

Conseil d'État, 10 février 2014, n° 367821, *Communauté d'agglomération Tour(s) Plus*, mentionné dans les tables du recueil Lebon ****
Décision Commentée

E-RJCP - mise en ligne le 17 mars 2014

Thèmes :

- Rémunération des missions de maîtrise d'œuvre régie par la loi « MOP » du 2 juillet 1985.
- Forfait provisoire de rémunération dans l'attente de la fixation du coût prévisionnel définitif.
- Maître de l'ouvrage et maître d'œuvre devant par la suite fixer le montant du forfait définitif de rémunération avant le lancement de la consultation des entreprises pour la passation des marchés de travaux
- Montant du forfait définitif de rémunération à déterminer à partir des études d'avant-projet définitif.
- Application des stipulations du contrat retenant comme élément de calcul du montant du forfait définitif de rémunération le coût prévisionnel des travaux évalué dans l'avant-projet définitif.

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'œuvre*, du III de l'article 19 du code des marchés publics et des articles 4, 29 et 30 du décret du 29 novembre 1993 *relatif aux missions de maîtrise d'œuvre confiées par des maîtres d'ouvrage publics à des prestataires de droit privé* que la **rémunération forfaitaire du maître d'œuvre** est notamment déterminée par le **coût prévisionnel des travaux**.

Dans l'**hypothèse** où ce coût ne peut **pas être établi** à la date de la conclusion du **contrat de maîtrise d'œuvre**, la rémunération forfaitaire du maître d'œuvre est fixée, **à titre provisoire**, compte tenu de l'estimation **prévisionnelle** provisoire des **travaux** ou de la partie affectée aux travaux de l'enveloppe financière prévisionnelle fixée par le maître de l'ouvrage.

Les parties au contrat doivent, **par la suite**, fixer le montant du **forfait définitif** de rémunération du maître d'œuvre en fonction du **coût prévisionnel des travaux** arrêté, **avant le lancement de la consultation des entreprises** pour la passation des marchés de travaux, à partir des **études d'avant-projet définitif**, lorsque la mission confiée au maître

d'œuvre comporte l'**assistance** au maître de l'ouvrage pour la passation du ou des **contrats de travaux** ;

La Cour administrative d'appel a relevé, par une appréciation souveraine exempte de dénaturation, **que le maître d'ouvrage** avait, avant le lancement de la consultation des entreprises, **entériné le coût prévisionnel de l'avant-projet définitif** des travaux évalué par le maître d'œuvre et qui a servi de base à cette consultation.

Elle a pu légalement en déduire, en application des **dispositions citées** ci-dessus et des **stipulations du contrat** dont elle a souverainement et sans dénaturation apprécié la portée et selon lesquelles un forfait provisoire de rémunération du maître d'œuvre était fixé **en fonction du coût prévisionnel provisoire des travaux dans l'attente de la fixation du coût prévisionnel définitif**, que les parties avaient décidé de retenir comme élément de **calcul du montant du forfait définitif** de rémunération le **coût prévisionnel des travaux** évalué dans l'**avant-projet définitif**.

► **Commentaire de Dominique Fausser :**

Cet arrêt du Conseil d'État vient confirmer les principes de rémunération du maître d'œuvre dans le cadre d'une mission de maîtrise d'œuvre régie par la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 *relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre*, dite loi « MOP » et son décret d'application du 29 décembre 1993, articulé avec l'article 19 du Code des marchés publics qui dispose que les marchés de maîtrise d'œuvre qui relèvent de la loi du 12 juillet 1985 sont au nombre de ceux qui sont passés à prix provisoires.

La logique de la loi « MOP » est de confier au maître d'œuvre pour les ouvrages de bâtiment une mission « *de base* » comprenant également l'élément de mission « *d'assistance au maître de l'ouvrage pour la passation du ou des contrats de travaux* ». D'autres éléments de missions peuvent être confiés au maître d'œuvre titulaire de la mission de base, ou à d'autres maîtres d'œuvre, comme des éléments de mission relative au diagnostic, ou la mission d'ordonnancement, de pilotage et de coordination du chantier (voir à titre d'exemple CAA de Lyon, 9 janvier 2014, n° 12LY02905, *Sté Ronzat et compagnie*, E-RJCP mise en ligne le 10 mars 2014, E-RJCP - mise en ligne le 10 mars 2014)

Le maître de l'ouvrage a parmi ses missions, celle d'arrêter l'enveloppe financière prévisionnelle de l'opération, donc un y compris celle des travaux, avant de signer le contrat de maîtrise d'œuvre.

Dans une mission de bases, selon l'article 3 du décret n° 93-1268 du 29 novembre 1993, le maître d'œuvre assure comme première mission « *Les études d'esquisse* » qui ont pour objet :

« a) *De proposer une ou plusieurs solutions d'ensemble, traduisant les éléments majeurs du programme, d'en indiquer les délais de réalisation et d'examiner leur compatibilité avec la partie de l'enveloppe financière prévisionnelle retenue par le maître de l'ouvrage et affectée aux travaux ;*
b) *De vérifier la faisabilité de l'opération au regard des différentes contraintes du programme et du site. »*

Dès ce stade des études esquisse, le maître d'œuvre est donc obligé de s'engager sur un projet dont il doit évaluer le coût prévisionnel des travaux au titre de l'examen de la comptabilité financière du projet qu'il soumet. Cette mission fait souvent l'objet même du concours de maîtrise d'œuvre lorsqu'un tel concours est organisé (sur ce point lire mes commentaires sous l'arrêt sous CAA de Lyon, 30 janvier 2014, n° 13LY00468, SARL Daniel Marot et a., E-RJCP - mise en ligne le 10 mars 2014).

Puis en suivant l'évolution des études, les engagements du maître d'œuvre quant au coût de travaux se précisent. L'article 4 du décret de 1993 dispose que les études d'avant-projet sommaire (APS) ont notamment pour objet d'établir une estimation provisoire du coût prévisionnel des travaux, puis que les études d'avant-projet définitif (APD) ont notamment pour objet d'établir l'estimation définitive du coût prévisionnel des travaux, décomposé en lots séparés.

Au titre de la rémunération du maître d'œuvre, l'article 29 du décret de 1993 précise notamment que « *Dans le cas où le coût prévisionnel des travaux n'est pas encore connu au moment de la passation du contrat avec le maître d'œuvre, le montant provisoire de la rémunération de ce dernier est basé sur la partie affectée aux travaux de l'enveloppe financière prévisionnelle fixée par le maître de l'ouvrage. »*

Comme pour les ouvrages de bâtiment, la mission de base s'impose, que le maître de l'ouvrage doit passer un contrat global (avec éventuellement une partie anticipée de type esquisse dans le cadre d'un concours) avant la réalisation des études du maître d'œuvre, et que le coût prévisionnel de l'opération ne sera arrêté qu'au stade de l'APD, la rémunération du maître d'œuvre sera nécessaire prévisionnelle au départ et devra devenir définitive au stade de l'APD selon l'articulation de l'ensemble de ces textes.

Par contre, si le marché de maîtrise d'œuvre en cause fait suite à un précédent contrat, aux termes duquel les études d'avant-projet, ayant vocation à permettre

d'identifier un coût prévisionnel, avaient déjà été réalisées, et que le nouveau contrat ne confie aux attributaires aucune mission en amont de la phase « études de projet » (par exemple à la suite de la défaillance d'un maître d'œuvre en cours d'exécution de sa mission et la passation d'un nouveau contrat), le forfait de rémunération avec les nouveaux maîtres d'œuvres serait alors définitivement fixé au contrat (CAA de Lyon, 14 mars 2013, n° 12LY00801, Société Sotrec Ingénierie).

La solution retenue par le Conseil d'État est donc sans réelle surprise.

Reste la question délicate du passage entre le forfait prévisionnel et le forfait définitif de rémunération.

Comme il est facile de l'imaginer, les intérêts entre le maître de l'ouvrage et le maître d'œuvre seront divergents.

Dans la présente affaire, l'augmentation importante du coût des travaux n'était pas due à une éventuelle carence du maître d'œuvre. Elle résulte de modifications au contenu du programme qui ont été apportées à l'initiative du maître de l'ouvrage. Grâce à l'obtention de subventions non prévues, il a pu inclure des prestations nouvelles en matière d'acoustique de cette réalisation d'un centre culturel dans un ancien presbytère.

Certes, en ce cas, le décret de 1993 dans son article 30 prévoit la passation d'un avenant :

« *III. - En cas de modification de programme ou de prestations décidées par le maître de l'ouvrage, 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. »*

Cependant, dans le cadre de leur pouvoir d'appréciation, les juges ont implicitement considéré que le maître de l'ouvrage avait accepté le nouveau montant des travaux. En effet, en lançant les marchés de travaux sur la base de leur estimation financière précisée à l'avant-projet définitif, le maître de l'ouvrage avait nécessairement entériné cette nouvelle estimation.

Il n'y avait donc pas d'ambiguïté sur l'accord des parties concernant cette nouvelle estimation.

D'autre part en l'espèce, il ressort du contenu de l'arrêt de la CAA de Nantes qui fait l'objet du présent recours en cassation (21 février 2013, n° 11NT01113, la SARL Robert Mander), que le contrat de maîtrise

d'oeuvre apportait déjà la solution du mode de rémunération du maître d'oeuvre en cas d'évolution du coût des travaux.

En effet, il disposait que « *le forfait définitif de rémunération est le produit du taux de rémunération fixé à l'article 3 de l'acte d'engagement par le montant du coût prévisionnel des travaux sur lequel s'engage le maître d'oeuvre* ».

Comme aux termes de l'acte d'engagement, la rémunération du maître d'oeuvre était fixée sur un pourcentage fixe de 11,30 % du coût prévisionnel des travaux, il suffisait d'appliquer simplement ce pourcentage au coût prévisionnel des travaux tel qu'il résultait de l'estimation définitive arrêtée au stade de l'APD.

Le contrat comprenait donc déjà l'ensemble des éléments pour déterminer cette rémunération sans qu'il ne soit besoin de passer par un avenant.

En dehors du contexte particulier cette affaire, où le maître d'oeuvre a été confronté à un maître d'ouvrage bien intransigeant et probablement pour des motifs de désorganisation de l'administration (la communauté de communes qui était maître d'ouvrage d'origine a été dissoute, la commune s'est retrouvée à achever les travaux et à régler les incidences financières de l'exécution de cet ouvrage, puis la communauté d'agglomération Tour(s)Plus a pris le relais), quelques considérations s'imposent.

À la lecture de cet arrêt, l'attention des acheteurs publics doit être portée sur les modalités de rédaction de leur contrat de maîtrise d'oeuvre. Un contrat rédigé uniquement en terme de pourcentage de rémunération, sans plus autre précaution, invitera le maître d'oeuvre et le juge à estimer qu'un tel pourcentage s'applique à l'estimation prévisionnelle des travaux qu'elle soit à titre provisoire ou définitif.

Or, a priori, l'augmentation du coût des travaux n'a pas de relation directe avec celles des coûts de maîtrise d'oeuvre. Cela peut même être le contraire, car la recherche de solutions d'économies prend souvent bien plus de temps aux concepteurs que de déchiffrer et suivre l'exécution de prestations supplémentaires.

De plus, il est toujours dangereux de laisser dans ce type de contrat des clauses qui inciteraient sans frein le maître de l'ouvrage à faire augmenter le coût des travaux et ainsi ses honoraires. Tout l'art de l'acheteur public résidera dans la rédaction d'un type de contrat trouvant un équilibre économique susceptible de satisfaire les deux parties.

Enfin, ma longue expérience dans ce domaine me permet d'affirmer que la principale difficulté d'exécution des prestations de maîtrise d'oeuvre provient déjà d'une tentation très fréquente chez les maîtres d'ouvrage publics à sous-estimer l'enveloppe prévisionnelle de l'opération au stade de la programmation.

Ces maîtres d'ouvrage mettent ainsi les maîtres d'oeuvre dans une situation délicate de jeu de poker menteur dans laquelle le maître d'oeuvre doit chercher à ne pas être éliminé de la concurrence en présentant un projet apparemment compatible avec cette sous-estimation, et une fois que son contrat est obtenu de chercher :

- soit à diminuer le contenu du programme sans en baisser le coût,
- soit à justifier de prétendues augmentations de coûts en surévaluant par exemple l'incidence de nouvelles normes,
- soit en surestimant des améliorations pouvant être apportées au projet, suffisamment alléchantes pour satisfaire un maître de l'ouvrage,
- soit au pire à tirer sur les coûts d'exécution parfois au détriment de la sécurité des usagers ou de la viabilité de l'ouvrage.

*

**

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000028595230>

Conseil d'État

N° 367821

Mentionné dans les tables du recueil Lebon

7ème et 2ème sous-sections réunies

Mme Natacha Chicot, rapporteur, M. Bertrand Dacosta, rapporteur public

SCP BOULLOCHE ; SCP COUTARD, MUNIER-APPAIRE, avocats

Lecture du lundi 10 février 2014

REPUBLIQUE FRANCAISE - AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu le pourvoi sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 18 avril et 16 juillet 2013 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour la **communauté d'agglomération Tour(s) Plus**, dont le siège est 60 avenue Marcel Dassault à Tours Cedex 3 (37206) ; la communauté d'agglomération Tour(s) Plus demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'arrêt n° 11NT01113 du 21 février 2013 par lequel la cour administrative d'appel de Nantes, à la demande de la société Robert Mander, a réformé le jugement n° 09-4614 du tribunal administratif d'Orléans du 18 février 2011 et porté à 52 155,74 euros TTC la somme que la communauté d'agglomération, venant aux droits de la commune de Villandry, a été condamnée à verser à cette société ;

2°) réglant l'affaire au fond, de rejeter la requête de la société Robert Mander ;

3°) de mettre à la charge de la société Robert Mander le versement des sommes de 3 000 euros et 35 euros au titre

des articles L. 761-1 et R. 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 novembre 1993 ;

Vu le code de justice administrative ;
Après avoir entendu en séance publique :
- le rapport de Mme Natacha Chicot, Auditeur,
- les conclusions de M. Bertrand Dacosta, rapporteur public ;

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Bouloche, avocat de la communauté d'agglomération Tour(s) Plus, et à la SCP Coutard, Munier-Apaire, avocat de la société Robert Mander ;

1. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que, par un marché en date du 15 juillet 2003, la communauté de communes " La Confluence " a conclu avec la société Robert Mander un **contrat de maîtrise d'oeuvre** couvrant l'ensemble des opérations nécessaires à la réalisation d'un centre culturel dans l'ancien presbytère de la commune de Villandry, des études de diagnostic à l'assistance aux opérations de **réception** ; qu'à la suite du refus opposé par la commune de Villandry, venue aux droits de la communauté de communes " La Confluence ", de faire droit au paiement de situations d'honoraires correspondant, selon la société Robert Mander, au forfait de rémunération dont les parties au contrat de maîtrise d'oeuvre étaient convenues, cette dernière a saisi le tribunal administratif d'Orléans ; que la communauté d'agglomération Tour(s) Plus, venue aux droits de la commune de Villandry, se pourvoit contre l'arrêt du 21 février 2013 par lequel la cour administrative d'appel de Nantes, réformant le jugement rendu le 18 février 2011 par ce tribunal, l'a condamnée à verser la somme de 52 155,74 euros TTC à la société Robert Mander ;

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'en vertu du **III de l'article 19 du code des marchés publics**, les marchés de **maîtrise d'oeuvre** qui relèvent de la loi du 12 juillet 1985 précitée sont au nombre de ceux qui sont passés à **prix provisoires** ; qu'aux termes de **l'article 4 du décret du 29 novembre 1993 relatif aux missions de maîtrise d'oeuvre confiées par des maîtres d'ouvrage publics à des prestataires de droit privé** : " *Les études d'avant-projet comprennent des études d'avant-projet sommaire et des études d'avant-projet définitif. / I. Les études d'avant-projet sommaire ont pour objet : / (...) / e) d'établir une estimation provisoire du coût prévisionnel des travaux. / II. Les études d'avant-projet définitif ont pour objet : / (...) / d) d'établir l'estimation définitive du coût prévisionnel des travaux,*

*décomposé en lots séparés ; / e) de permettre au maître de l'ouvrage d'arrêter définitivement le programme ; / f) de permettre l'établissement du forfait de rémunération dans les conditions prévues par le contrat de maîtrise d'oeuvre. / (...) " ; qu'aux termes de **l'article 29 du même décret** : " *Le contrat fixe la rémunération forfaitaire du maître d'oeuvre. Cette rémunération décomposée par éléments de mission tient compte : / (...) / c) Du coût prévisionnel des travaux basé soit sur l'estimation prévisionnelle provisoire des travaux établie par le maître d'oeuvre lors des études d'avant-projet sommaire, soit sur l'estimation prévisionnelle définitive des travaux établie lors des études d'avant-projet définitif. / Dans le cas où le coût prévisionnel des travaux n'est pas encore connu au moment de la passation du contrat avec le maître d'oeuvre, le montant provisoire de la rémunération de ce dernier est basé sur la partie affectée aux travaux de l'enveloppe financière prévisionnelle fixée par le maître de l'ouvrage. / (...) " ; qu'aux termes de **l'article 30 de ce décret** : " *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. / I. Lorsque la mission confiée au maître d'oeuvre comporte l'assistance au maître de l'ouvrage pour la passation du ou des contrats de travaux, le contrat prévoit l'engagement du maître d'oeuvre de respecter le coût prévisionnel des travaux arrêté au plus tard avant le lancement de la procédure de passation du ou des contrats de travaux. (...)* " ;**

3. Considérant qu'il résulte de ces dispositions que la **rémunération forfaitaire du maître d'oeuvre est notamment déterminée par le coût prévisionnel des travaux** ; que dans l'hypothèse où ce coût ne peut être établi à la date de la conclusion du contrat de maîtrise d'oeuvre, la **rémunération forfaitaire du maître d'oeuvre est fixée, à titre provisoire, compte tenu de l'estimation prévisionnelle provisoire des travaux ou de la partie affectée aux travaux de l'enveloppe financière prévisionnelle fixée par le maître de l'ouvrage** ; que les parties au contrat doivent, par la suite, fixer le montant du forfait définitif de rémunération du maître d'oeuvre en fonction du **coût prévisionnel des travaux arrêté, avant le lancement de la consultation des entreprises pour la passation des marchés de travaux, à partir des études d'avant-projet définitif, lorsque la mission confiée au maître d'oeuvre comporte l'assistance au maître de l'ouvrage pour la passation du ou des contrats de travaux** ;

4. Considérant que la cour administrative d'appel a relevé, par une appréciation souveraine exempte de dénaturation, que le maître d'ouvrage avait, avant le lancement de la consultation des entreprises, entériné le **coût prévisionnel de l'avant-projet définitif des travaux évalué par le maître d'oeuvre et qui a servi de base à cette consultation** ; qu'elle a pu légalement en déduire, en application des dispositions citées ci-dessus et des stipulations du contrat dont elle a souverainement et sans dénaturation apprécié la portée et selon lesquelles **un forfait provisoire de rémunération du maître d'oeuvre était fixé en fonction du coût prévisionnel provisoire des travaux dans l'attente de la fixation du coût prévisionnel définitif, que les parties avaient décidé de retenir comme élément de calcul du montant du forfait**

définitif de rémunération le coût prévisionnel des travaux évalué dans l'avant-projet définitif ;

5. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que le pourvoi de la communauté d'agglomération Tour(s) Plus doit être rejeté ;

6. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme soit mise à ce titre à la charge de la société Robert Mander qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante ; qu'en revanche, il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, en application de ces dispositions, de mettre à la charge de la communauté d'agglomération Tour(s) Plus la somme de 3 000 euros à verser à la société Robert Mander au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ; qu'enfin, il y a lieu de laisser à la charge de la communauté d'agglomération Tour(s) Plus la contribution pour l'aide juridique prévue à l'article R. 761-1 du code de justice administrative ;

DECIDE :

Article 1er : Le pourvoi de la communauté d'agglomération Tour(s) Plus est rejeté.

Article 2 : La communauté d'agglomération Tour(s) Plus versera à la société Robert Mander la somme de 3 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente décision sera notifiée à la communauté d'agglomération Tour(s) Plus et à la société Robert Mander.