

Thèmes :

- Rémunération du contrat de maîtrise d'œuvre.
- Droit du maître d'œuvre à être rémunéré des missions et prestations non prévues au contrat qui :
 - *non décidées par le maître d'ouvrage,
 - ont été indispensables à la réalisation de l'ouvrage selon les règles de l'art,
 - ou résultent de sujétions imprévues au caractère exceptionnel, imprévisible et dont la cause est extérieure aux parties et qui ont pour effet de bouleverser l'économie du contrat,
 - *décidées par le maître de l'ouvrage, ont été utiles à l'exécution des modifications.
- Droit à paiement non subordonné à la passation d'un avenant, ni à une décision du maître de l'ouvrage donnant son accord sur un nouveau montant de rémunération du maître d'œuvre.

Résumé :

1. Il résulte de l'article 9 de la loi du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'oeuvre de l'article 30 du décret du 29 décembre 1993 que le titulaire d'un contrat de **maîtrise d'oeuvre** est rémunéré par un **prix forfaitaire** couvrant l'ensemble de ses **charges** ainsi que le **bénéfice** qu'il en escompte, et que seules une **modification de programme** ou une **modification de prestations décidées par le maître de l'ouvrage** peuvent donner lieu, le cas échéant, à une **augmentation** de sa rémunération.

2. En outre, le maître d'oeuvre qui effectue des missions ou prestations **non prévues au** marché de maîtrise d'oeuvre et qui n'ont **pas été décidées par le maître d'ouvrage** n'a **droit à être rémunéré** de ces missions ou prestations que lorsque :

- soit elles ont été **indispensables** à la réalisation de l'ouvrage selon les **règles de l'art**,
- soit le maître d'oeuvre a été confronté dans l'exécution du marché à des **sujétions imprévues** présentant un caractère exceptionnel et imprévisible, dont la cause est extérieure aux parties et qui ont pour effet de **bouleverser l'économie du contrat**.

3. Dans l'hypothèse où une **modification** de programme ou de prestations a été **décidée par le maître de l'ouvrage**, le droit du maître d'oeuvre à l'augmentation de sa rémunération est uniquement subordonné à l'existence de **prestations**

supplémentaires de maîtrise d'oeuvre **utiles** à l'exécution des modifications décidées par le maître de l'ouvrage.

4. En revanche, ce **droit** n'est subordonné, **ni** à l'intervention de l'**avenant** qui doit normalement être signé en application des dispositions précitées de l'article 30 du décret du 29 décembre 1993, **ni** même, à défaut d'avenant, à celle d'une **décision** par laquelle le maître d'ouvrage **donnerait son accord sur un nouveau montant** de rémunération du maître d'oeuvre.

► Commentaire de Dominique Fausser :

Le Conseil d'Etat applique à la maîtrise d'œuvre les principes généraux du droit à l'indemnisation du cocontractant des pouvoirs adjudicateurs que la jurisprudence administrative a déjà bien été rodés dans le contentieux des travaux supplémentaires.

Ainsi, le prestataire a le droit d'être indemnisé de ses prestations supplémentaires qui bien que n'ayant pas été commandées par le pouvoir adjudicateur :

- soit ont été indispensables à la réalisation de l'ouvrage selon les règles de l'art (idem en travaux CE, 14 juin 2002, n° 219874, *Ville d'Angers* et sa nombreuse déclinaison jurisprudentielle) ;
- soit sont la conséquence dans l'exécution du marché de sujétions imprévues présentant un caractère exceptionnel et imprévisible, dont la cause est extérieure aux parties (donc, les cas de force majeure) qui ont eu pour effet de bouleverser l'économie du contrat (idem en travaux CAA de Bordeaux, 4 octobre 2007, n° 04BX01178, n° 04BX01179 et n° 04BX01180, *Sté les grands travaux du bassin Aquitaine G.T.B.A. c/ région Aquitaine*).

Plus récemment, ce même principe de l'indemnisation de telles prestations supplémentaires avait été déjà reconnu en maîtrise d'oeuvre dans des termes quasi similaires à ceux du présent arrêt (CE, 29 septembre 2010, n° 319481, *Société Babel*, aux tables du recueil Lebon, CAA de Marseille, 6 janvier 2012, n° 09MA02197, *Sté EGE*).

L'arrêt affirme également que le prestataire a le droit d'être indemnisé des prestations

supplémentaires demandées par le pouvoir adjudicateur et qui ont été exécutées utilement (idem en travaux : CE, 27 septembre 2006, n° 269925, *Société GTM Construction c/ Département d'Ille-et-Vilaine* traitant d'une commande verbale, mais avec déduction d'une marge bénéficiaire de 10 % alors que dans la présente affaire, le droit au bénéfice est expressément reconnu au maître d'œuvre ; CAA de Paris, 3 juillet 2007, n° 04PA02056, *Société BACOTRA c/ OPAC de Paris* ; CAA de Paris, n° 04PA02356, 6 mars 2007, *Société Entreprise générale de construction et de maintenance*).

Mais appliqué au domaine de la maîtrise d'œuvre, ce principe de l'indemnisation des prestations sur demande du maître de l'ouvrage pouvait se confronter à la formalité de l'avenant contenu à l'article 30 du décret du 29 décembre 1993 *relatif aux missions de maîtrise d'œuvre confiées par des maîtres d'ouvrage publics à des prestataires de droit privé* qui dispose que :

« le contrat de maîtrise d'œuvre fait l'objet d'un avenant qui arrête le programme modifié et le coût prévisionnel des travaux concernés par cette modification, et adapte en conséquence la rémunération du maître d'œuvre et les modalités de son engagement sur le coût prévisionnel ».

L'originalité de cet arrêt est il donne droit à paiement du maître d'œuvre de ce type de prestation même en l'absence d'avenant ou de décision formalisant un accord sur une nouvelle rémunération du maître d'œuvre.

Faut-il s'en étonner ? Ma réponse est clairement : NON

En effet, une solution contraire qui viserait à soumettre nécessairement les modifications, décidées par le maître de l'ouvrage, du programme ou des prestations à la passation d'un avenant ou à un accord préalable de rémunération, serait faire du pouvoir adjudicateur l'otage du maître d'œuvre. La nécessaire adaptation du service public suppose que l'administration puisse faire évoluer le projet sans que le maître d'œuvre ne puisse en profiter pour exercer un éventuel chantage sur les prix de sa prestation.

**L'avenant est-il alors tombé en désuétude ?
Ma réponse est aussi clairement : NON**

L'avenant restera toujours la procédure normale d'adaptation du contrat de maîtrise d'œuvre, déjà pour la simple raison qu'il constitue la pièce justificative de paiement qui permet au maître d'œuvre d'être payé de ses nouvelles prestations par le comptable public. A défaut d'un tel avenant, le maître d'œuvre devra fait appel au juge pour obtenir une décision de justice prononçant l'indemnisation de ses prestations, décision servant alors de pièce justificative de paiement.

Enfin rappelons aux acheteurs publics, que ce droit à paiement ne les met aucunement à l'abri de revendications telles que celle :

- en recours de candidats évincés qui s'estimeraient lésés par de telles modifications
- en action pénale si les modifications du programme ont eu pour effet d'accorder au maître d'œuvre un avantage injustifié dans l'attribution d'un marché public (dit aussi délit de favoritisme) et réprimé par l'article 432-14 du Code pénal, et plus particulièrement si le maître de l'ouvrage a sciemment manœuvré pour éviter d'avoir à soumettre un avenant de plus de 5% du montant du marché à l'avis de la commission d'appel d'offres.

A titre d'illustration :

Cour de cassation, ch. crim, 29 juin 2011, n° 10-87498, *maire de Barcarès*, publié au bulletin

« *Attendu que, pour déclarer la prévenue coupable de favoritisme, l'arrêt relève que les travaux supplémentaires, estimés à 16 022 m3, qui s'expliquent en partie par la nécessité de " sur-draguer " l'avant-port afin de pouvoir y déposer les sédiments prélevés dans le port, ont généré une augmentation du prix du marché de plus de 5 %, qui nécessitait la conclusion d'un avenant ; que les juges ajoutent qu'en autorisant de tels travaux, non compris dans l'acte d'engagement, lesquels étaient pour partie soumis à une réglementation spéciale, ainsi qu'à des contraintes techniques plus onéreuses, le maire a rompu la concurrence et l'égalité de traitement des candidats, lesquels n'ont pu concourir sur ces derniers qui ne figuraient pas dans l'appel d'offres ; qu'ils énoncent enfin que la connaissance par la prévenue du*

caractère illégal des travaux se déduit tant des manœuvres ayant présidé à la signature du constat que des conditions dans lesquels ils ont été effectués ;

Attendu, qu'en l'état de ces énonciations, procédant de son pouvoir souverain d'appréciation des faits, et dès lors que les travaux supplémentaires devaient faire l'objet d'un avenant approuvé par la collectivité délibérante, pris après avis de la commission d'appel d'offres, en vertu de l'article 8 de la loi du 8 février 1995 relative aux marchés publics et aux délégations de service public alors applicable, disposition de nature à garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics, au sens de l'article 432-14 du code pénal, en ce qu'elle permet à la commission d'appel d'offres d'apprécier la légalité d'un avenant au regard de l'économie du marché et de son objet, la cour d'appel, qui a statué dans les limites de sa saisine et s'est justement référée à l'acte d'engagement pour en déduire le prix forfaitaire du marché, a justifié sa décision ; »

Sur ce dernier point de la saisine pour avis de la commission d'appel d'offres des marchés de maîtrise d'oeuvre, rappelons la position ministérielle en réponse à la question écrite n° 20114 du député M. Bernard Derosier - JOANQ du 08 juillet 2008 page : 5963, en l'attente de jurisprudence :

« *La passation des marchés publics de maîtrise d'oeuvre obéit à un régime spécifique fixé par l'article 74 du code des marchés publics. Les dispositions de cet article prévoient notamment que les marchés de maîtrise d'oeuvre d'un montant supérieur aux seuils communautaires sont passés selon la procédure du concours ou, lorsque le concours n'est pas obligatoire, selon la procédure d'appel d'offres ou la procédure négociée après publicité et mise en concurrence préalable. Ainsi, les marchés de maîtrise d'oeuvre passés selon une procédure formalisée sont soumis pour avis, soit à un jury (concours ou procédure négociée), soit à une commission d'appel d'offres composée en jury (appel d'offres). Si l'article 19 de la loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit a modifié l'article 8 de la loi n° 95-127 du 8 février 1995 en disposant désormais que les avenants aux marchés*

publics, qui n'ont pas été soumis à la commission d'appel d'offres, ne sont pas eux-mêmes soumis à cet avis, il ressort de la lecture des travaux préparatoires de ce texte que cette disposition a uniquement pour but, de faciliter la passation des avenants des marchés passés, selon une procédure adaptée et non de faire également échapper à l'avis de la commission d'appel d'offres l'ensemble des avenants aux marchés de maîtrise d'oeuvre. Ainsi, les avenants aux marchés de maîtrise d'oeuvre passés selon une procédure formalisée doivent être soumis à l'avis de la commission d'appel d'offres dès lors qu'ils entraînent une augmentation du montant global du marché supérieure à 5%. La circonstance selon laquelle les marchés de maîtrise d'oeuvre ont été soumis à l'avis d'un jury ou d'une commission d'appel d'offres spécifique n'est pas de nature à les faire échapper à cet avis. »

*

**

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000028595221>

Conseil d'État

N° 365828

Mentionné dans les tables du recueil Lebon

7ème et 2ème sous-sections réunies

M. Frédéric Dieu, rapporteur, M. Bertrand Dacosta, rapporteur public, GEORGES ; SCP BOULLOCHE, avocat

Lecture du lundi 10 février 2014

REPUBLIQUE FRANCAISE - AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu le pourvoi sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 7 février et 6 mai 2013 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour la **société Arc Ame**, dont le siège est 10 rue Tesson à Paris (75010) ; la société Arc Ame demande au Conseil d'Etat :

- 1°) d'annuler l'arrêt n° 11DA01302 du 4 décembre 2012 par lequel la **cour administrative d'appel de Douai** a rejeté sa requête tendant, d'une part, à l'annulation du jugement n° 0703934 du 31 mai 2011 du tribunal administratif de Lille rejetant sa demande tendant à la condamnation de l'office public de l'habitat Pas-de-Calais Habitat à lui verser la somme de 33 097,27 euros, majorée des intérêts moratoires à compter du 12 juin 2006 ;
- 2°) réglant l'affaire au fond, de faire droit à ses conclusions d'appel ;
- 3°) de mettre à la charge de l'office public de l'habitat Pas-de-Calais Habitat le versement d'une somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code des marchés publics ;
Vu la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 ;
Vu le décret n° 93-1268 du 29 décembre 1993 ;
Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Frédéric Dieu, Maître des Requêtes,
- les conclusions de M. Bertrand Dacosta, rapporteur public ;

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Bouulloche, avocat de la société Arc Ame, et à Me Georges, avocat de l'office public de l'habitat Pas-de-Calais Habitat ;

1. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge du fond que l'office public de l'habitat Pas-de-Calais Habitat a confié la maîtrise d'oeuvre d'une opération de construction dont il était maître d'ouvrage à un groupement dont la société d'architecture Arc Ame était le mandataire ; que, par un jugement du 31 mai 2011, le tribunal administratif de Lille a rejeté la demande de la société Arc Ame tendant à la condamnation de l'office public de l'habitat Pas-de-Calais Habitat à lui verser, en complément du solde accepté par le maître de l'ouvrage dans le projet de décompte final, une somme de 33 097,27 euros correspondant à des travaux de maîtrise d'oeuvre effectués en plus des prestations prévues au marché ; que, par l'arrêt attaqué, la cour administrative d'appel de Douai a rejeté l'appel de la société Arc Ame tendant à l'annulation de ce jugement ;

2. Considérant qu'aux termes de **l'article 9 de la loi du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'oeuvre** : " *La mission de maîtrise d'oeuvre donne lieu à une rémunération forfaitaire fixée contractuellement. Le montant de cette rémunération tient compte de l'étendue de la mission, de son degré de complexité et du coût prévisionnel des travaux* " ; qu'aux termes de **l'article 30 du décret du 29 décembre 1993** relatif aux missions de maîtrise d'oeuvre confiées par des maîtres d'ouvrage publics à des prestataires de droit privé : " *Le contrat de maîtrise d'oeuvre précise, d'une part, les modalités selon lesquelles est arrêté le coût prévisionnel assorti d'un seuil de tolérance, sur lesquels s'engage le maître d'oeuvre, et, d'autre part, les conséquences, pour celui-ci, des engagements souscrits. (...) En cas de modification de programme ou de prestations décidées par le maître de l'ouvrage, le contrat de maîtrise d'oeuvre fait l'objet d'un avenant qui arrête le programme modifié et le coût prévisionnel des travaux concernés par cette modification, et adapte en conséquence la rémunération du maître d'oeuvre et les modalités de son engagement sur le coût prévisionnel* " ;

3. Considérant qu'il résulte des dispositions précitées que **le titulaire d'un contrat de maîtrise d'oeuvre est rémunéré par un prix forfaitaire couvrant l'ensemble de ses charges ainsi que le bénéfice qu'il en escompte, et que seules une modification de programme ou une modification de prestations décidées par le maître de l'ouvrage peuvent donner lieu, le cas échéant, à une augmentation de sa rémunération** ; qu'en outre, **le maître d'oeuvre qui effectue**

des missions ou prestations non prévues au marché de maîtrise d'oeuvre et qui n'ont pas été décidées par le maître d'ouvrage n'a droit à être rémunéré de ces missions ou prestations que lorsque, soit elles ont été indispensables à la réalisation de l'ouvrage selon les règles de l'art, soit le maître d'oeuvre a été confronté dans l'exécution du marché à des sujétions imprévues présentant un caractère exceptionnel et imprévisible, dont la cause est extérieure aux parties et qui ont pour effet de bouleverser l'économie du contrat ;

4. Considérant que, **dans l'hypothèse où une modification de programme ou de prestations a été décidée par le maître de l'ouvrage, le droit du maître d'oeuvre à l'augmentation de sa rémunération est uniquement subordonné à l'existence de prestations supplémentaires de maîtrise d'oeuvre utiles à l'exécution des modifications décidées par le maître de l'ouvrage ; qu'en revanche, ce droit n'est subordonné, ni à l'intervention de l'avenant qui doit normalement être signé en application des dispositions précitées de l'article 30 du décret du 29 décembre 1993, ni même, à défaut d'avenant, à celle d'une décision par laquelle le maître d'ouvrage donnerait son accord sur un nouveau montant de rémunération du maître d'oeuvre** ;

5. Considérant que, pour rejeter la demande d'augmentation de sa rémunération contractuelle présentée par la société Arc Ame à raison des prestations supplémentaires de maîtrise d'oeuvre réalisées en conséquence d'une modification du programme de travaux, la cour administrative d'appel de Douai s'est fondée sur la circonstance que, alors même qu'une telle modification du programme des travaux serait intervenue sur décision du maître de l'ouvrage, ce dernier n'avait pas donné, par voie d'avenant ou par décision à portée contractuelle, son accord sur le montant de la nouvelle rémunération du maître d'oeuvre ; qu'il résulte de ce qui a été dit ci-dessus qu'en statuant ainsi, la cour a entaché son arrêt d'une erreur de droit ;

6. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que, **sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de son pourvoi, la société Arc Ame est fondée à demander l'annulation de l'arrêt attaqué** ;

7. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mis à la charge de la société Arc Ame, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, le versement d'une somme au titre des frais exposés par l'office public de l'habitat Pas-de-Calais Habitat et non compris dans les dépens ; qu'il y a lieu, en revanche, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de l'office public de l'habitat Pas-de-Calais Habitat, sur le même fondement, une somme de 3 500 euros à verser à la société Arc Ame ;

DECIDE :

Article 1er : L'arrêt de la cour administrative d'appel de Douai du 4 décembre 2012 est annulé.

Article 2 : L'affaire est renvoyée à la cour administrative d'appel de Douai.

Article 3 : L'office public de l'habitat Pas-de-Calais Habitat versera une somme de 3 500 euros à la société Arc

Ame en application des dispositions de l'article L 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Les conclusions présentées par l'office public de l'habitat Pas-de-Calais Habitat en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 5 : La présente décision sera notifiée à la société Arc Ame et à l'office public de l'habitat Pas-de-Calais Habitat.

<http://www.localjuris.com>