

GP20120505015

Gazette du Palais, 05 mai 2012 n° 126, P. 27 - Tous droits réservés

**Marchés publics****Marchés de maîtrise d'œuvre : prix provisoire ou quasi-définitif ?****À propos de TA Paris, 6 janvier 2012, Réaménagement du quartier des Halles (Paris)**

Par un jugement du 6 janvier 2012, le tribunal administratif de Paris a annulé l'avenant au marché de maîtrise d'œuvre conclu pour le réaménagement du quartier des Halles à Paris, au motif que celui-ci opérait une augmentation du prix provisoire initial du marché de plus de 29 %, en violation des dispositions de l'article 20 du Code des marchés publics. La sévérité de ce jugement pourrait, à première analyse, surprendre, d'autant que les marchés de maîtrise d'œuvre présentent la particularité d'être conclus pour un prix provisoire pouvant évoluer après la conclusion du marché. Faut-il déduire de cette décision que ces marchés doivent désormais obligatoirement prévoir un prix définitif dès leur conclusion ? Cette interrogation mérite d'être examinée au regard de l'ampleur des enjeux en cause.

Devenu inadapté aux 75 000 voyageurs qui y transitent chaque jour, le quartier des Halles, situé au cœur de Paris, devait être restructuré et modernisé. La vidéo mise en ligne sur le site [www.parisleshalles.fr](http://www.parisleshalles.fr) donne une bonne idée de l'ambition du projet de réaménagement de ce quartier mené par la Ville de Paris : création d'un nouveau jardin devant l'Église Saint-Eustache et d'un quartier piéton étendu, restructuration des voiries souterraines, création de la « Canopée », « édifice inspiré de la nature » qui reliera les espaces souterrains à la surface, réorganisation de la gare RER, du Forum et des accès <sup>(1)</sup>.

Si ce projet n'a pas pour objet de faire « table rase » du passé, il n'en constitue pas moins une véritable rénovation en profondeur du quartier <sup>(2)</sup>, évaluée à 120 millions d'euros.

Pour réaliser cette opération, la société Semparis, mandataire de la Ville de Paris, a lancé et attribué un marché de maîtrise d'œuvre à un groupement momentané d'entreprises constitué de la Selarl Patrick B et Jacques A Architectes, de la SAS Ingerop et de la société Base Consultants, pour un montant fixé initialement à un prix provisoire <sup>(3)</sup> de 120 millions d'euros, comme le permet le Code des marchés publics pour les marchés de maîtrise d'œuvre.

Comme c'est fréquemment le cas pour des opérations complexes de cette ampleur, des avenants ont modifié le montant initial du projet. Trois avenants ont ainsi été conclus, opérant une augmentation globale de 29,17 % du coût de l'opération, passant des 120 millions d'euros initialement prévus à 155 millions d'euros.

Considérant que cette augmentation avait pour effet de bouleverser l'économie du marché initial, le préfet, auquel l'avenant n° 3 a été régulièrement transmis, a introduit un déféré préfectoral contre ce dernier avenant.

Le tribunal administratif de Paris <sup>(4)</sup> a fait droit à la demande du préfet et a annulé l'avenant, en raison du vice particulièrement grave l'entachant, différant l'effet de cette annulation au 31 mai 2012, afin de laisser le temps aux parties de conclure, si elles le souhaitent, un nouvel avenant régulier.

En d'autres circonstances, la même juridiction a fait preuve d'une plus grande souplesse et validé la conclusion d'un avenant relatif à un grand projet parisien dont la légalité pouvait pourtant être légitimement discutée <sup>(5)</sup>.

La sévérité de ce jugement pourrait donc, à première analyse, surprendre, d'autant plus que les marchés de maîtrise d'œuvre présentent la particularité d'être conclus pour un prix provisoire qui peut évoluer après la conclusion du marché. Faut-il déduire de cette décision que les marchés de maîtrise d'œuvre doivent désormais obligatoirement prévoir un prix définitif dès leur conclusion (I) ? Ou bien s'agit-il d'une sanction du juge de la mauvaise définition de ses besoins par la Ville, combinée au jeu de « poker menteur » <sup>(6)</sup> auquel le maître d'œuvre s'est livré, en proposant un prix dont il savait, dès l'origine, qu'il serait insuffisant (II) ?

## I. LA FIN DU CARACTÈRE PROVISOIRE DU PRIX DES MARCHÉS DE MAÎTRISE D'ŒUVRE ?

La question soumise au tribunal administratif de Paris était celle de la conciliation entre les dispositions issues du Code

des marchés publics, de la loi *MOP* et de son décret d'application autorisant à conclure les marchés de maîtrise d'œuvre à prix provisoires, d'une part, et les dispositions de l'article 20 du Code des marchés publics qui interdisent de conclure des avenants qui bouleversent l'économie du contrat, d'autre part.

Afin de déterminer si la conciliation entre ces corps de règles pourrait avoir pour effet de priver de toute consistance les dispositions relatives au caractère provisoire du prix des marchés de maîtrise d'œuvre (A), il est utile de revenir sur les conditions de fixation de la rémunération de ces marchés (B).

## **A Sur le caractère provisoire du prix stipulé dans les marchés de maîtrise d'œuvre**

En principe, les marchés publics sont conclus à prix définitif, conformément aux termes de l'article 18 du Code des marchés publics.

C'est donc par exception que l'article 19 du même code prévoit que pour la réalisation d'ouvrages de bâtiment ou d'infrastructure dont les maîtres d'ouvrage sont notamment les collectivités territoriales, les marchés de maîtrise d'œuvre sont passés à prix provisoires, conformément aux dispositions du décret n° 93-1268 du 29 novembre 1993 relatif aux missions de maîtrise d'œuvre confiées par des maîtres d'ouvrage publics à des prestataires de droit privé.

Cette dérogation stipulée au bénéfice des marchés de maîtrise d'œuvre s'explique par la complexité particulière de ces missions qui doivent souvent donner lieu à des ajustements en cours d'études.

Ainsi, la rémunération du titulaire est susceptible de varier entre le coût prévisionnel des travaux tel qu'il est estimé lors de la conclusion du contrat et son évaluation définitive au stade de l'avant-projet détaillé.

Aussi, s'il appartient au maître de l'ouvrage d'arrêter l'enveloppe prévisionnelle du projet, « l'élaboration du programme et la détermination de l'enveloppe financière prévisionnelle peuvent se poursuivre pendant les études d'avant-projets » lorsque le maître de l'ouvrage décide de réutiliser ou de réhabiliter un ouvrage existant <sup>(7)</sup>.

À cet égard, l'article 29 du décret du 29 novembre 1993 précité précise 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 ».

Enfin, le paragraphe III de l'article 30 du décret dispose qu'« 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. »

En d'autres termes, la rémunération des marchés de maîtrise d'œuvre peut n'être déterminée qu'après la conclusion du contrat. Dans cette hypothèse, le montant provisoire de la rémunération pris en compte lors de la passation du contrat est basé sur l'enveloppe prévisionnelle arrêtée par le maître de l'ouvrage, et le montant définitif est fixé au vu des études d'avant-projet.

En dehors de cette hypothèse, ce n'est qu'en cas de modification de programme ou de prestations décidées par le maître de l'ouvrage que le contrat de maîtrise d'œuvre fait l'objet d'un avenant qui arrête le programme modifié et le coût prévisionnel des travaux. La rémunération du maître d'œuvre est modifiée en conséquence.

## **B. Sur la conciliation opérée par le tribunal administratif de Paris entre la possibilité de modifier un prix provisoirement stipulé et les règles de passation des avenants**

La question posée au tribunal administratif de Paris était donc celle de savoir comment combiner ces dispositions, qui prévoient clairement la possibilité de conclure un avenant sans autre condition que la modification de programme ou des prestations décidées par le maître de l'ouvrage, avec celles de l'article 20 du Code des marchés publics, plus restrictives.

L'article 20 du code dispose en effet qu'« en cas de sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, un avenant ou une décision de poursuivre peut intervenir quel que soit le montant de la modification en résultant. Dans tous les autres cas, un avenant ou une décision de poursuivre ne peut bouleverser l'économie du marché, ni en changer l'objet ».

Ce n'est donc qu'en cas de sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties qu'un avenant peut

être conclu, quel que soit le montant de la modification en résultant (al. 1<sup>er</sup>).

Dans tous les autres cas, l'avenant ne peut bouleverser l'économie du contrat ni en changer l'objet.

Or, la modification de programme ou des prestations décidées par le maître de l'ouvrage ne sont pas nécessairement dictées par des sujétions imprévues, c'est-à-dire des événements extérieurs aux parties, que celles-ci ne pouvaient pas raisonnablement prévoir lors de la conclusion du contrat et qui ont pour effet de bouleverser l'économie du contrat <sup>(8)</sup>.

Lorsque tel n'est pas le cas, il faut donc considérer que l'avenant au contrat de maîtrise d'œuvre résultant d'une modification de programme ou de prestations décidées par le maître de l'ouvrage doit respecter l'alinéa 2 de l'article 20 précité, c'est-à-dire qu'il ne peut bouleverser l'économie du marché ni en changer l'objet.

L'application de l'article 20 à ces deux hypothèses paraît donc tout à fait logique et ne remet pas en cause le caractère provisoire de la rémunération initiale du maître d'œuvre.

Fallait-il considérer que les avenants précisant le montant définitif de la rémunération du maître d'œuvre au vu des études d'avant-projet dussent également être soumis à l'obligation de ne pas bouleverser l'économie du contrat ni d'en modifier l'objet ?

Selon le tribunal administratif de Paris, la réponse est clairement positive <sup>(9)</sup>, le juge considérant que les dispositions de l'article 20 du Code des marchés publics ont une portée générale, « qu'elles s'appliquent à tout avenant fixant la rémunération du maître d'œuvre, soit que celui-ci se borne à préciser, au vu des études d'avant-projet, le montant définitif de prestations qui, dans le marché initial présentaient un caractère évaluatif, soit qu'il intègre également des modifications de programme ou des modifications de prestations décidées par le maître de l'ouvrage dans la phase d'avant-projet ; qu'il en résulte que si un avenant peut adapter et, le cas échéant, augmenter la rémunération du maître d'œuvre fixée à titre provisoire par le marché initial, il ne saurait bouleverser l'économie de ce marché, ni en changer l'objet » <sup>(10)</sup>.

En d'autres termes, lorsque l'avenant au marché de maîtrise d'œuvre n'est pas dicté par une sujétion technique imprévue, celui-ci ne peut entraîner une augmentation du prix du marché supérieure ou égale à 15 % <sup>(11)</sup>, quand bien même cet avenant est conclu au vu des études d'avant-projet qui commandent une modification du prix.

Cette ultime limitation est-elle de nature à remettre en cause le caractère provisoire de la rémunération du maître d'œuvre ?

On peut, en effet, légitimement se poser la question, puisque la rémunération définitive ne pourra pas, selon le tribunal administratif de Paris, emporter une augmentation de la rémunération provisoire égale ou supérieure à 15 % du montant initial du marché.

Il est aisé d'imaginer que cette marge de manœuvre sera parfois insuffisante lorsque, à l'issue de l'avant-projet définitif, le maître d'œuvre aboutira à la conclusion que sa rémunération doit augmenter de façon substantielle et, en tout état de cause, dans des proportions égales ou supérieures à 15 % du montant prévisionnel initial du marché.

Le message du juge est très clair : le caractère provisoire de la rémunération dans les marchés de maîtrise d'œuvre ne dispense pas les parties du respect des règles de passation des avenants.

Ce principe est particulièrement bien illustré par les circonstances de l'espèce qui montrent que le juge a voulu sanctionner le maître d'ouvrage en raison de la mauvaise estimation de ses besoins et du prix des prestations attendues.

## II. SUR LA SANCTION DE LA MAUVAISE DÉFINITION DES PRESTATIONS ET DE L'ENVELOPPE FINANCIÈRE DE L'OPÉRATION

Les circonstances de l'espèce relevées par le juge et qui l'ont conduit à annuler l'avenant n° 3 sont les suivantes.

Tout d'abord, le juge relève que le jury du concours d'architecture s'est prononcé sur de véritables projets élaborés d'architecture et d'aménagement urbain, « établis sur la base d'un dossier documentaire complet et correspondant à un cahier des charges détaillant les contraintes techniques » <sup>(12)</sup> et non sur de simples esquisses.

financière de 120 millions d'euros par le projet du futur attributaire. Le jury estimait que le projet, tel qu'il ressortait de l'offre du groupement, devait plus probablement être évalué à 130 millions d'euros.

Pourtant, les parties se sont accordées sur une hypothèse de coût des travaux conforme à l'enveloppe prévisionnelle de 120 millions d'euros.

Et c'est bien sur la base de ce prix que le conseil de Paris a attribué le marché de maîtrise d'œuvre au groupement d'entreprises constitué de la Selarl Patrick B. et Jacques A. Architectes, de la SAS Ingerop et de la société Base Consultants.

Pour tenter de justifier de la régularité de la conclusion de cet avenant, étaient invoquées la prise en compte des attentes des usagers qui s'étaient exprimés dans le cadre de la consultation du public, les contraintes de la mise aux normes de la sécurité incendies, la nécessité de disposer d'un modèle en trois dimensions.

Le tribunal a considéré que ces justifications ne constituaient pas des sujétions imprévues, et que, partant, l'augmentation du prix initial du marché de 29,17 % avait pour seule cause une mauvaise estimation des besoins et des coûts au moment du lancement du projet.

Le juge en déduit ainsi qu'une telle augmentation a nécessairement pour effet de bouleverser l'économie du contrat, « sans que les défendeurs puissent se prévaloir à leur avantage des dérives budgétaires observées sur des opérations complexes d'ampleur comparable » <sup>(13)</sup>.

Le juge sanctionne ici la mauvaise évaluation de ses besoins par le maître de l'ouvrage <sup>(14)</sup> et le jeu du maître d'œuvre qui a accepté sans réserve l'enveloppe financière fixée par le maître de l'ouvrage, alors que les deux parties savaient parfaitement que ce montant était insuffisant pour exécuter la prestation conformément à l'offre du maître d'œuvre.

C'est clairement ce qui ressort de l'observation faite par le jury sur le prix de l'offre du groupement dont il soupçonnait l'insuffisance, relevée par le juge. Cela n'a pas empêché les parties de conclure le marché au prix fixé par le maître de l'ouvrage, nonobstant le fait, connu des deux parties, que cette enveloppe serait probablement insuffisante de 10 millions d'euros environ pour réaliser l'opération conformément à l'offre de l'attributaire.

C'est donc la mauvaise foi des parties qui est sanctionnée par le juge : le caractère provisoire des prix des marchés de maîtrise d'œuvre ne saurait permettre aux parties de faire l'économie de la détermination des besoins et de la fixation du prix de façon objective et sincère.

À vouloir à tout prix la prestation la moins coûteuse, les pouvoirs adjudicateurs contraignent en effet les entreprises à constamment baisser leurs prix pour obtenir les marchés, alors que celles-ci savent parfaitement que le prix qu'elles proposent est insuffisant pour réaliser la prestation, espérant se rattraper par la conclusion d'un avenant en cours d'exécution.

C'est cette dynamique contreproductive que le juge du tribunal administratif de Paris tente, dans cette décision, de briser en invitant les acteurs publics et privés à opérer un véritable changement de mentalités et faire preuve d'une plus grande bonne foi dans leurs relations contractuelles.

Le maître de l'ouvrage doit ainsi faire un effort de réalisme économique dans la définition de ses besoins et le chiffrage des prestations qu'il demande. Il devra préparer son projet de façon millimétrée et déterminer une enveloppe financière réaliste, au vu des caractéristiques du projet. Cela implique donc, de sa part, un effort de calibrage et d'analyse des prix du marché pour des prestations équivalentes, sans systématiquement chercher coûte que coûte à baisser les prix.

Pour sa part, le maître d'œuvre privé doit s'astreindre à davantage de sincérité dans l'élaboration de sa proposition. Il devra proposer un prix correspondant effectivement aux prestations qu'il va réaliser, plutôt que de se plier systématiquement aux dictats irréalistes du maître de l'ouvrage pour remporter le marché.

**Par Marie LHÉRIER**

Avocat à la cour

---

1 (1) <http://www.pariseshalles.fr/le-projet-002>

2 (2) *Ibid.*

3 (3) *V. infra*, § I. A.

4 (4) TA Paris, 7<sup>e</sup> sect., 2<sup>e</sup> ch., 6 janv. 2012, n<sup>o</sup> 1111213/7-2, Préfet de région Île-de-France, Préfet de Paris c/ Sté Semparseine et Ville de Paris : consultable sur [http://paris.tribunal-administratif.fr/media/document/TA\\_PARIS/1111213\\_-prefet\\_de\\_region.pdf](http://paris.tribunal-administratif.fr/media/document/TA_PARIS/1111213_-prefet_de_region.pdf)

5 (5) CE, 1<sup>er</sup> juill. 2008, n<sup>o</sup> 312354, Ville de Paris : l'avenant au marché de vélos en libre service (Velib') n'entraînant qu'une augmentation du prix de 8 % et considéré par le juge comme ne modifiant pas l'objet du marché. Arrêt rendu sur les conclusions contraires du rapporteur public Nicolas Boulouis qui considérait à l'inverse que l'avenant modifiait l'objet du marché initial, que, partant, une nouvelle procédure de publicité et de mise en concurrence aurait dû être organisée : Extension du réseau « Vélib' » : conditions de légalité d'un avenant, RJE 2008, comm. 46.

6 (6) Un nouveau guide de la Mission interministérielle pour la qualité des constructions Publiques (MIQCP) : « Évaluer l'enveloppe financière prévisionnelle d'un ouvrage de bâtiment », Focus par F. Linditch, Contrats marchés publ. 2008, alerte 51.

7 (7) Paragraphe I de l'article 2 de la loi n<sup>o</sup> 85-704 du 12 juill. 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée (loi MOP).

8 (8) Pour un exemple récent : CAA Bordeaux, 10 nov. 2011, n<sup>o</sup> 09BX02023, SA Gallego.

9 (9) Contrairement à ce qu'indiquait expressément une réponse ministérielle n<sup>o</sup> 14377 : JO Sénat Q 3 févr. 2005, p. 316 (Q. 28 oct. 2004, M. Daniel Raoul).

10 (10) TA Paris, 6 janv. 2012, n<sup>o</sup> 1111213/7-2, *op. cit.*

11 (11) Selon la doctrine administrative, une augmentation de 15 % est susceptible d'être considérée comme bouleversant l'économie du contrat : « La lettre collective n<sup>o</sup> 144 M du 31 octobre 1972 rappelle seulement le principe selon lequel un avenant ne saurait bouleverser l'économie du marché ou en changer fondamentalement l'objet, sans fixer de pourcentage maximal d'augmentation (...). Cette absence de limite réglementaire chiffrée ne diminue en rien la portée du principe rappelé ci-dessus et ne saurait autoriser une modification substantielle des clauses contractuelles ; doit notamment être considérée comme abusive, toute modification d'une importance telle qu'elle remettrait en cause les conditions dans lesquelles a joué la concurrence lors de la passation du marché. En pratique, et sous réserve de l'appréciation souveraine des tribunaux, il semble raisonnable d'admettre qu'une augmentation du montant d'un marché par un ou plusieurs avenants successifs inférieure à 15 % du montant initial de ce marché, ne présente pas, en règle générale, de caractère abusif » (Marchés publ. 1990, n<sup>o</sup> 247, p. 49). Cette analyse est confirmée par la circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du Code des marchés publics : « En pratique, il y a lieu de considérer qu'une augmentation par avenant de 15 à 20 % ou plus du prix d'un marché est susceptible d'être regardée par le juge administratif comme bouleversant l'économie du contrat. » Néanmoins, une portée excessive ne doit pas être donnée à ce seuil indicatif de 15 %. Le professeur Brechon-Moulenes l'a clairement rappelé : « Le seuil de 15 %, mentionné par la doctrine administrative, et souvent cité en référence, n'est qu'une indication commode qui ne saurait garantir de manière absolue la validité d'un avenant. La jurisprudence, qui ne donne pas davantage une règle générale en la matière, statue véritablement au cas par cas » (Droit des marchés publ., 3.123.3, point 11).

12 (12) Jugement préc.

13 (13) *Ibid.*

14 (14) Mission qui lui incombe en application de l'article 5 du Code des marchés publics.

