

Forfait évolutif et engagements du maître d'œuvre : gages de la maîtrise des coûts d'une construction publique de qualité ?

REVUE CONTRATS PUBLICS - N°
266 -

Dossier - 40 ans de la loi MOP : bilan, enjeux et évolutions

Olivier Caron

Avocat associé CLL Avocats

Claire Meyer

Avocate collaboratrice CLL Avocats

Quatre décennies après sa promulgation, la loi MOP continue de structurer les opérations de construction publique, notamment *via* les modalités de rémunération et d'engagement des maîtres d'œuvre. Mais comment l'évolution de la rémunération provisoire et l'encadrement contractuel des engagements du maître d'œuvre impactent-ils la juste rémunération et la maîtrise effective des coûts ?

La réforme de 1973 avait modifié en profondeur les principes et les modalités de la rémunération des concepteurs dans les opérations de construction publique, avec pour objectif clairement exprimé de changer les comportements et les structures professionnelles ⁽¹⁾.

Il était reproché à la réglementation antérieure une absence d'incitation à la réduction du coût et un calcul des honoraires ne tenant compte ni de la complexité des tâches ni de leur dégressivité en fonction du coût des travaux.

En réaction, le mécanisme correcteur suivant a été imaginé : fixation de la rémunération *a priori* en fonction d'un coût d'objectif sur lequel s'engage le concepteur, avec une marge de tolérance, les honoraires variant alors selon le respect ou non de cet engagement. Afin d'assurer la mise en concurrence des acteurs concernés, ce système a été accompagné d'une normalisation des missions d'ingénierie et d'architecture qui faisait défaut jusqu'alors en France.

La mise en œuvre de ce système de rémunération avait pour objet de favoriser les concepteurs ayant une idée suffisamment précise du coût réel des solutions proposées dès la réalisation des études.

Ce principe de rémunération du maître d'œuvre, considéré comme vertueux, a été consacré en 1985 par la loi MOP désormais codifiée dans le Code de la commande publique. De prime abord, il vise à suffisamment bien rémunérer le maître d'œuvre, tout en le responsabilisant sur le respect de l'enveloppe budgétaire.

Reste à savoir, après un demi-siècle de pratique, si les objectifs poursuivis sont effectivement atteints.

Nous nous attarderons successivement sur l'évolution de la rémunération provisoire du maître d'œuvre et l'encadrement des engagements du maître d'œuvre au regard des dispositions du Code de la commande publique issues de la loi MOP.

Recherche de la juste rémunération du maître d'œuvre au travers d'un forfait évolutif

La réalisation d'une opération de construction publique s'inscrit dans un temps souvent long, empreint d'incertitude et d'évolution, qui implique de fixer dans le contrat de maîtrise d'œuvre les modalités d'une rémunération équilibrée à l'avancement du projet en vue d'assurer la qualité de la construction et les exigences architecturales.

Dans cet état d'esprit, la liberté contractuelle a été encadrée dans la définition des missions et dans les modalités de fixation de rémunération de la maîtrise d'œuvre. Les textes imposent ainsi notamment de prévoir dès la conclusion du marché une rémunération forfaitaire liée au coût des travaux appelée à évoluer par le jeu d'une clause de réexamen à mesure que la concrétisation du projet se précise.

Obligation de fixer un forfait dès la conclusion du marché

Conformément à l'article L. 2432-1 du Code de la commande publique, la rémunération du maître d'œuvre est forfaitaire et décomposée par éléments de mission ⁽²⁾, lesquels sont définis à l'annexe 20 du Code précité ⁽³⁾. Afin d'instaurer une juste rémunération du maître d'œuvre, trois paramètres doivent être pris en compte : l'étendue de la mission, le degré de complexité de cette mission, le coût prévisionnel des travaux.

Pour parvenir à cet objectif, la MIQCP a élaboré à l'issue d'une concertation approfondie avec les maîtres d'ouvrage et les professionnels de la maîtrise d'œuvre un guide à l'attention des maîtres d'ouvrage publics pour la négociation des rémunérations de maîtrise d'œuvre, qui n'a aucune valeur normative ou réglementaire ⁽⁴⁾.

Dans ce guide, la MIQCP recommande, même si l'exercice est difficile, que la proposition financière du maître d'œuvre explicite le temps à passer, les moyens à consacrer et le prix de vente. La clarté sur les temps et moyens nécessaires en particulier pour mener les études dans des conditions satisfaisantes aide à calibrer la rémunération des études de conception, indépendamment de l'estimation des travaux donnée par le maître d'ouvrage.

Il n'en demeure pas moins que le guide de la MIQCP propose une méthode de négociation qui s'appuie sur une appréciation de la complexité du projet en fonction du type d'ouvrage, des caractéristiques propres de l'opération, dont les modalités reposent aussi sur le coût des travaux. Autrement dit, le coût des travaux est une donnée cardinale, qui interfère dans tous les paramètres de détermination du forfait.

En toute hypothèse, la négociation doit être conduite de manière à installer un rapport de confiance entre le maître d'ouvrage et le maître d'œuvre, indispensable pour mener à bien le projet ⁽⁵⁾. À cet égard, le maître d'ouvrage doit se garder de réduire cette étape clé en une discussion purement financière, allant éventuellement jusqu'à solliciter un rabais commercial, sans évoquer le contenu de la mission ⁽⁶⁾.

Empreint de cette même perception, et sans doute dans un souci d'appréhender une juste rémunération au regard du coût des travaux sur laquelle pourraient s'entendre le maître d'ouvrage et le maître d'œuvre, l'article R. 2432-6 du Code de la commande publique impose, comme référence à prendre en compte, l'estimation du maître d'œuvre pour la réalisation du projet au stade des études d'avant-projet.

Dans la grande majorité des cas, ce coût n'est cependant pas connu au moment de la passation du marché de maîtrise d'œuvre. C'est la raison pour laquelle les marchés de maîtrise d'œuvre sont généralement conclus à prix provisoire, avec l'insertion d'une clause de réexamen pour fixer le prix définitif. Pendant la période intermédiaire, le montant provisoire de la rémunération repose sur la partie affectée aux travaux de l'enveloppe financière prévisionnelle fixée par le maître d'ouvrage [\(7\)](#).

Forfait évolutif en application d'une clause de réexamen

Conformément à l'article R. 2194-1 du Code de la commande publique, le passage du montant provisoire au montant définitif de la rémunération peut s'opérer, sans limite de montant, à la double condition que les modalités de fixation du prix définitif figurent dès la conclusion du marché et que la clause soit suffisamment claire, précise et sans équivoque [\(8\)](#).

Suivant ces principes, la clause de réexamen détermine à tout le moins l'échéance à laquelle le prix provisoire deviendra définitif et les conditions dans lesquelles le prix définitif du marché de maîtrise d'œuvre sera fixé.

Certains paramètres de cette clause sont encadrés par le Code de la commande publique.

D'abord, la référence à prendre en compte pour la fixation du forfait définitif de rémunération est l'estimation du coût prévisionnel des travaux, telle qu'établie par le maître d'œuvre dans le cadre des études d'avant-projet définitif pour les ouvrages de bâtiment [\(9\)](#), ou dans le cadre des études d'avant-projet pour les ouvrages d'infrastructure [\(10\)](#).

Ensuite, et cela tombe sous le sens, dès lors que la mission du maître d'œuvre comporte l'assistance au maître de l'ouvrage pour la passation des marchés de travaux (AMT), le coût prévisionnel des travaux servant de référence doit nécessairement être arrêté avant le lancement de la consultation des entreprises.

Pour le reste, les contractants disposent d'une large marge de manœuvre, sous réserve de ne pas aboutir, à programme constant, à un montant inférieur à la rémunération provisoire.

Le système le plus habituellement pratiqué consiste à conserver le taux adopté pour la rémunération provisoire et de l'appliquer à l'estimation prévisionnelle retenue au stade des études d'avant-projet.

Pour sa part, l'ordre des architectes met librement à disposition sur son site internet un modèle de marché de maîtrise d'œuvre pour les opérations de bâtiment, rédigé dans le cadre d'un groupe de travail regroupant la MIQCP et les représentants des principales organisations professionnelles de la maîtrise d'œuvre. La clause de réexamen prévue dans le modèle de CCAP propose des modalités de fixation du montant définitif élaborées, à l'instar du CCAG maîtrise d'œuvre, dans une recherche d'équilibre du contrat et de respect des intérêts de la maîtrise d'ouvrage. [\(11\)](#)

Cependant, il est observé actuellement une tendance des acheteurs publics à insérer des clauses relatives à la fixation du prix définitif restreignant la majoration du prix provisoire. Si la logique peut s'entendre, sous forme de correctif, en cas d'augmentation des coûts de construction liée à l'inflation du prix des matériaux, elle se comprend moins dans une vision à long terme de l'équilibre économique du projet qui s'apprécie au regard du coût des travaux, d'exploitation et de maintenance, et non à l'aune de la rémunération des prestataires intellectuels travaillant à l'optimisation de ces dépenses. Cette approche peut être vécue comme une défiance mal placée envers le maître d'œuvre susceptible de rejaillir sur la maîtrise du coût des travaux, comme nous le verrons ci-après.

Recherche d'un contrôle du coût des travaux au travers des engagements du maître d'œuvre

D'une manière générale, et encore plus particulièrement en période de restriction budgétaire, la maîtrise des coûts du projet est une préoccupation constante pour les maîtres d'ouvrage publics.

Le mécanisme prévu par le Code de la commande publique et issu de la loi MOP permet de répondre à cette attente.

Dès le lancement du projet, en amont de la désignation du maître d'œuvre, le maître d'ouvrage public circonscrit l'opération de construction dans un budget prévisionnel qui comporte une estimation des travaux à réaliser. Cette donnée essentielle doit être portée à la connaissance du maître d'œuvre dans les documents de consultation en même temps que la description de l'ouvrage envisagé. Pour permettre un véritable engagement du maître d'œuvre sur le coût des travaux, elle doit être réaliste.

Une des difficultés, régulièrement rencontrée en pratique, est l'absence d'adéquation entre les besoins exprimés dans le programme et l'estimation des travaux arrêtée par le maître d'ouvrage public. Il n'est pas rare que le maître d'ouvrage public décide néanmoins de réaliser l'opération, en toute connaissance de cause, en espérant que les études de conception corrigent la quadrature du cercle ou qu'il bénéficie de financement complémentaire dans un second temps.

Un jeu de dupe risque alors de se mettre en place, au détriment souvent de la bonne réalisation de l'opération de construction publique et du maître d'œuvre en raison des engagements qui lui sont imposés. Le maître d'œuvre, soucieux d'être retenu, se garde bien souvent d'alerter trop fort son maître d'ouvrage sur l'inadéquation entre le programme et le budget à l'occasion de la consultation. Après la conclusion du marché de maîtrise d'œuvre, se joue alors une partie compliquée où il est attendu des études de conception qu'elles respectent tant le programme que l'estimation des travaux arrêtée par le maître d'ouvrage, alors que la rémunération des études de conception a été par définition sous-évaluée en référence à un coût de travaux insuffisant.

Cet écueil est malheureusement rencontré de plus en plus fréquemment en période de contraintes budgétaires et de tensions économiques dans le secteur de la construction publique conduisant à une concurrence féroce entre les maîtres d'œuvre pour obtenir les marchés publics.

Ce hiatus est facteur de dysfonctionnements pouvant rejaillir pendant tout le cycle du projet : la conception s'avère insuffisamment aboutie, la réalisation des travaux s'en trouve compliquée et la période de chantier allongée, l'entretien et la maintenance ne sont pas optimisés. L'opération est finalement réalisée, comme le souhaitait le maître d'ouvrage public au lancement du projet, mais avec une qualité moindre et un coût budgétaire plus élevé que si elle avait été initiée dès le départ sur des bases réalistes.

En d'autres termes, un véritable engagement du maître d'œuvre sur le coût global des travaux nécessaire pour réaliser le projet est directement tributaire d'une évaluation réaliste du montant desdits travaux par le maître d'ouvrage public au regard de la description de

l'ouvrage projeté.

Cela étant, le processus de réalisation des études de conception permet au maître d'ouvrage de préciser et de valider l'enveloppe financière affectée aux travaux au fur et à mesure de l'avancement des études. Il s'agit d'autant d'occasions offertes au maître d'ouvrage et au maître d'œuvre de corriger le tir en temps utile. Encore faut-il qu'un dialogue sincère puisse se nouer entre eux. Les engagements à insérer dans le marché de maîtrise d'œuvre devraient aider à s'inscrire dans cette démarche.

L'article R. 2432-2 du Code de la commande publique impose de mentionner dans le marché public de maîtrise d'œuvre, d'une part, les modalités selon lesquelles est arrêté le coût prévisionnel des travaux assorti d'un seuil de tolérance, sur lesquels s'engage le maître d'œuvre et, d'autre part, les conséquences, pour celui-ci, des engagements souscrits.

Deux engagements distincts et successifs sont demandés au maître d'œuvre : l'un à la phase études, l'autre à la phase travaux.

Engagement ferme en phase études

Dès lors que l'assistance au maître d'ouvrage pour la passation des marchés publics de travaux est confiée au maître d'œuvre, le marché doit prévoir un engagement à respecter le coût prévisionnel des travaux ⁽¹²⁾, qui est appelé à être actualisé en cas de modification de programme ou de prestations demandée par le maître d'ouvrage ⁽¹³⁾.

Sauf à ce que des données techniques manquent au moment où l'engagement devrait être pris ⁽¹⁴⁾, cette obligation doit impérativement figurer dans le marché de maîtrise d'œuvre.

L'engagement doit être arrêté au plus tard avant le lancement de la procédure de passation des marchés publics de travaux.

Si le texte n'encadre pas les conditions dans lesquelles le coût prévisionnel est arrêté, il est évident que l'estimation donnée par le maître d'œuvre objet de son engagement doit recueillir l'accord du maître d'ouvrage, éventuellement après discussion. Il n'est pas concevable de poursuivre une opération de construction publique autrement.

En pratique, pour éviter les péréquations complexes, il est recommandé d'établir à la même date de valeur l'estimation prévisionnelle et la rémunération du maître d'œuvre. Il est aussi recommandé de retenir la même référence pour la fixation du forfait définitif et l'engagement du maître d'œuvre.

Le principe d'un seuil de tolérance est prévu par le texte sans indication de valeur de référence. De manière supplétive, le CCAG maîtrise d'œuvre prévoit en son article 13.2 des modalités de calcul avec un seuil de tolérance de 5 % pour les opérations de construction neuve et de 10 % pour les opérations de réhabilitation.

Le respect de cet engagement est contrôlé à l'issue de la consultation des opérateurs économiques chargés des travaux ⁽¹⁵⁾. Le marché peut prévoir les modalités de calcul du coût des travaux résultant de la mise en concurrence. Généralement, de manière empirique, il est appréhendé en additionnant le montant des offres jugées, tous critères confondus, comme les plus intéressantes par le maître d'ouvrage.

En cas de dépassement du seuil de tolérance, le maître d'ouvrage peut demander au maître d'œuvre d'adapter ses études, sans rémunération supplémentaire. En revanche, il est interdit d'ajouter ou de substituer à la reprise gratuite des études une sanction financière ⁽¹⁶⁾.

Conformément au texte, la reprise des études doit être prévue comme une possibilité, le maître d'ouvrage ayant tout loisir de conserver le projet en l'état et d'augmenter en conséquence l'enveloppe budgétaire allouée aux travaux. Il peut aussi abandonner le projet et résilier le marché de maîtrise d'œuvre en conséquence. À cette étape de validation, le choix est donc binaire : réaliser un projet adapté ou l'abandonner. Les maîtres d'ouvrage, qui peinent à accepter le caractère radical de l'alternative, peuvent nourrir un ressentiment envers le maître d'œuvre jugé responsable du décalage par rapport au souhait initialement projeté.

Quoi qu'il en soit, l'adaptation des études de conception sans rémunération supplémentaire s'entend uniquement si le dépassement ne résulte pas de circonstances que le maître d'œuvre ne pouvait prévoir ⁽¹⁷⁾. En ces temps tourmentés où se succèdent les crises à l'échelle mondiale affectant les coûts de la construction, il est de plus en plus difficile d'apprécier l'économie d'un projet sans qu'il soit toujours possible d'en faire le reproche au maître d'œuvre. Ces aléas méritent d'être pris en considération soit en augmentant le taux de tolérance, soit en ayant une compréhension souple de ce qui est prévisible par le maître d'œuvre.

Engagement diffus en phase travaux

Le marché doit prévoir l'engagement du maître d'œuvre de respecter le coût des travaux dès lors que, outre l'AMT, la DET et l'AOR sont confiées au maître d'œuvre ⁽¹⁸⁾.

L'engagement repose sur une nouvelle référence, à savoir le coût résultant des marchés publics de travaux passés par le maître d'ouvrage, et sur un nouveau seuil de tolérance à indiquer dans le marché de maîtrise d'œuvre. De manière supplétive, le CCAG maîtrise d'œuvre prévoit en son article 13.2 des modalités de calcul avec un seuil de tolérance de 3 % pour les opérations de construction neuve et de 5 % pour les opérations de réhabilitation.

Le contrôle s'opère, après exécution complète des travaux nécessaires à la réalisation de l'ouvrage, en tenant compte du coût total définitif des travaux résultant des décomptes finaux et factures des opérateurs économiques chargés des travaux.

En pratique, le mécanisme peut par lui-même s'avérer bien souvent mal aisé à mettre en œuvre dès lors que des contentieux sont initiés par les entreprises en contestation de leurs décomptes généraux. Ces actions retardent d'autant la détermination du coût définitif des travaux effectivement dû par le maître d'ouvrage. Afin d'assurer une cohérence d'ensemble aux actions pouvant être menées, il nous paraît préférable de prévoir des stipulations spécifiques. Celles-ci doivent opérer clairement une déconnexion entre la vision partagée par le maître d'ouvrage et le maître d'œuvre du coût final des travaux sur la base du décompte final des entreprises, d'une part, et les recours contentieux des entreprises actant de fait un désaccord les concernant sur ce coût, d'autre part.

Dit autrement, le bilan du coût cumulé des travaux doit être apprécié en fin d'opération, indépendamment des réclamations des entreprises. Cela permet de solder les comptes entre le maître d'ouvrage et le maître d'œuvre, sans attendre les issues contentieuses. En tout état de cause, le maître d'œuvre ne saurait être pénalisé au titre de l'engagement sur le coût des travaux sur la base, parfois fragile, des prétentions indemnitaires des entreprises ⁽¹⁹⁾.

Pour contrôler le respect de l'engagement du maître d'œuvre, le marché public de maîtrise d'œuvre doit prévoir les modalités de prise en compte des variations des conditions économiques, le plus simple pour assurer cette péréquation étant de comparer des montants hors

révision de prix.

La sanction à inscrire au marché est, cette fois, nécessairement financière. Le marché public de maîtrise d'œuvre doit en déterminer les modalités de calcul, sachant que son effet est plafonné à 15 % de la rémunération correspondant aux éléments de missions postérieures à l'attribution des marchés publics de travaux, soit les éléments de mission DET, AOR, voire OPC [\(20\)](#).

Classiquement, dans le prolongement de l'encadrement de la jurisprudence administrative, il est considéré que tous les sujets imputables au maître d'œuvre, dont les erreurs de conception, doivent être comptabilisés pour vérifier le respect de cet engagement [\(21\)](#). Le mécanisme retenu dans le modèle de marché mis à disposition par l'ordre des architectes retient d'ailleurs cette acception.

Cela étant, sous couvert de clarifier l'état du droit, le décret n° 2022-1683 du 28 décembre 2022 est venu préciser que seul le dépassement résultant d'un manquement du maître d'œuvre dans ses éléments de mission de DET et AOR est pris en compte dans l'augmentation du coût des travaux.

La nouvelle rédaction interpelle.

D'abord, littéralement, il en résulte que toutes les erreurs commises par le maître d'œuvre pendant la phase de conception ne devraient plus être prises en considération. Il ne peut en effet être considéré qu'identifier et corriger une erreur de conception pendant le chantier constitue un manquement dans les éléments de mission DET et AOR. Tout au plus, il pourrait être, selon le cas, reproché au maître d'œuvre de tarder à apporter la correction nécessaire. Est ainsi créé un effet cliquet interdisant de sanctionner contractuellement le maître d'œuvre pour des erreurs de conception dont l'incidence économique est identifiée tardivement. L'un des mécanismes correcteurs initialement imaginés perd de son utilité.

Ensuite, seules resteraient sanctionnables les erreurs commises par le maître d'œuvre dans le suivi et la réception des travaux. La caractérisation et la valorisation de ces erreurs nous paraissent bien ardues à mettre en œuvre. De notre point de vue, seules des erreurs dans le suivi financier des marchés de travaux (validation de paiements d'acomptes au-delà de l'avancement des travaux, erreurs de calcul des acomptes, prestations non exécutées ou intégration de travaux supplémentaires non dus dans le décompte général du marché de travaux) pourraient concrètement être sanctionnées à ce titre désormais.

Conclusion

Le système de rémunération mis en place échoue, après analyse, à assurer une juste rémunération du maître d'œuvre et la maîtrise des coûts de l'opération de construction publique en toutes circonstances. Comme exposé, les correctifs pensés par les rédacteurs des textes peinent à être mis œuvre en pratique. Au-delà du caractère vertueux ou non des mécanismes, c'est la réalité des échanges dans une écoute mutuelle et l'instauration d'un lien de confiance qui permettent de remplir les objectifs poursuivis par les textes. À défaut, la maîtrise des coûts d'une construction de qualité ne peut être garantie.

Les difficultés rencontrées dans la recherche de cet équilibre contractuel ne sont pas neutres dans la promotion des marchés globaux, que les acheteurs publics voient comme la pierre philosophale de la sanctuarisation du budget sans avoir toujours conscience des complications associées.

1) Décret n° 73-207 du 28 février 1973 relatif aux conditions de rémunération des missions d'ingénierie et d'architecture remplies pour le compte des collectivités publiques par des prestataires de droit privé.

2) CCP, art. R. 2432-6.

3) Arrêté du 22 mars 2019 (NOR : ECOM1830228A), précisant les modalités techniques d'exécution des éléments de mission de maîtrise d'œuvre confiés par des maîtres d'ouvrage publics à des prestataires de droit privé.

4) CE 27 mai 1998, Syndicat national du béton armé des techniques industrialisées et de l'entreprise générale, req. n° 161547, *Rec. CE*, tables.

5) MIQCP, « Guide à l'intention des maîtres d'ouvrage publics pour la négociation des rémunérations de maîtrise d'œuvre », 2019, p. 8.

6) MIQCP, « Guide à l'intention des maîtres d'ouvrage publics pour la négociation des rémunérations de maîtrise d'œuvre », 2019, p. 4.

7) CCP, art. R. 2432-7.

8) CCP, art. R. 2432-7.

9) CCP, art. R. 2431-11 et R. 2431-22 définissant l'élément de mission APD respectivement pour la construction neuve et la réhabilitation.

10) CCP, art. R. 2431-26.

11) ?<https://www.architectes.org/mon-compte/contratheque?>

12) CCP, art. R. 2432-3.

13) CCP, art. L. 2421-5.

14) CCP, art. R. 2432-5.

15) CCP, art. R. 2432-3.

16) CAA Lyon 26 avril 2018, req. n° 16LY00136.

17) Précision apportée par le décret n° 2022-1683 du 28 décembre 2022.

18) CCP, art. R. 2432-4.

19) Le maître d'ouvrage ne s'en trouverait pas pour autant lésé. Il n'a pas à être condamné pour des manquements du maître d'œuvre vis-à-vis des entreprises conformément à la jurisprudence *Région Haute-Normandie* (CE 5 juin 2013, req. n° 352917 : *Rec. CE*, tables) et peut toujours appeler en garantie le maître d'œuvre pour les travaux supplémentaires en litige en application de la jurisprudence *CA Grand Troyes* (CE 20 décembre 2017, req. n° 401747 : *Rec. CE*, tables).

20) Lorsqu'il est confié au maître d'œuvre dans le même contrat.

21) V. p. ex. CAA Douai 4 avril 2019, req. n° 16DA01505.