave par sa rédaction même** : "... inclus dans le montant du marché (rappelons qu'il s'agit d'un "marché de prestations") et ne saurait donner lieu à des paiements en sus". Ce n'était certainement pas l'intention des rédacteurs du projet de CCAG PI, mais nous disons que **les maîtres d'ouvrage en feront une lecture restrictive**, en ce sens qu'ils s'appuieront sur cette rédaction pour refuser d'ajouter au prix des prestations celui de la cession des droits, ce qui est une incitation à la spoliation des droits patrimoniaux de la propriété intellectuelle des créateurs.

• **L'alinéa est incorrect et injuste dans ses conséquences**, lors de la mise en œuvre d'autres dispositions du marché. Pour exemple, il serait **inique** que des pénalités appliquées pour une erreur d'un concepteur dans l'exécution des prestations soient calculées également sur le montant des droits de cession !

Proposition de rédaction de l'article 25

Dans ses observations sur le CCAG PI, transmises à la DAJ, l'Unsa a proposé la rédaction suivante de l'article 25.

"Pour les prestations intellectuelles bénéficiant du droit d'auteur, les droits

[7] Toutefois une rémunération forfaitaire doit être distincte d'une rémunération variable dans le cas de reproduction d'un modèle.

moraux attachés à la personne de celui-ci sont perpétuels, inaliénables et imprescriptibles.

Seuls les droits patrimoniaux sont cessibles en tout ou partie.

Chaque fois que le titulaire cède au pouvoir adjudicateur certains de ses droits patrimoniaux sur les prestations ou résultats du marché, une convention de cession de ces droits doit être annexée au marché.

Conformément aux dispositions de l'article L.131-3 du code de la propriété intellectuelle, elle doit énumérer les droits cédés qui devront chacun faire l'objet d'une mention distincte.

La convention doit, pour chacun des droits cédés, préciser sa nature, son domaine d'exploitation, son étendue, sa durée et le prix convenu.

Le prix des droits cédés doit apparaître distinctement dans la décomposition du prix global du marché."

Note d'observation complémentaire

Il est totalement illusoire de tabler sur les corrections que le pouvoir adjudicateur peut apporter aux dispositions du CCAG PI pour rétablir un dispositif plus équitable entre les droits et obligations des cocontractants.

L'expérience prouve, au contraire, que les maîtres d'ouvrage utilisent la liberté de rédiger, préalablement aux mises en concurrence, les clauses particulières des marchés, pour fixer des contraintes complémentaires ou ajouter de nouveaux risques à supporter par les prestataires.

Ceci constitue le principal obstacle rencontré par les PME pour briguer des commandes publiques.

C'est la raison pour laquelle l'Observatoire de la concurrence public-privé (l'Unsfa est membre de l'OCPP⁸) a demandé au Premier ministre que les CCAG fournissent un cadre contractuel équilibré entre les personnes publiques et les prestataires privés, d'autant que les premières jouissent, en amont, de prérogatives de puissance publique et continueront de rédiger librement les clauses particulières. ■

La Commission juridique de l'Unsfa

[8] L'OCPP réunit 10 organisations professionnelles : CEAFI, CICF, ONIEFEB, FFP, SYGAM, SYNTEC, UNAPOC, UNGE, Unsfa, UNTEC

PPP ou la responsabilité des élus

à l'égard de nos enfants

En 30 ans, l'État français s'est lourdement endetté.

L'État propose aux collectivités d'en faire autant, mais de façon masquée grâce aux PPP apparemment classés "hors bilan" mais dont les conséquences dommageables, les coûts et les surcoûts n'en seront pas moins supportés par nos enfants¹.

Les "effets funestes"² des contrats de partenariat sont de plusieurs natures.

C'est d'abord la perte du pouvoir politique sur la conception de ses propres bâtiments !

Avec une double conséquence :

- les collectivités seront condamnées à assurer les services publics dans des bâtiments qu'elles n'auront pas conçus avec leurs architectes ;
- alors que les bâtiments publics portent des valeurs sociales et culturelles et participent largement à façonner nos villes, les élus locaux, avec la procédure du PPP, renoncent à en être les acteurs.

[1] C'est pour limiter tous ces risques que l'Unsfa s'est battue en 2003 et 2004, et se bat de nouveau depuis l'automne 2007.

[2] Toutefois, dans quelques domaines limités, il n'est pas interdit de penser que les avantages espérés des contrats de partenariat dépasseront leurs conséquences dommageables.

Ce sont ensuite les surcoûts qu'entraînent les PPP.

Les contrats de partenariat entraînent inéluctablement des surcoûts :

- parce que la procédure de dévolution impose aux concurrents des investissements considérables qu'ils ne manqueront pas de répercuter sur les contrats conclus ;
- parce que la complexité et la très longue durée de ces contrats limitent la concurrence entre quelques grands groupes qui n'ont aucune raison de se nuire ;
- parce que les financiers feront payer très cher les risques pris par les titulaires des contrats, ne serait-ce que pour parer à l'incertitude des situations, à très long terme, de chacun des acteurs ;
- parce que toutes les actions de transformation que la collectivité devra entre-

prendre au fil des années pour que son équipement demeure actuel et performant, seront sans doute très chèrement facturées par le titulaire du contrat.

Pour contrer les critiques qui viennent d'être exposées succinctement, **les promoteurs des PPP injurient les élus locaux et leurs maîtres d'œuvre, en les accusant d'être incapables de penser coût global, développement durable, compétitivité écologique, etc.**

Il appartient donc aux élus : • de relever cet affront en s'engageant dans des opérations vertueuses (coût global, etc), **• de refuser de s'en remettre aux grands groupes technico-financiers dont le légitime objectif est de satisfaire l'intérêt de leurs actionnaires plutôt que l'intérêt général.** ■