GUIDE PRATIQUE ET RECOMMANDATIONS

POUR

LA RÉDACTION D'UNE RÉCLAMATION

selon cahiers des charges en vigueur au 1er octobre 2021

LES TRAVAUX PUBLICS FÉDÉRATION NATIONALE

Mars 2022

ABRÉVIATIONS - DÉFINITIONS

AVP :	Mission Avant-Projet au sens des articles R2431-1 et suivants du code de la commande publique et de l'arrêté du 22 mars 2019 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
BET :	Bureau d'Etudes Techniques
CCAG Travaux :	Cahier des Clauses Administratives Générales Travaux 2021
CCIRA :	Comité Consultatif Interrégional de Règlement Amiable relatif aux marchés publics
CCP :	Code de la Commande Publique
COP :	Conducteur d'Opération dans un marché dont la maîtrise d'œuvre est assumée par le titulaire
DCE :	Dossier de Consultation des Entreprises
DG :	Décompte Général
DGD :	Décompte Général et Définitif
DRC :	Demande de Règlement Complémentaire
EP :	Entrepreneur Principal
Evènement :	Toute circonstance d'exécution nouvelle qui n'est pas « normalement prévisible », apparue en cours d'exécution du marché
FIDIC :	Cahiers des charges rédigés par la Fédération Internationale De l'Ingénierie et du Conseil
Forclusion :	C'est l'impossibilité d'agir en justice pour une personne qui n'a pas exercé son action dans les délais imposés
GC :	Génie Civil
GMEC :	Groupement Momentané d'Entreprises Conjointes
GMES :	Groupement Momentané d'Entreprises Solidaires
MOA :	Maître d'ouvrage
MOE :	Maître d'œuvre
O.S. :	Ordre de Service
PDF:	Projet de Décompte Final
PRO :	Mission PROJET au sens des articles R2431-1 et suivants du code de la commande publique et de l'arrêté du 22 mars 2019 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
RC :	Règlement de la Consultation
Réclamation :	Énoncé d'un différend qui expose de façon précise et détaillée les motifs de la demande en indiquant les montants des sommes réclamées et/ou les prolongations de délais sollicitées
SGP :	Société du Grand Paris
ST :	Sous-Traitant
TA :	Tribunal Administratif

SOMMAIRE

I- INTRODUCTION 5

1- A quoi sert le guide ? 5

2- Recommandations générales pour la rédaction d'une réclamation 6

3- Ces recommandations s'appliquent aux marchés publics ou privés 7

4- Présentation du guide 7

II- LES PROCÉDURES D'INSTRUCTION DES RÉCLAMATIONS 8

1- La réclamation sur le modèle CCAG marchés publics de travaux 8

1.1 La réclamation en cours de travaux (art. 55.1.1 à 55.1.3 du CCAG) 9
a) Le contenu de la demande (conditions)
b) Les différentes étapes d'instruction de la réclamation

1.2 La réclamation en fin de chantier (art. 12.3 et 55 du CCAG) 11
a) Dispositions de l'article 12.3 du CCAG
b) Dispositions de l'article 12.4.4 du CCAG

2- Les cahiers des charges inspirés des modèles « FIDIC » 18

2.1 Chaque différend fait l'objet d'une réclamation 18

2.2 La réclamation est enfermée dans un processus d'instruction pré-déterminé 18

2.3 Variante du cas précédent : les réclamations présentées à date fixe 20

3- Régime juridique des normes AFNOR - MARCHÉS PRIVÉS 21

3.1 La réclamation en cours de travaux 21

3.2 La réclamation en fin de chantier 21

III- PLAN TYPE – RECOMMANDATIONS POUR LA RÉDACTION 23

1- Le préambule 25

2- Les pièces contractuelles 26

3- Les prévisions contractuelles 27

3.1 Le type de marché et de procédure de consultation retenu par l'Acheteur 28

3.2 La plus ou moins bonne définition de son besoin par le MOA 28

3.3 L'étendue et le contenu de la mission de Maîtrise d'oeuvre 30

4- Les difficultés rencontrées en cours de travaux ayant une incidence sur les délais et le prix 30
4.1 Difficultés à caractère technique 30
4.2 Difficultés à caractère administratif 32
4.3 Difficultés à caractère économique et règlementaire 33
4.4 Le marché peut-il neutraliser, par principe, votre droit à réclamation ? 35

5- Le fondement juridique des demandes 37
5.1 Marchés publics 37
a) Fondement contractuel
b) Fondements juridiques élaborés par le juge
5.2 Marchés privés 39
a) Fondements contractuels
b) Fondements juridiques élaborés par le juge

6- Impact des difficultés sur les délais d'exécution 40
6.1 Planning de référence : dernier planning contractuel 40
6.2 Format du planning contractuel à utiliser dans une DRC 41
6.3 Le « chemin critique » 44

7. Impact des difficultés sur le prix - Chiffrage des préjudices 45
7.1 Correspondance entre les évènements rapportés dans le mémoire, leurs conséquences et le chiffrage du préjudice (le lien de causalité) 46
7.2 Chiffrage des préjudices « indirects » 50
7.3 Intérêts moratoires ou de retard 51

8. Le récapitulatif du chiffrage 53

9. Les annexes 54

IV- LISTE DES ANNEXES AU PRÉSENT GUIDE

ANNEXE 1 55
ANNEXE 2 56
ANNEXE 3 58

I- INTRODUCTION

1- A quoi sert le guide ?

La vocation de ce guide est d'apporter une aide aux opérationnels qui, rencontrant lors de l'exécution d'un marché des difficultés techniques et/ou administratives, n'ont pu y apporter une solution en temps réel en concertation avec leurs Maître d'œuvre (MOE) et Maître d'ouvrage (MOA) et sont ainsi contraints, en cours ou au terme du chantier, de recourir à la production d'une réclamation.

Les conseils prodigués par ce guide s'orientent dans trois directions :

- Délimiter les précautions à prendre en cours de travaux pour sauvegarder les preuves de la réalité des difficultés rencontrées (la traçabilité),
- Garantir une présentation cohérente des faits, des « évènements » rencontrés en cours de travaux pour établir la comparaison entre ce qui était normalement prévisible au jour de la finalisation de l'offre, et ce qui s'est réellement passé,
- Veiller en permanence au respect des délais contractuels en matière de présentation des réclamations (dates impératives à respecter) afin d'échapper au risque de forclusion.

Sans prétendre répondre à tous les cas de figure, ce guide tend à donner une méthode destinée à éviter les critiques que tout professionnel (maîtres d'œuvre, services techniques de maîtrise d'ouvrage, experts, arbitres, rapporteurs devant le CCIRA notamment) ne manquera pas d'opposer à l'entrepreneur qui aura « bâclé sa copie » en remettant un chiffrage, peut-être fondé de son point de vue, mais qui, objectivement :

- N'apporte pas la preuve des affirmations présentées,
- Ne justifie pas le lien de cause à effet entre le fait générant la réclamation et le préjudice invoqué,
- Et ne fournit pas la justification du chiffrage de ce préjudice.

La réclamation n'est cependant pas une fin en soi.

Elle n'a sa raison d'être que si le recours aux outils contractuels a échoué (constats, demandes de prix nouveaux ou de prolongation de délais, demande de décision de poursuivre, d'avenants ou d'actes de modification et mise en oeuvre de la clause de réexamen en marchés publics, ...).

Cela passe évidemment par l'indispensable connaissance des cahiers des charges *(1)* et des pièces particulières de chaque marché.

(1) Voir les Guides CCAG Travaux et Marchés privés de la FNTP à l'attention des Conducteurs de travaux (site FNTP).

2- Recommandations générales pour la rédaction d'une réclamation

Une réclamation est une histoire qui relate :

- Un fait générateur,
- Un préjudice,
- Et qui démontre le lien de causalité entre le fait générateur et le préjudice.

Elle doit être racontée de manière pédagogique, c'est-à-dire de façon à être comprise par tout lecteur (MOE, MOA, juge, expert, arbitre, médiateur …).

Toute affirmation doit être justifiée par des écrits et doit s'inscrire dans une démonstration cohérente. Elle doit obligatoirement être étayée par la référence à une disposition contractuelle, un constat, un compte rendu de réunion de chantier, un O.S., a minima un mail.

Exemple d'affirmation gratuite à ne pas utiliser :

« *Le Maître d'œuvre nous a demandé de renforcer et stabiliser le talus au niveau du PR 233* ».

Si la gestion contractuelle du chantier a été correctement effectuée, cette affirmation deviendra :
« *Le Maître d'œuvre, le xx février 20xx, nous a demandé de renforcer et stabiliser le talus au niveau du PR 233 (voir en annexe XX le CR réunion de chantier du xx février 20xx et l'O.S. n°xx du xx février 20xx)* ».

ou, en l'absence d'O.S. :
« *Le Maître d'œuvre … (voir en annexe xx le CR réunion de chantier du xx février 20xx et le constat contradictoire du xx février 20xx* ».

Quelques conseils :

- Rapporter les faits objectivement : il faut faire la part des choses, prendre du recul pour correctement identifier les raisons réelles des évènements afin de déterminer leur juste imputabilité,
- S'interdire les attaques personnelles et les « règlements de comptes ». Rester toujours respectueux des donneurs d'ordres. L'agressivité dans les propos peut trahir une faiblesse,
- Ne pas chercher à dissimuler la réalité. Décrire, expliquer et justifier les choix et options de l'entreprise (méthodes et moyens d'exécution),
- Eviter l'abus d'insertions dans le texte de la réclamation qui font perdre le fil de la démonstration. Quelques schémas explicatifs ou photos légendées suffiront à donner un éclairage aux propos,
- Bannir les phrases trop longues et éviter les citations « à rallonge » qui, le plus souvent, n'ont pour seul but que de masquer l'absence de preuves. Limiter les citations aux points les plus frappants et privilégier le renvoi à des annexes,
- Veiller à ne jamais être en contradiction avec les options prises par l'entreprise visées dans le mémoire technique, l'offre remise ou les déclarations faites en cours de chantier,
- Et soigner sa présentation ; faites relire par une personne qui n'a pas suivi le chantier pour avoir un avis extérieur.

3- Ces recommandations s'appliquent aux marchés publics ou privés

Entreprise unique :

- Les recommandations s'appliquent à l'entreprise elle-même.

Groupement momentané d'entreprises (GME) :

- Les recommandations s'appliquent à tous les cotraitants, chacun devant alimenter le dossier de réclamation de ses propres prétentions et justificatifs.

  Le mandataire a un rôle de courroie de transmission. Il pourra éventuellement effectuer un travail de synthèse (si cette réclamation s'insère dans une réclamation plus générale), mais il n'est pas autorisé à modifier le dossier de réclamation de son cotraitant sans son accord préalable, écrit, et n'est pas tenu de justifier ce que son cotraitant n'aura pas lui-même justifié.

  En cas de GMEC, la réclamation doit identifier les demandes respectives de chacun des cotraitants.

Sous-traitant :

- L'entrepreneur principal transmet les demandes du sous-traitant (souvent en l'état). Il est donc nécessaire que le sous-traitant argumente ses demandes et dissocie les chefs de réclamation dirigés contre le MOA de ceux adressés à l'entrepreneur principal (le MOA n'a pas vocation à arbitrer les conflits éventuels EP/ST ; il ne peut statuer sur ce type de conflit).

4- Présentation du Guide

La première partie est consacrée aux procédures d'instruction des réclamations. Sont essentiellement visés les délais et la forme dans lesquels les réclamations doivent être présentées selon le type de cahier des charges auquel se réfère le marché (CCAG marchés publics de travaux, cahiers des charges inspirés des contrats FIDIC ou marchés privés).

La deuxième partie est davantage centrée sur le contenu de la réclamation. A partir d'un plan type (volontairement simplifié), des exemples de difficultés sont donnés et des conseils sont prodigués pour la rédaction de la réclamation. Dans cette partie du Guide, sont traitées les conséquences temporelles et économiques d'un « évènement », leur présentation et leur justification.

Nota : le présent Guide n'a pas la prétention d'être exhaustif, mais vise les problèmes et questionnements les plus fréquents.

II- LES PROCÉDURES D'INSTRUCTION DES RÉCLAMATIONS

Les procédures décrites ci-après sont celles prévues par :

- Le CCAG marchés publics de travaux en vigueur 2021 (§1),
- Les cahiers des charges inspirés des modèles de la Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils (« FIDIC ») (§2),
- Les normes AFNOR marchés privés de bâtiment et de génie civil (§3).

Rappels préliminaires :
Vérifier les pièces contractuelles afin de respecter les procédures prévues notamment si le marché relève de donneurs d'ordres qui ont leur propre cahier des charges (SNCF, RATP, SGP, CEA, EDF, ADP…).

Vérifier également toutes les dérogations apportées par le CCAP du marché au CCAG, notamment celles portant sur les délais impératifs d'instruction des réclamations (risque de forclusion) et ne pas oublier que les délais se décomptent par rapport à la date de réception des courriers chez le MOA / MOE et non par rapport aux dates d'envoi.

1- La réclamation sur le modèle CCAG marchés publics de travaux

Est visé ici le CCAG marchés publics de travaux en vigueur 2021 ci-après désigné par « CCAG Travaux ».

Lorsque le CCAG Travaux s'applique au marché et que les dispositions de celui-ci ne sont pas modifiées par le CCAP, une « Réclamation » ou « Demande de Règlement Complémentaire » (DRC) peut être présentée dans deux hypothèses :

- En cours de travaux, à tout moment (§1.1),
- Et en fin de travaux, après notification de la décision de réception prise par le MOA (§1.2).

1.1 La réclamation en cours de travaux (art. 55.1.1 à 55.1.3 du CCAG)

Cette hypothèse correspond au cas dans lequel un évènement survient en cours de travaux et l'entreprise souhaite traiter les incidences immédiatement par une réclamation.

a) Le contenu de la demande (conditions)

La « Réclamation » doit contenir, a minima, les informations suivantes :

- Confirmer l'existence d'un différend avec le MOA ou le MOE,
- Énumérer les chefs de désaccord,
- Donner les motifs de ces demandes (ex. : modification du délai d'exécution …),
- Et indiquer les sommes dont le paiement est demandé avec les bases de calcul de ces sommes.

Le «mémoire en réclamation» doit contenir, dans un document **joint en annexe** à la réclamation, tous les justificatifs nécessaires et ne doit surtout pas se contenter de faire référence à des documents transmis antérieurement. A défaut, le juge administratif considère que la réclamation est irrecevable et la rejette (Conseil d'Etat du 27/09/2021 « Sté Amica » n° 442455).

b) Les différentes étapes d'instruction de la réclamation

1. L'entreprise considère comme préjudiciable une circonstance d'exécution de son marché ou la survenance d'un évènement, que le MOE / MOA ne veut pas prendre en compte.
2. Si la tentative de concertation initiée par le titulaire échoue (*), il adresse un courrier au MOA avec copie au MOE, contenant les informations visées ci-dessus au §1.1a (ci-dessus art. 55.1.1 CCAG).
3. Le MOA dispose de 30 jours pour prendre position sur la demande (art. 55.1.2 CCAG).
4. En l'absence de prise de position explicite, le silence du MOA vaut rejet de la demande (art. 55.1.3 CCAG).

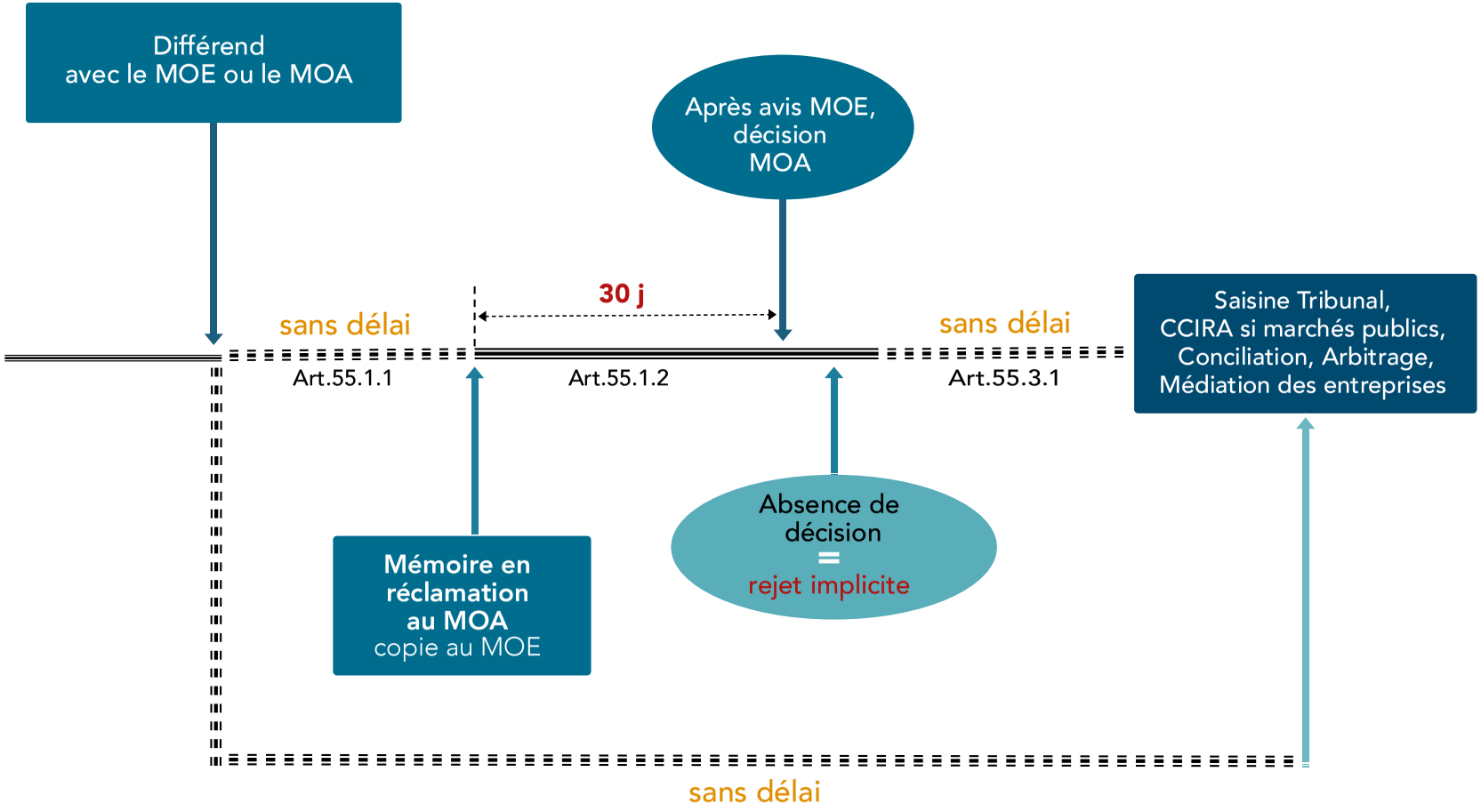
Que le rejet soit explicite ou implicite, l'entreprise n'est pas soumise au respect d'un délai impératif pour saisir le juge administratif ou utiliser les modes alternatifs de règlement des litiges (rappel : elle devra toutefois, obligatoirement, renouveler sa demande lors de la présentation du projet de décompte final si cette demande n'a pas été satisfaite entre temps, sinon elle encourt la forclusion).

(*) Le CCAG 2021 (art. 54) a introduit une « clause de réexamen » qui prévoit qu'en cas de circonstances que des parties diligentes ne pouvaient prévoir dans sa nature ou dans son ampleur, et modifiant significativement les conditions d'exécution du marché, les parties examinent de bonne foi les conséquences, notamment financières, de cette circonstance.

Le schéma page suivante récapitule les différentes étapes d'instruction de la réclamation présentée en cours de chantier.

Rappel : l'art. L 2197-4 du code de la commande publique donne la possibilité de saisir le médiateur des entreprises, ce qui suspend le cours des différentes prescriptions.

Réclamation en cours de chantier - CCAG Travaux



1.2 La réclamation en fin de chantier (art. 12.3 et 55 du CCAG)

L'instruction de la réclamation « fin de chantier » doit impérativement respecter, chronologiquement, toutes les étapes ci-après énoncées.

Elle varie selon que le MOA :

- Notifie le Décompte Général (§a),
- Ou s'abstient de le notifier (§b).

a) Dispositions de l'article 12.3 du CCAG
Instruction « normale » du Décompte Général – Le MOA notifie le DG :

1. Le MOA notifie au titulaire la décision de réception avec ou sans réserve (sans cette notification, la réclamation ne peut être envoyée).

   En cas de réceptions partielles, c'est la date de notification de la décision de réception globale ou de la dernière décision de réception partielle qui doit être prise en compte.

2. Le Projet de Décompte Final (PDF) est transmis par le titulaire au MOE et au MOA (art. 12.3.2 du CCAG), dans les 30 jours après notification de la décision de réception.

3. Le PDF contient obligatoirement « *le montant total des sommes auquel le titulaire prétend du fait de l'exécution du marché dans son ensemble* » donc obligatoirement la réclamation s'il y en a une (art. 12.3.1 CCAG).

   Attention ! la réclamation doit être incluse dans le PDF à peine de forclusion. Arrêts du Conseil d'Etat du 16.12.2015, « Sté Ruiz », n° 373509 et Conseil d'Etat du 08.04.2009, « Sté Compagnie Française Eiffel Construction Métallique », n° 295342.

   L'envoi du PDF (y compris réclamation) doit se faire par tout moyen donnant date certaine à cet envoi, ce qui est indispensable pour le calcul des délais.

   Nota : si le délai de 30 jours est dépassé et que le titulaire persiste à ne pas transmettre son PDF après avoir reçu une mise en demeure du MOE (art. 12.3.4 du CCAG), ce dernier peut l'établir d'office, sans prendre en compte les réclamations éventuelles du titulaire.

   ** Proscrire à ce stade l'utilisation de l'abréviation DGD. Le PDF est tout sauf définitif (voir point 4 ci-après). D'une manière plus générale, PDF, DG et DGD sont des abréviations qui correspondent à des actions et des délais spécifiques, qu'il ne faut pas confondre.*

4. Le MOA valide, le cas échéant rectifie, signe et notifie le Décompte Général (DG) au titulaire, dans les 30 jours à partir de la réception du PDF par le MOE/MOA. Il prend donc position sur la réclamation présentée.

   Nota 1 : si la réclamation est partiellement acceptée par le MOA, la partie acceptée fait l'objet d'un règlement dans le délai de 30 jours.

   Nota 2 : le présent Guide est consacré exclusivement à la réclamation. Pour plus de précisions sur le contenu du DG et ses effets, voir le Guide FNTP « CCAG Travaux 2021 à l'attention des conducteurs de travaux » disponible sur le site FNTP.

5. Si le DG est accepté sans réserve par le titulaire, il devient le Décompte Général Définitif (DGD). La réclamation est payée intégralement dans les 30 jours.

6. Si le DG est signé avec réserves par le titulaire, les dispositions de l'article 55 du CCAG s'appliquent.

7. Le mémoire en réclamation joint au PDF est présenté à nouveau (demande réitérée) pour la partie qui n'a pas été acceptée par le MOA dans les 30 jours suivant la réception du DG (délai impératif générant une forclusion).

   Attention ! Ici encore, le mémoire en réclamation doit contenir, dans un document joint en annexe à la réclamation, tous les justificatifs nécessaires et ne doit surtout pas se contenter de faire référence à des documents transmis antérieurement, sinon le juge administratif considère que la réclamation est irrecevable et la rejette (Conseil d'Etat du 27.09.2021 « Sté Amica » n° 442455). Le mémoire de réclamation devra donc joindre à nouveau tous les justificatifs techniques et autres initialement transmis.

8. A l'issue du délai de 30 jours, soit la réclamation est acceptée et on passe à la signature du DGD, soit elle est rejetée en tout ou en partie et on passe à la phase contentieuse.

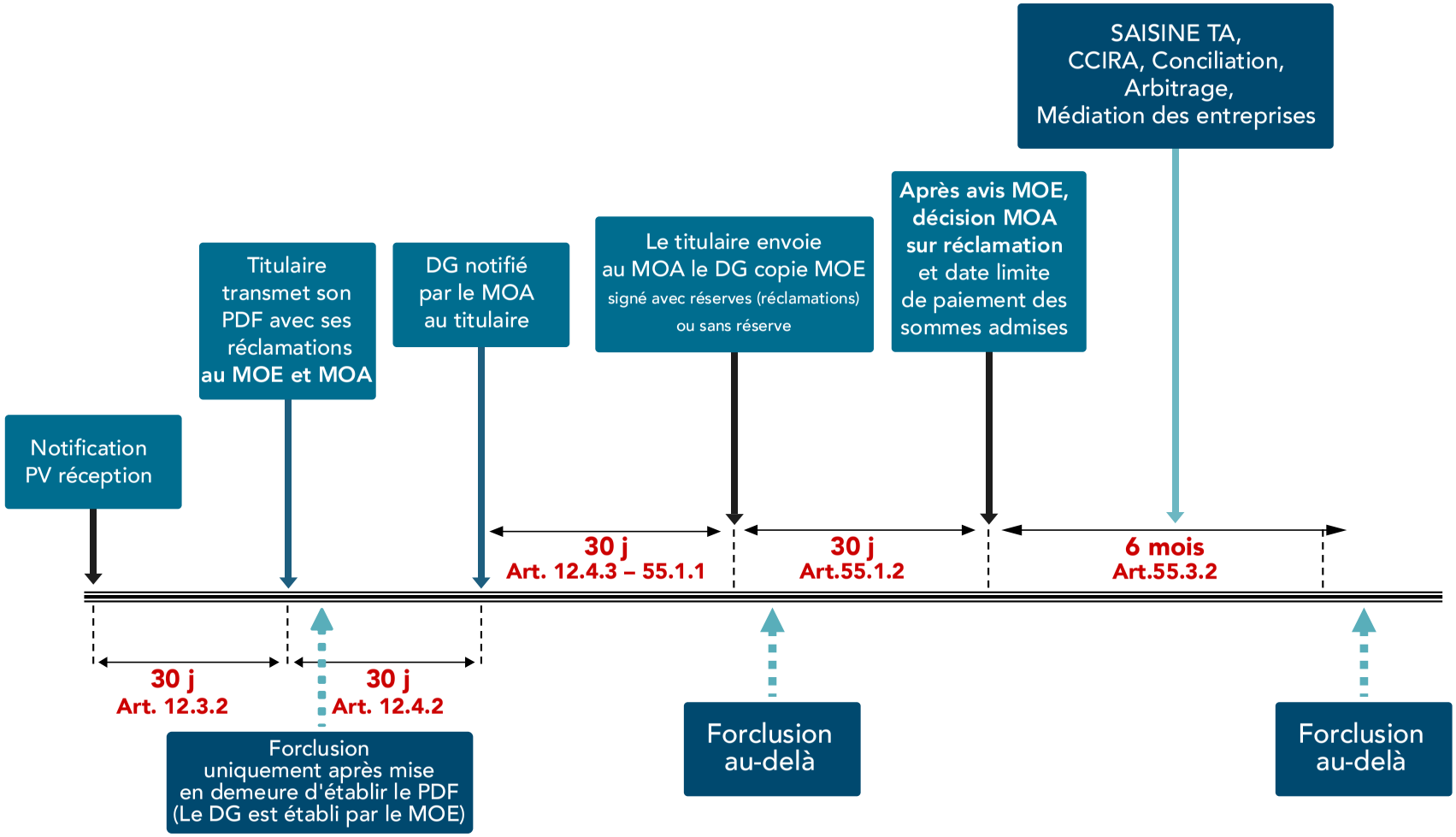
9. Si elle est rejetée, le titulaire dispose alors d'un délai de 6 mois pour saisir le tribunal compétent (délai impératif générant une forclusion).

10. Le titulaire peut suspendre ce délai de 6 mois en recourant à des modes alternatifs de règlement amiable des litiges, par saisine du CCIRA (si le MOA est public), du médiateur des entreprises, d'un conciliateur ou éventuellement d'un tribunal arbitral (art. 55.2 du CCAG).

    Attention ! Lorsque ces tentatives de règlement amiable des différends arrivent à leur terme, il convient de vérifier, en fonction du mode de règlement alternatif retenu, le délai restant à courir pour saisir le tribunal compétent (exemple : si vous aviez 6 mois pour saisir le TA et que lorsque vous saisissez le CCIRA il ne vous reste plus qu'1 mois pour saisir le TA, quand le MOA prendra position sur l'avis du CCIRA, il ne vous restera plus qu'1 mois pour saisir le TA).
    Si aucun accord officiel (transaction ou avenant) signé avec le MOA n'est intervenu avant la fin du délai restant, la saisine du tribunal administratif est indispensable pour éviter la forclusion.

Dans le schéma ci-après, la réclamation est intégrée dans le PDF. Son instruction est menée par le MOE / MOA. Elle suit le cours du PDF … du DG … du DGD.

Décompte général et réclamation fin de chantier
CCAG Travaux 2021



b) Dispositions de l'article 12.4.4 du CCAG
Absence de notification du Décompte Général par le MOA

1. Le MOA notifie au titulaire la décision de réception (sans cette notification, la réclamation ne peut être envoyée).

2. Le Projet de Décompte Final (PDF) est transmis par le titulaire au MOE et au MOA, dans les 30 jours après notification de la décision de réception. Le PDF contient obligatoirement « *le montant total des sommes auquel le titulaire prétend du fait de l'exécution du marché dans son ensemble* » … donc obligatoirement la réclamation s'il y en a une (art. 12.3.1 CCAG).

   Rappel ! La réclamation doit impérativement être incluse dans le PDF. A défaut, le titulaire s'expose à une forclusion.

3. Si le MOA ne notifie pas le DG au titulaire, celui-ci transmet au MOA, avec copie au MOE, au terme des 30 jours de l'envoi de son PDF, un projet de Décompte Général signé par le titulaire, incluant le PDF établi par lui, l'état du solde et le projet de récapitulation des acomptes mensuels et du solde, hors révision de prix définitive (art. 12.4.4 CCAG) ; veiller à ce que cet envoi contienne bien toutes les pièces demandées. Attention ! il ne faut pas se contenter de renvoyer son PDF (voir alerte ci-dessous).

4. Si dans les 10 jours qui suivent, le MOA notifie le DG, l'instruction normale du DG repart comme indiqué au § 4 du chapitre précédent.

   Si, par contre, dans ce délai, le MOA n'a pas notifié le DG, cela entraîne l'approbation implicite du DG. Le PDF devient ainsi (automatiquement) le DGD et le solde de celui-ci est payé dans les 30 jours.

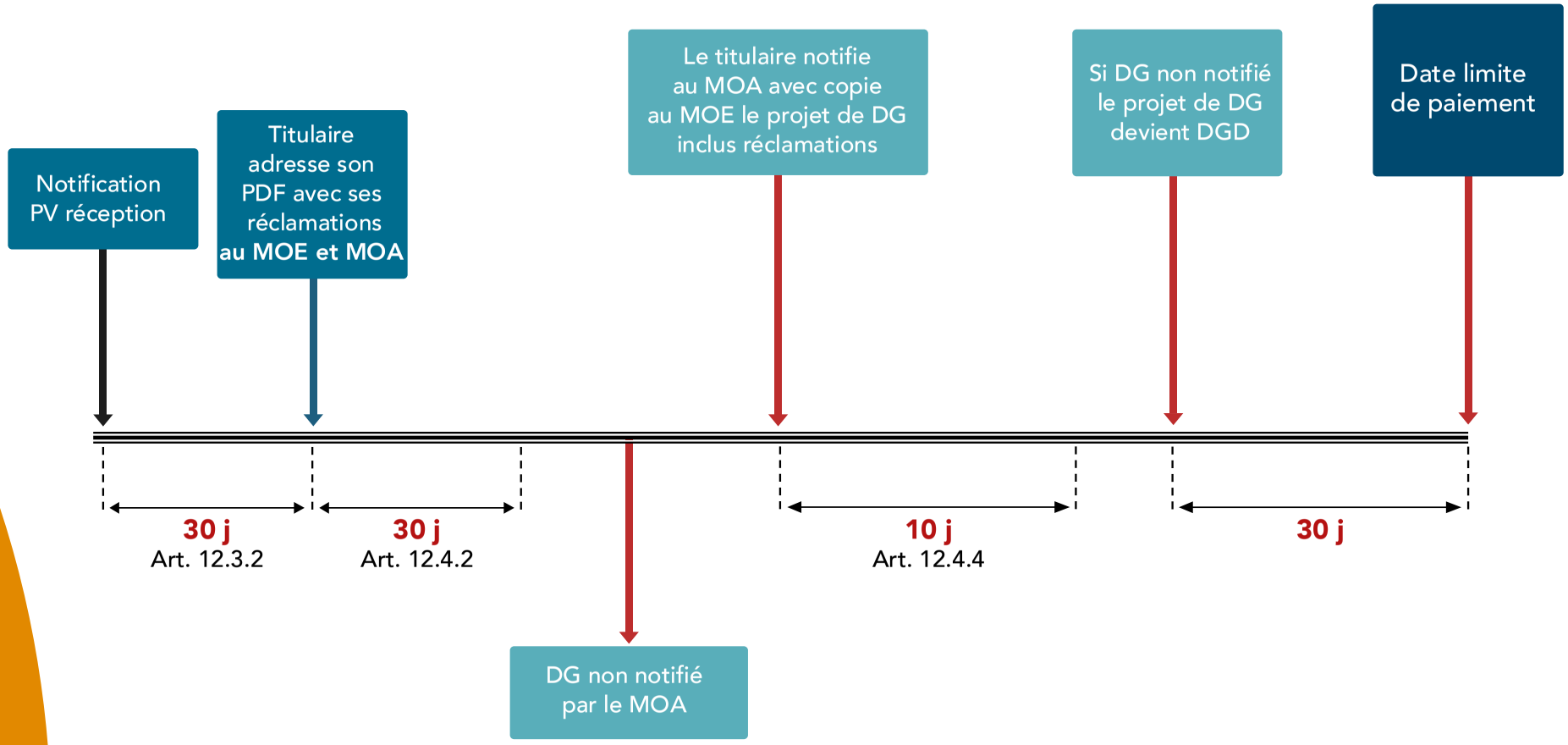
   Dans ce cas, la réclamation qui était jointe au PDF initial est intégralement payée.

   Il est à noter que le Conseil d'État a validé cette approbation implicite du DG (Arrêt du 25.01.2019, « Sté Self Saint-Pierre et Miquelon », n° 423331).

   Attention ! L'acceptation implicite du DG suppose le respect, à la lettre, du formalisme attaché à l'instruction du PDF, tant dans la forme des documents élaborés que dans leur contenu (Conseil d'Etat du 25 juin 2018 n°417738).
   La production des documents visés par l'art. 12.4.1 du CCAG (le décompte final, l'état du solde et la récapitulation des acomptes mensuels et du solde) doit être scrupuleusement respectée.

Dans le schéma suivant, la réclamation est intégrée dans le PDF. Mais son instruction est menée à l'initiative du titulaire jusqu'au DGD.

Décompte général - Réclamation fin de chantier – DGD TACITE
CCAG Travaux 2021 (article 12.4.4)



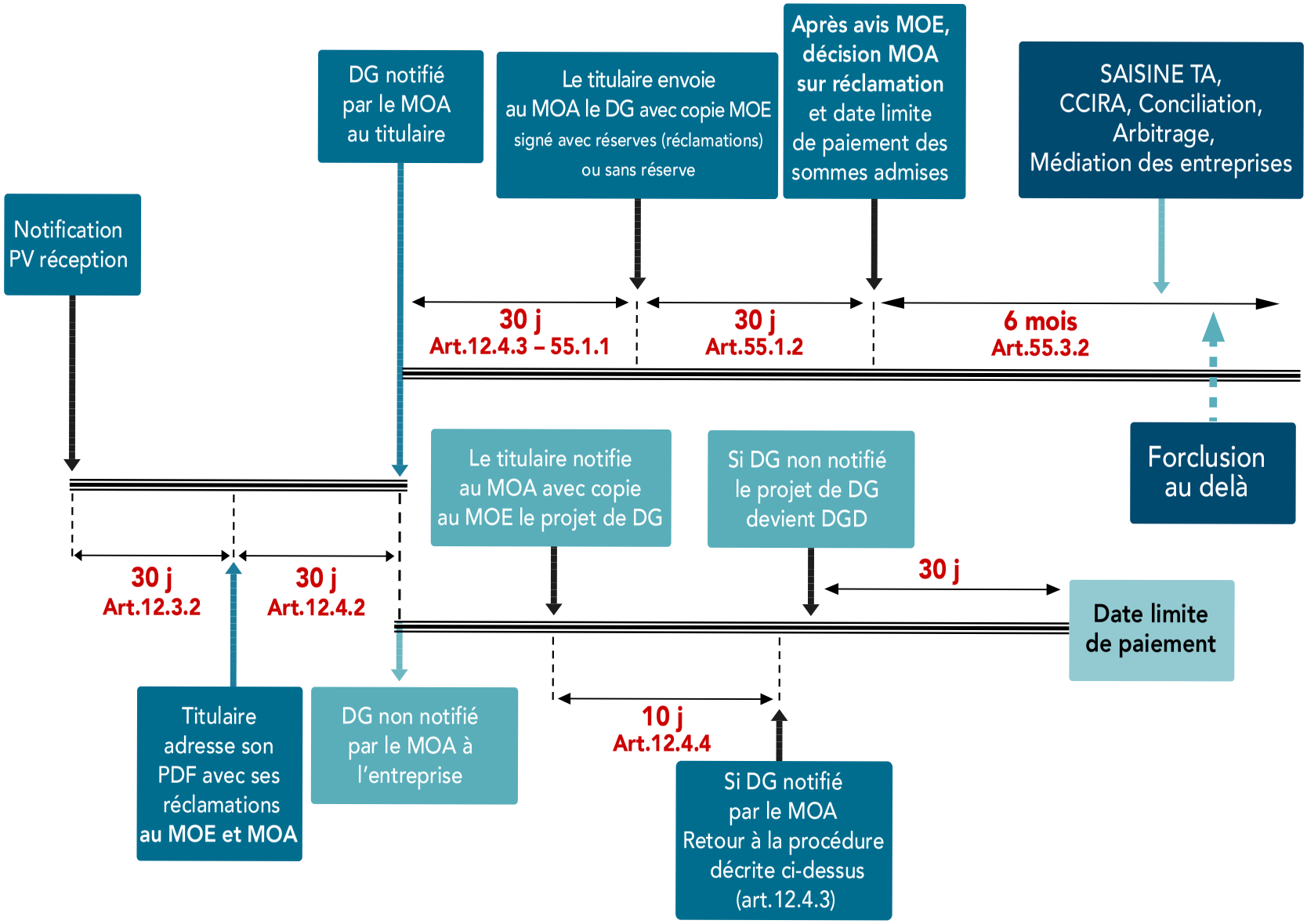
Rappel 1 : Le mémoire de réclamation présenté en fin de chantier doit impérativement reprendre, sous peine de forclusion, les mémoires présentés en cours de chantier, qui n'ont pas fait l'objet d'un règlement définitif.

Rappel 2 : dans tous les cas (instruction normale ou absence d'instruction du DG), le respect des délais d'instruction est indispensable sinon le titulaire s'expose à des risques de forclusion.

Voir pour plus de détail le « Guide à l'attention des conducteurs de travaux CCAG 2021 ».

Schéma final
Synthétisant les différentes hypothèses
d'instruction du décompte général

Décompte général et réclamation en fin de chantier CCAG Travaux 2021 (articles 12.4.1 à 12.4.5)



2- Les cahiers des charges inspirés des modèles « FIDIC »

Rappel des règles spécifiques à ce type de CCAG ou CCCG.

2.1 Chaque différend fait l'objet d'une réclamation

Principe : tout évènement susceptible de donner lieu à une réclamation ou DRC revêt le caractère d'un différend qui doit obligatoirement faire l'objet d'une procédure autonome, instruite dans des délais impératifs. Si ces délais d'instruction ne sont pas respectés, ils font perdre tout droit à paiement (forclusion).

Le Cahier des charges définit la notion d'« évènement », générateur de « différend » :

- Désaccord entre MOE et entrepreneur sur les conditions d'exécution du marché,
- Réserves sur un O.S.,
- Désaccord avec le MOE sur la valorisation des prix nouveaux,
- Et plus généralement, tout « évènement » pouvant donner lieu à réclamation.

2.2 La réclamation est enfermée dans un processus d'instruction pré-déterminé, que l'on peut résumer comme suit (cas général) :

1. Dans le mois qui suit la survenance de l'évènement, l'entrepreneur informe le MOE (si le MOE fait partie de l'équipe titulaire du marché, le destinataire est en général le COP - Conducteur d'Opération) de l'existence d'un différend. Le non-respect de ce délai génère une forclusion.

2. Au terme de ce délai, dans le mois qui suit, l'entrepreneur doit adresser une DRC (justification technique et contractuelle des demandes et chiffrage) au MOE. Le non-respect de ce délai génère une forclusion pour l'entreprise (en général, avec accord écrit préalable du MOE, ce délai peut être prolongé, mais attention ! il n'a pas l'obligation de l'accepter).

   Attention ! si cette demande de prolongation est présentée tardivement et si, au dernier moment, la demande de prolongation de délai est refusée, il existe un risque de forclusion.

3. Le MOA dispose alors d'un délai de deux mois pour analyser le dossier et donner sa position. Son silence au terme de ce délai (silence qui pour lui, ne génère aucune forclusion) vaut rejet et fait courir le délai suivant.

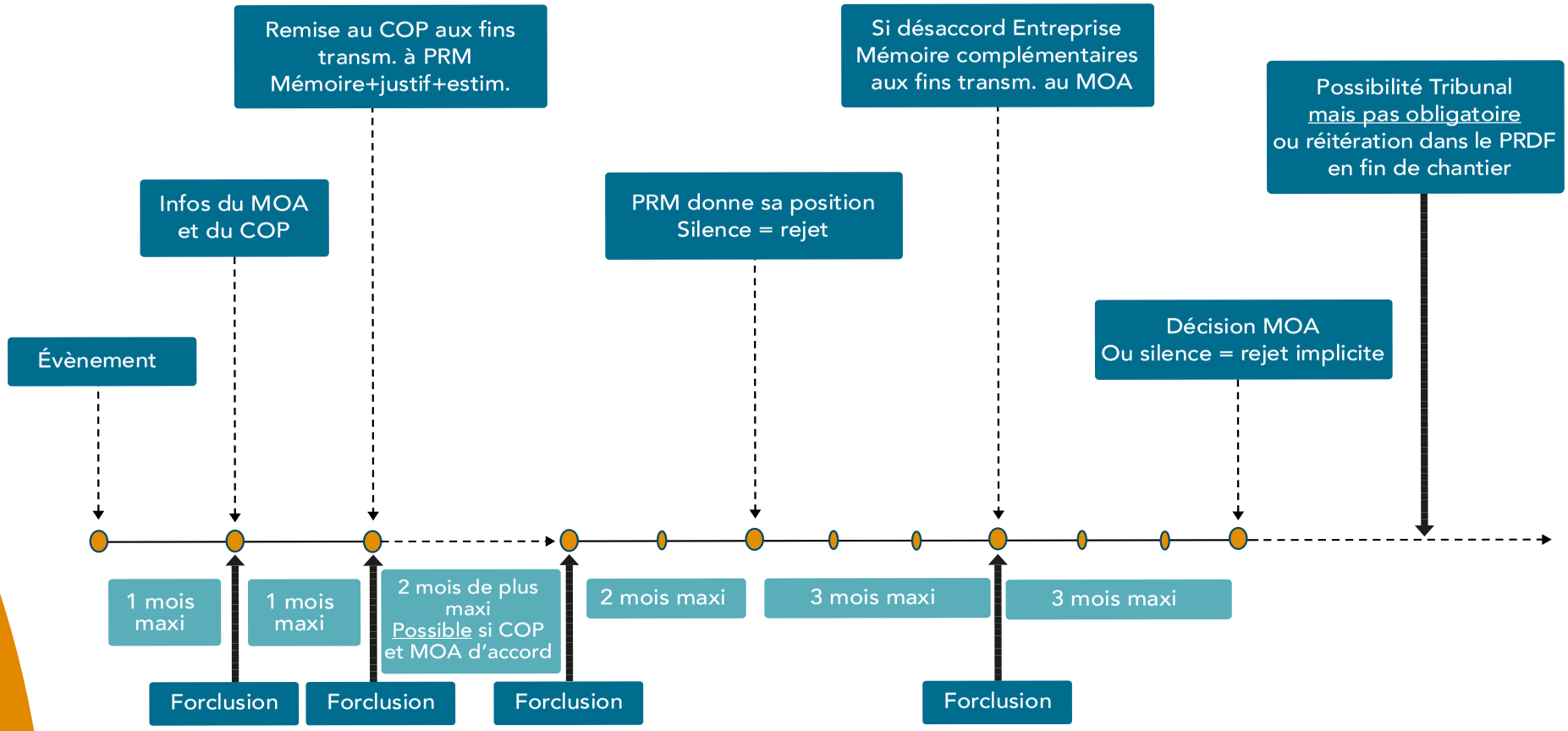
4. Si l'entrepreneur n'accepte pas la proposition du MOE ou le rejet implicite de sa demande, il doit, dans un délai de trois mois, réitérer sa demande dans un mémoire complémentaire établi aux fins de transmission au MOA. Le non-respect de ce délai génère une forclusion pour l'entreprise.

5. Le MOA dispose alors d'un délai de trois mois pour analyser le dossier et donner sa position. Son silence au terme de ce délai (silence qui pour lui, ne génère aucune forclusion) vaut rejet et fait courir le délai suivant.

6. Si l'entrepreneur n'accepte pas la proposition du MOA ou le rejet implicite de sa demande, il peut saisir le juge (mais ce n'est pas obligatoire) ou décider d'attendre la fin du chantier pour remettre la DRC récapitulative en annexe au PDF (la demande est ainsi « réitérée » dans le PDF).

   Attention ! Dans le PDF qui est présenté en fin de chantier, seules les DRC instruites selon cette procédure seront recevables. Celles non-instruites selon ce schéma ou frappées de forclusion, sont irrecevables.

Schéma synthétisant les différentes étapes d'instruction de chaque DRC
(Cahiers des charges inspirés des modèles « FIDIC »)



2.3 Variante du cas précédent : les réclamations présentées à date fixe

Certains CCAP imposent un mode d'examen obligatoire des réclamations à des dates fixes ou en fonction de l'avancement des travaux (marchés LGV notamment).

Ils dérogent aux principes du CCAG ou CCCG auquel ils se réfèrent, ce qui confirme la nécessité de lire attentivement ses pièces contractuelles.

Ci-dessous, une clause type :

« Le maître d'ouvrage souhaite avoir, à une périodicité régulière, une prévision aussi globale que possible du coût à terminaison de l'ouvrage et du respect des objectifs calendaires.

Cette périodicité sera fixée par le maître d'ouvrage en fonction des courbes de production correspondant à 25 %, 50 % et 75 % d'avancement du chantier établies par l'entrepreneur, issues du programme d'exécution visé par le maître d'œuvre.

A chacune de ces dates une réunion spécifique d'avancement est déclenchée à l'initiative du maître d'ouvrage au cours de laquelle sont évoqués :

- *L'avancement physique du chantier,*
- *L'analyse des retards éventuels avec les mesures envisagées par l'entrepreneur pour résorber ce retard, et les conséquences financières.*

Le bilan financier complet du chantier lié aux événements survenus est calculé pour la période écoulée par l'entreprise et soumis au maître d'ouvrage avec copie au maître d'œuvre au plus tard 15 jours avant chaque réunion y compris bilan des prix nouveaux provisoires.

En dérogation aux dispositions de l'article XX du cahier des charges, il est précisé que l'entrepreneur renonce à se prévaloir de tout évènement, tout fait ou difficulté connu, de tout prix nouveau demandé et de toute réserve formulée antérieurement à chacune des réunions spécifiques d'avancement, qui n'auront pas été formellement évoqués au cours de ces réunions.

Ces évènements, faits, difficultés, prix nouveaux ou réserves seraient alors de nul effet notamment sur le plan financier, et frappés de forclusion au titre de la présentation du projet de décompte final. Les événements survenus devront faire l'objet de constats contradictoires et ne devront pas être imputables aux méthodes de l'entreprise.

L'acceptation éventuelle du maître d'ouvrage pourra faire l'objet d'un avenant sur le périmètre spécifique des faits nouveaux et de leur incidence économique ».

Attention ! Ici encore, dans le PDF qui sera présenté en fin de chantier, seules les DRC instruites selon cette procédure seront recevables. Celles non-instruites selon ce schéma ou frappées de forclusion, sont irrecevables.

Remarques générales sur les réclamations instruites selon les cahiers des charges inspirés des modèles « FIDIC »

Ce type de disposition a pour but de permettre aux MOA d'avoir connaissance, en temps réel ou à date fixe, de l'évolution du projet en termes de délais et financièrement.
Il pose le principe d'une instruction des réclamations « en temps réel », ce dont les entreprises ne peuvent que se féliciter au regard de leur trésorerie.
La réalité n'est toutefois pas celle-là puisque le retour d'expérience montre que si ce mode d'instruction des réclamations permet bien au MOA de connaître les évolutions temporelles et économiques du projet, leur absence d'instruction effective par le MOA (rejet implicite des DRC à chaque stade de leur instruction) conduit à en repousser le règlement au terme du chantier, voire plus tard si des recours contentieux doivent être engagés.

Ce type de clause, qui génère des risques de forclusion importants à la charge du seul titulaire du marché, participe au déséquilibre des droits et obligations entre les contractants, au seul bénéfice du MOA.

3- Régime juridique des normes AFNOR - Marchés privés

La terminologie employée est désormais la même que celle du CCAG marchés publics de travaux. La procédure a été simplifiée et accélérée pour les deux normes :

- NF P03-001 du 20 octobre 2017 « Marchés privés de travaux de bâtiment »,
- NF P03-002 du 3 octobre 2014 « Marchés privés de travaux de génie civil ».

Rappel : pour les marchés privés, comme pour les marchés publics, les documents particuliers du marché peuvent déroger aux documents généraux. Il est donc indispensable de lire attentivement les pièces (notamment administratives) de son marché.

3.1 La réclamation en cours de travaux

Les réclamations en cours de travaux ne sont pas évoquées en tant que telles dans le cadre de ces normes. Il est donc essentiel de lire attentivement les clauses particulières de chaque marché, lesquelles peuvent introduire des dispositions dérogatoires et/ou complémentaires.

Sont visés les éventuels différends avec le MOE liés au refus d'établissement des attachements.

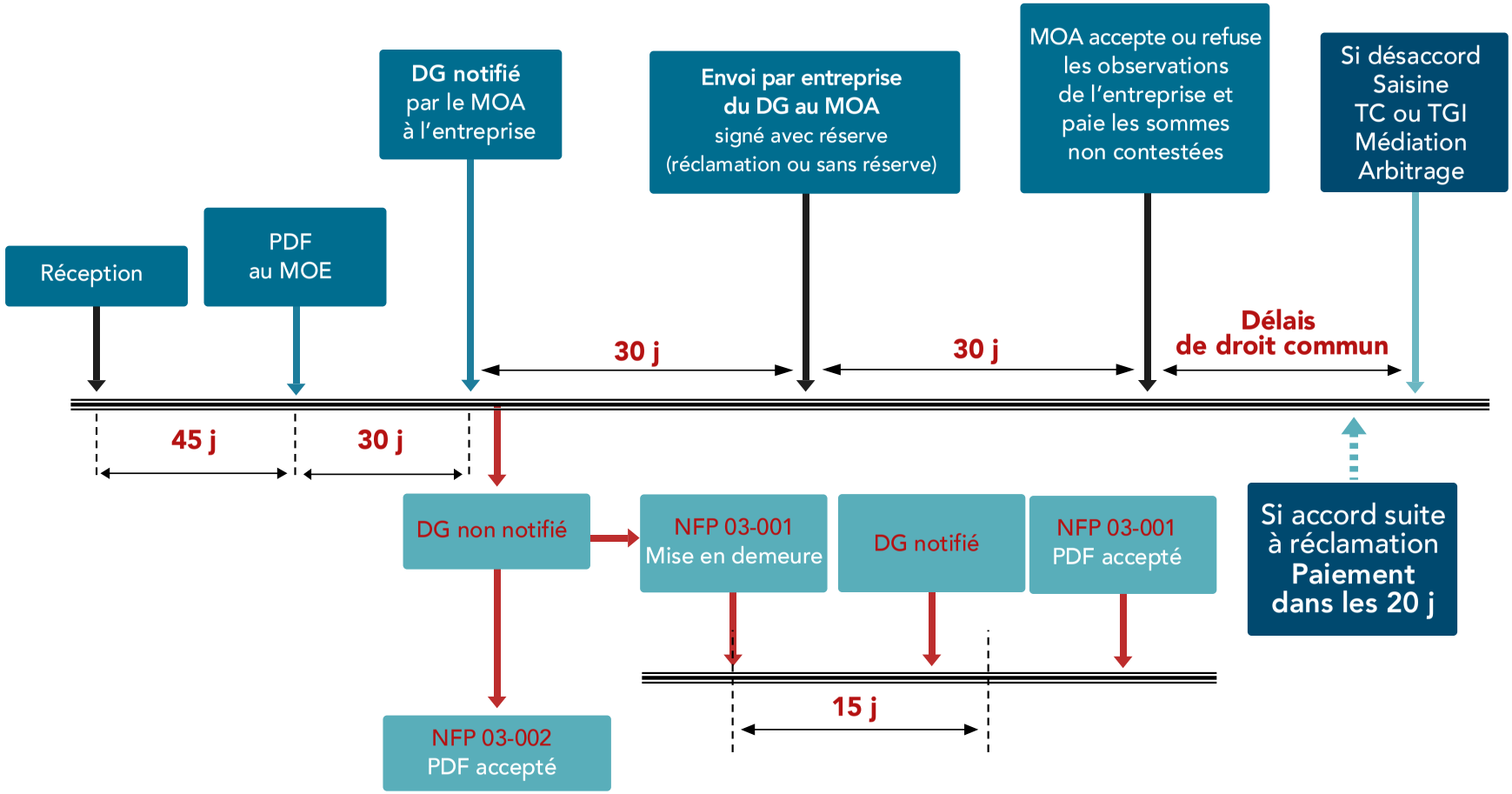
Dans cette hypothèse, il est renvoyé à la clause de règlement des contestations qui prévoit le recours à des modes alternatifs de règlement des litiges (médiation, conciliation) avant la saisine des tribunaux.

Les demandes de règlement non satisfaites devront en tout état de cause être réitérées lors de l'établissement du projet de décompte final.

3.2 La réclamation en fin de chantier

1. Dans le délai de 45 jours à dater de la réception, l'entrepreneur remet au MOE le PDF récapitulant la totalité des sommes dues au titre du marché. A défaut de remise dans les délais, le MOA peut, après mise en demeure restée sans effet, le faire établir par le MOE au frais de l'entrepreneur.
   Le MOE examine le PDF et établit le Projet de Décompte Général qu'il remet au MOA.
2. Le MOA notifie à l'entrepreneur le DG dans un délai de 30 jours à dater de la réception du PDF par le MOE.
3. L'entrepreneur dispose de 30 jours à compter de la notification du DG pour présenter, par écrit, ses observations éventuelles au MOA avec copie au MOE (passé ce délai, il est réputé avoir accepté le DG qui devient alors le DGD).
4. Le MOA dispose de 30 jours pour faire connaître par écrit s'il accepte ou non les observations de l'entrepreneur. Passé ce délai, il est réputé avoir accepté ces observations.
5. Si le DG n'est pas notifié à l'entrepreneur dans le délai de 30 jours visé au § 2 ci-dessus :
   - Norme NF P03-002 : le MOA est réputé avoir accepté (implicitement) le PDF de l'entreprise remis au MOE. Il devient alors le DGD,
   - Norme NF P03-001 : l'entrepreneur doit adresser au MOA une mise en demeure. En l'absence de notification du DG dans un délai de 15 jours, le PDF devient le DGD.

Le décompte général dans les normes marchés privés NFP 03-001 et NFP 03-002



III- PLAN TYPE – RECOMMANDATIONS POUR LA RÉDACTION

Les développements qui suivent correspondent à une trame théorique et simplifiée de réclamation à adapter aux spécificités de chaque opération.

Ce plan-type nécessite des adaptations au cas par cas. Mais s'il est respecté, il garantit son caractère « recevable » dans la mesure où il respecte les principes énoncés dans ce Guide.

Chaque rubrique fait l'objet, dans les pages qui suivent, d'exemples, de recommandations, et tente de répondre au mieux aux questions que le rédacteur d'une réclamation se posera ou, devrait se poser, au fur et à mesure de son élaboration.

PLAN TYPE PROPOSÉ

1- Préambule

2- Les pièces contractuelles

3- Les prévisions contractuelles
   3.1- Type de procédure retenue par le MOA
   3.2- Définition des besoins par le MOA
   3.3- Etendue et contenu de la mission de MOE

4- Les différents types de difficultés rencontrées ayant un impact sur les délais et le prix
   4.1- Difficultés techniques
   4.2- Difficultés à caractère administratif
   4.3- Difficultés à caractère économique et règlementaire
   4.4- Les clauses abusives

5- Le fondement juridique des demandes
5.1- Marchés publics
5.2- Marchés privés

6- Impact des difficultés sur les délais d'exécution
6.1- Planning de référence – Dernier planning contractuel
6.2- Format du planning contractuel à utiliser
6.3- Le chemin critique

7- Impact des difficultés sur le prix - Chiffrage des préjudices
7.1- Lien de causalité
7.2- Chiffrage des préjudices indirects
7.3- Intérêts moratoires ou de retard

8- Récapitulatif du chiffrage

9- Les annexes

1- Le préambule

En 2 pages, 3 pages maximum, il faut résumer de manière très synthétique, les caractéristiques du marché et les principales difficultés rencontrées.

Il sera d'abord fait un rappel sommaire des principales dispositions du marché :

√ Préciser qui sont les MOA et MOE.

√ Objet du marché.

- √ Localisation des travaux.
- √ Type de procédure utilisé (appel d'offres ouvert, restreint, MAPA, …) et le mode de dévolution (lots séparés, entreprise générale, conception-réalisation).
- √ Dates de lancement de l'appel d'offres et de remise des offres.
- √ Titulaire du marché (seul ou en groupement – GMES ou GMEC avec mandataire solidaire ou non).
- √ Principales contraintes imposées par le marché.
- √ Principaux travaux et quantités significatives.
- √ Dates de notification du marché et de l'O.S. de démarrage.
- √ Durée de la période de préparation et des travaux (notifiée par O.S ou non).
- √ Montant des travaux.
- √ Forfait ou bordereau.

Puis une brève évocation des principales difficultés rencontrées

Cette partie du préambule ne doit pas excéder deux ou trois paragraphes car elle n'a pour objet, ici, que d'annoncer la suite.

Le préambule sera conclu en donnant les deux axes de la réclamation : délais (si concernés) et montant total des surcoûts.

Il faut, après la lecture du préambule, que n'importe quel lecteur (y compris un lecteur qui ne connait pas le dossier) ait une vision d'ensemble du projet.

Il faut qu'il comprenne ce qui était demandé au titulaire et ce qu'il réclame au terme de l'exécution du chantier (ou en cours de chantier si la réclamation ne s'inscrit pas dans le cadre de l'instruction du Projet de Décompte Général).

2- Les pièces contractuelles

L'objectif de ce passage de la réclamation est d'alerter le lecteur sur le fait que :

- **Certaines pièces sont contractuelles** car énumérées dans le marché comme telles (cette énumération figure dans le CCAP en principe) et doivent en conséquence être prises en compte dans le raisonnement,
- **D'autres sont données pour « l'intelligence du projet »**, pour en comprendre toutes les spécificités, mais n'ont pas le rang contractuel (assez souvent, les rapports qui traitent de la géotechnique et de l'hydrogéologie).

Attention ! cette dernière catégorie de documents, même si elle n'est pas contractuelle, constitue la seule photographie dont dispose l'entreprise qui remet une offre pour arrêter son prix, ses méthodes et son planning.
Car celle-ci n'est pas autorisée à procéder à des sondages sur site tant qu'elle n'est pas titulaire du marché. Les candidats à la consultation ne disposent pas des prérogatives dont disposera le titulaire du marché après sa notification.

Contractuelles ou non, ces données sont celles mises à la disposition des candidats à l'appel d'offres, à l'issue du processus d'étude préliminaire à la charge du MOA (qui aboutit à la production de la G2 PRO), qui engage la responsabilité de ce dernier en cas d'omissions ou d'inexactitudes.

Le juge administratif précise que l'entreprise qui remet une offre « doit disposer d'***une information complète et adaptée*** » (Extrait CAA Douai 11.12.2008 (06DA01079) : « *… qu'ainsi, la Sté XXX … n'a pas été mise à même d'identifier les insuffisances initiales du projet par une information complète et adaptée, doit être regardée comme ayant supporté des sujétions et difficultés techniques imprévisibles qui doivent faire l'objet d'indemnisation si elles ont bouleversé l'économie du contrat ou sont imputables au maître d'ouvrage* »).

Dans cette partie de la réclamation, il faut donc simplement :

- Rappeler la liste des pièces contractuelles utiles à la démonstration,
- Les citer dans l'ordre décroissant d'importance, de prééminence,
- Préciser si le rapport géotechnique est contractuel.

Nota 1 : si le Règlement de la Consultation imposait une visite préalable des lieux, obligatoire avant remise des offres, rappeler que celle-ci ne donne qu'une vision superficielle des emprises.

Nota 2 : dans sa réclamation, un entrepreneur sera mal venu à dénoncer l'insuffisance des pièces du marché au regard de ce qu'elles doivent théoriquement contenir dès lors que ce constat aurait pu (dû) être fait lors de l'étude de l'affaire et être porté à la connaissance du MOA.

3- Les prévisions contractuelles

Ne pas négliger cette partie du dossier, la réclamation n'étant jamais que la comparaison de ce qui était « prévu » avec ce qui a été « réalisé ».

Selon le Dictionnaire du Management de Projet, une réclamation est une demande de modification du prix et/ou du délai, consécutive à des modifications avérées des hypothèses initiales du contrat.

Pour établir une comparaison entre deux situations, celle issue des hypothèses de départ et la réalité finale, il faut commencer par définir le premier élément de cette comparaison, la situation initiale telle qu'elle résulte des hypothèses contractualisées dans le marché.

C'est cette prévision contractuelle qui servira de point de référence.

Trop de réclamations éludent cette partie de la démonstration en se focalisant immédiatement sur l'autre terme de la comparaison, celui traitant de ce qui s'est réellement passé. Dans ce cas, le MOA/MOE sanctionne le plus souvent les demandes des entreprises qui négligent cette étape essentielle de la démonstration.

Brièvement résumée, cette étape de la réclamation a pour but de :

- Préciser comment ces prévisions ont été formalisées, contractualisées (mémoire technique joint à l'offre, période de préparation, informations données par le règlement de la consultation, notamment sur la date prévisible de démarrage des travaux, même si elle n'a été donnée qu'à titre indicatif),
- Rappeler le phasage (ordonnancement) des travaux retenu,
- Détailler les moyens prévus en matériels et en hommes (pour le matériel, on pourra rappeler qu'ils ont été sélectionnés à l'étude en fonction de leurs rendements, c'est-à-dire en fonction des capacités et performances fournies par les fabricants),
- Expliquer les méthodes arrêtées (notamment en fonction du rapport de sol) et les cadences ou rendements résultant des informations données aux entreprises au stade de la consultation,
- Indiquer, si c'est le cas, les adaptations intervenues en période de préparation et les documents remis (ou non remis) à ce stade en fonction des dispositions du CCAP et du CCTP (étant rappelé que la mise au point du marché ne peut modifier les éléments du projet de marché),

Au-delà des termes mêmes du contrat (les pièces contractuelles, comme vu au paragraphe précédent), il convient de rechercher quelles sont les hypothèses initiales qui ont conduit à retenir une offre et à signer le contrat.

Où trouver la trace des hypothèses initiales du contrat ?

3.1 Dans le type de marché et de procédure de consultation retenus par le MOA

Le marché est-il limité à l'exécution ou est-ce un marché de conception-construction ? Le MOA a-t-il décidé de recourir à une procédure négociée ou non ? A-t-il ouvert la consultation aux variantes ou non ?

Dans les marchés publics, le contrat est généralement de type « contrat d'adhésion », ne laissant que peu de place à la qualification de son offre par l'entreprise.

Toutefois, les procédures négociées et les marchés type Conception-Construction[1] ouvrent un champ de possibilités plus large qui permettent à l'entreprise de marquer l'offre de son empreinte personnelle.

(1) *dans l'hypothèse d'un marché conception-construction, l'entreprise doit bien identifier la frontière entre les missions conservées par le donneur d'ordre et celles transférées à l'entreprise, car de nombreux exemples ont montré que les grands donneurs d'ordre publics ont tendance, par habitude le plus souvent, à garder la main sur cette conception. C'est un point de réclamation essentiel qui ouvre un champ de réclamation spécifique : la réappropriation de la conception par le promoteur du projet.*

En sorte que les écarts constatés entre les hypothèses de départ et la réalité rencontrée à l'avancement des travaux, sur le terrain, lui offriront d'autant plus de motifs de réclamer, que le dossier de consultation des entreprises aura limité les marges de manœuvre et les apports personnels de l'entreprise.

Le droit à réclamation sera de ce fait plus facile à démontrer dès lors que le MOA aura adopté le parti d'imposer à l'entreprise toutes les modalités d'exécution du marché.

La question est en fait de vérifier si le MOA a souhaité que l'entreprise puisse « s'approprier » le projet, et dans quelle mesure il a souhaité et autorisé cette appropriation.

3.2 Dans la plus ou moins bonne définition de son besoin par le MOA

L'article L2111-1 du Code de la commande publique précise que « l*a nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminés avec précision avant le lancement de la consultation en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leur dimension économique sociale et environnementale* ».

Selon les textes régissant l'achat public, et ce de manière constante depuis la loi MOP du 12 juillet 1985 (désormais codifiée dans le CCP), le MOA est tenu de définir ses besoins avec précision.

Le rédacteur d'une réclamation doit donc vérifier en priorité si la définition du besoin a été menée à son terme par le client, dans le respect de chaque étape de la conception :

- Infrastructure (Travaux neufs) : Etudes Préliminaires (EP) et d'Avant-Projet (AVP),
- Infrastructure – Réhabilitation/Réutilisation : Diagnostic (DIA) et Avant-Projet (AVP),
- Bâtiment (travaux neufs) : Esquisse (ESQ) et Avant-Projet (APS/APD),
- Bâtiment – Réhabilitation/Réutilisation : Diagnostic (DIA) et Avant-Projet (APS/APD),

… et dans tous les cas, la mission PROJET (PRO) doit être menée à son terme, avant consultation des entreprises.

Constitue une faute engageant la responsabilité du MOA, le fait de lancer un projet de construction d'ouvrage neuf ou réhabilité/réutilisé (Bâtiment ou GC) sans avoir mené toutes les missions de conception à leur terme car ce sont ces hypothèses techniques, administratives et financières qui constituent le socle de la consultation des candidats dans le DCE.

Ce comportement fautif ouvre droit à indemnisation au profit du titulaire d'un marché de travaux.

Nota :

- Le PRO « livré » aux entreprises lors de la consultation est parfois une addition ou une juxtaposition de missions partielles menées au fil du temps par des BET différents. Il doit dans ce cas inclure la synthèse de toutes ces études.

  L'absence de cette synthèse révèle une insuffisance dans la conception du Projet qui ouvrira droit à réclamation si cette insuffisance a des effets préjudiciables pour le titulaire.

  Il est au demeurant regrettable que les études de conception soient trop souvent négligées par le MOA, le coût de ces études étant sans rapport avec les conséquences de cette négligence.

- Le PRO n'est pas une mission AVP « améliorée » ou un « presque PRO », mais un PROJET répondant en tous points à la définition de cet élément de mission.

Attention ! Ne pas oublier que l'entrepreneur, dans son domaine d'activité est un sachant (c'est-à-dire, quelqu'un qui a une expérience et doit, dans la mesure du possible, anticiper une partie de ces insuffisances. (le CCAG Travaux 2021 utilise les termes «parties diligentes» dans son article 54).

Son devoir de conseil l'oblige à alerter dès l'étude de l'affaire s'il décèle une lacune ou une incohérence « normalement décelable pour un professionnel expérimenté ».

3.3 Dans l'étendue et dans le contenu de la mission de Maîtrise d'œuvre

Il faut vérifier :

- √ Qui doit les plans EXE ?
- √ Quelles sont les modalités de délivrance des visas par le MOE et dans quels délais ?
- √ En cas de lots séparés qui doit la synthèse ? Qui doit l'OPC (planning et suivi planning) ?

Le choix de ces dispositions appartenant au MOA, toute défaillance à ce niveau lui sera imputable, voire sous certaines conditions, à la Maîtrise d'œuvre.

Dans un marché dans lequel un entrepreneur n'est en charge que de l'exécution des travaux, le CCAG Travaux précise dans son article 2, que :

> « *Le maître d'œuvre est la personne physique ou morale, publique ou privée, qui, en raison de sa compétence technique, est chargée par le maître de l'ouvrage ou son mandataire, afin d'assurer la conformité architecturale, technique et économique de la réalisation du projet objet du marché, de diriger l'exécution des marchés de travaux, de lui proposer leur règlement et de l'assister lors des opérations de réception ainsi que pendant la période de garantie de parfait achèvement* ».

Le même CCAG Travaux stipule dans son article 30 : « *Le titulaire ne peut, de lui-même, apporter aucun changement aux dispositions techniques prévues par le marché* ».

Dans ces conditions, il ne peut être exigé du titulaire, aucune initiative et les atermoiements du MOA/MOE dans la prise de décisions exonèrent l'entrepreneur de toute responsabilité sur les délais en même temps qu'ils lui ouvrent droit à prolongation de délais et à indemnisation que celui-ci démontrera dans son mémoire de réclamation.

En effet, seuls les juges peuvent ensuite décider d'une indemnisation de l'entreprise qui ne peut produire un ordre de service écrit dès lors que les travaux supplémentaires étaient indispensables à l'exécution du contrat dans les règles de l'art.

4- Difficultés rencontrées en cours de travaux ayant une incidence sur les délais et le prix

4.1 Difficultés à caractère technique

Attention ! Pour qu'une difficulté à caractère technique ouvre droit à réclamation, il faut obligatoirement, et c'est une condition indispensable, qu'elle soit imprévisible. Le CCAG Travaux précise en effet dans son article 9.1.1 que la sujétion technique ne doit pas être « *normalement prévisible* » dans les conditions de temps et de lieu dans lesquelles les travaux sont exécutés.

Les conditions particulières du marché (notamment CCAP) énumèrent un ensemble de sujétions qui sont « *réputées incluses dans le prix* » et sont, de ce fait, normalement prévisibles. L'article du CCAP qui traite du contenu du prix doit être lu attentivement avant de se lancer dans la rédaction de la réclamation.

A titre indicatif, suivent quelques cas ou exemples de difficultés techniques imprévisibles :

4.1.1 - Mauvaise définition des besoins par le MOA

- Nouvelle implantation de certaines parties d'ouvrages,
- Variation de quantités suite au redimensionnement des ouvrages,
- Augmentation des performances (de production) de l'ouvrage nécessitant des adaptations aux dispositions contractuelles,
- Nombreuses demandes de modifications ou d'ajustement.

4.1.2 - Géologie, hydrogéologie, géotechnique (1)

- Etat hydrique des matériaux du site,
- Découverte de karsts,
- Niveau de la nappe phréatique ou déviation de la nappe phréatique par des travaux exécutés récemment à proximité,
- Arrivées d'eau (sources artésiennes),
- Nature réelle des sols : découverte de blocs rocheux, argiles gonflantes … qui remettent en cause la maquette géotechnique produite au DCE ou interdisent le remploi des matériaux extraits alors que cette disposition est contractuelle.

(1) *Sont visées ici, des difficultés non-identifiées dans le dossier géotechnique joint au DCE*

4.1.3 - Exécution de prestations à la charge du MOA

- Retard d'exécution d'opérations préliminaires à la charge du MOA (défrichements, dévoiements de réseaux …),
- Non réalisation avant travaux d'un exutoire à la charge du MOA.

4.1.4 - Fouilles archéologiques

- Découverte fortuite de vestiges,
- Libération tardive des emprises due aux fouilles archéologiques.

4.1.5 - Réseaux

- Retards d'intervention des concessionnaires,
- Découverte de réseaux non-identifiés dans les DT/DICT,
- Absence de consignation des réseaux (démolition, travaux sur voies ferrées),
- Drainage agricole.

4.1.6 - Découverte d'obstacles dans le sol (2)

- Vestiges de guerre,
- Blocs de béton, radiers …

(2) *Non-identifiés lors des reconnaissances préalables*

4.1.7 - Pollutions

- Sols, sous-sols, eaux polluées,
- Matériaux pollués, décharges sauvages,
- Matériaux amiantés enfouis.

4.1.8 - Co-activité non-prévue, imposée au titulaire

- Nouvel intervenant (hors marché) sur le site,
- Décalage dans le temps d'un intervenant.

4.1.9 - Contraintes liées à l'environnement

- Espèces protégées.

Ces difficultés techniques ont toutes un point commun : elles ont un caractère matériel, donc constatable. Le dossier de réclamation va les énumérer et les décrire et devra prouver leur existence.

Car c'est à l'entrepreneur de prouver la réalité de ces difficultés techniques imprévisibles et pour cela il doit commencer par établir leur matérialité … c'est à celui qui demande qu'incombe l'obligation de prouver qu'il est dans son bon droit dit en substance l'article 1353 du Code civil.

L'essentiel est donc d'assurer la **TRAÇABILITÉ** de ces difficultés.

Le mémoire de réclamation se réfèrera donc à tous les outils contractuels disponibles pour prouver l'existence de ces difficultés [1].

[1] Vous pouvez utiliser les outils sur la traçabilité des évènements de chantier sur le site FNTP.

4.2 Difficultés à caractère administratif

4.2.1 - Emprises foncières

- Libération tardive ou libération progressive et partielle des emprises du chantier, par zones, livrées au fur et à mesure des acquisitions amiables ou des expropriations (sauf si cette spécificité est annoncée dans les pièces contractuelles),
- Indisponibilité des accès au site des travaux quand les autorisations sont à la charge du MOA. Exemple : les conventions à signer avec les riverains sur la trace d'un tramway à construire,
- Emprises insuffisantes pour réaliser les travaux (exemple : la pente nécessaire pour la tenue des talus d'un ouvrage routier nécessite d'empiéter sur les emprises riveraines dont l'acquisition n'a pas été réalisée).

4.2.2 - Retards dans l'obtention des autorisations administratives

- Code de l'environnement (arrêté loi sur l'eau),
- Autorisation d'Occupation Temporaire (AOT) du domaine public,
- Déclassement des bois,
- Arrêté Conseil National de Protection de la Nature (CNPN),
- Problèmes de mitoyenneté non-réglés avant démarrage des travaux.

4.2.3 - Non communication dans les délais contractuels des pièces dont l'envoi est prévu au CCAP ou au CCTP

- Documents du marché dont la transmission doit être effectuée au titulaire et qui ne lui sont pas transmis dans les délais contractuels.

4.2.4 - Non désignation d'un intervenant dans la continuité des travaux

- Nouveau MOE ou OPC dont la désignation tarde à être notifiée.

Attention ! Il ne suffit pas d'affirmer, il faut justifier ses affirmations.
Ici encore, les « outils sur la traçabilité des évènements de chantier » en ligne sur le site de la FNTP seront utilement utilisés pendant le cours du chantier.

4.3 Difficultés à caractère économique et règlementaire

Il arrive que l'entreprise rencontre, en cours d'exécution, des difficultés de nature économique ou règlementaire et que ces difficultés lui occasionnent un préjudice.

Ces difficultés peuvent être de plusieurs ordres :

- Augmentation du prix de certaines matières premières (pétrole, chaux, acier etc.),
- Augmentation du coût de la main d'œuvre, résultant par exemple de mesures prises par le MOA et modifiant les conditions de réalisation du chantier (ex. : augmentation du nombre d'heures travaillées la nuit, qui engendre nécessairement des surcoûts salariaux) **ou encore le cas des dispositions impératives à adopter sur les chantiers face à la crise sanitaire du COVID 19 qui viennent prolonger les délais d'exécution et renchérir le coût des travaux (cf. Flash TP transmis par la FNTP à ses adhérents),**
- Difficultés d'approvisionnement d'un matériau particulier (ex. en 2017 avec la crise du polyuréthane), en 2021 suite à la crise sanitaire de la COVID 19 et en 2022 avec la guerre en Ukraine,
- Augmentation du prix de consommables (carburant),
- Inadéquation des indices (composantes) des formules de révision de prix qui varient de manière non représentative et excessive au regard des prévisions contractuelles,
- Entrée en vigueur d'une disposition législative ou réglementaire en cours de marché ayant une incidence sur les coûts ou les conditions d'exécution (dont l'incidence est désormais envisagée dans le CCAG Travaux 2021 - art. 9.1.1.).

Attention ! si cette disposition est précédée de longs débats parlementaires préalablement à son adoption, largement relayés par la presse, le juge considère que le caractère imprévisible n'existe pas (ce fut le cas pour le passage aux 35 h.).

- Variation du cours de la monnaie dans laquelle est payée l'entreprise,
- Mesures diverses prises par l'administration ayant une incidence temporelle ou économique. Sous réserve des dispositions du marché, ce préjudice est indemnisable sous certaines conditions.

En marchés publics, les fondements juridiques généralement utilisés dans le cadre d'une réclamation au titre de difficultés à caractère économique ou règlementaire sont les suivants : l'imprévision, le fait du Prince, la force majeure. Ces fondements sont brièvement évoqués dans le chapitre suivant et sous forme de tableau en Annexe 2 au présent Guide. Leur mise en œuvre nécessite le plus souvent l'appui d'un conseil juridique.

Autre possibilité de réclamation que la révision et l'imprévision ?

Dans les marchés publics remplissant les conditions réglementaires pour en bénéficier, les variations économiques constatées pendant l'exécution du marché sont couvertes par l'application de la clause contractuelle de révision du prix du marché.

Si cette variation revêt un caractère exceptionnel par son ampleur, le titulaire peut bénéficier de la théorie de l'imprévision.

Toutefois, ces deux mécanismes de révision du prix du marché ont leurs limites du fait que :

- La clause de révision de prix, même si elle apparait inadaptée, insuffisante et non représentative de l'évolution économique constatée, a un caractère intangible (dispositions du CCP confirmées par le juge administratif);

- La théorie de l'imprévision est soumise à des conditions très restrictives qui en limitent l'intérêt aux seuls cas de véritable bouleversement de l'économie du marché.

Le titulaire d'un marché peut donc se trouver dans la situation suivante : la clause de révision de prix ne couvre que partiellement l'évolution économique constatée, sans pour autant que celle-ci atteigne une ampleur suffisante pour pouvoir indiquer la théorie de l'imprévision.

Par référence aux dispositions du CCP (art. L.2194-1 … modifications du marché « rendues nécessaires par des circonstances imprévues ») et à celles du CCAG 2021 (art. 54 « clauses de réexamen »), le Comité juridique de la FNTP propose une alternative, celle d'assimiler les hausses de prix à une circonstance imprévue.

Que ce soient des difficultés techniques, administratives ou économiques, expliquer à chaque fois :

- En quoi cela était imprévisible,
- Quelle a été l'incidence sur les conditions d'exécution (lien de causalité),
- Que la cause du problème est extérieure à l'entreprise.

Justifier ses affirmations par référence :

- Aux pièces du marché,
- Aux comptes rendus de réunions de chantier,
- Aux constats,
- Aux courriers,
- Aux réserves sur O.S.,
- Au journal de chantier.

Justifier avoir informé (de préférence prévenu) le MOE.

4.4 Le marché peut-il neutraliser, par principe, votre droit à réclamation ?

Ce qui est visé ici, c'est la tentation du MOA d'interdire, par principe, tout droit à réclamation pour l'entreprise, quelle que soit la nature de la difficulté rencontrée (technique, administrative …) et quel que soit son intensité, son degré de perturbation.

Certaines dispositions contractuelles insérées dans le CCAP ou le CCTP d'un marché ont ainsi pour but de neutraliser toute incidence d'un évènement, même imprévisible, quelles qu'en soient les conséquences.

A titre d'exemple caractéristique, la clause suivante issue de la réalisation d'un ouvrage de transport public en site urbain :

« *Ce calendrier prévisionnel ainsi que le découpage en tronçons sont joints au présent marché, à titre purement indicatif et non-contractuel* ».

« *Le Maître de l'ouvrage ne peut assurer, sur les travaux du présent marché, un déroulement en continuité géographique et temporelle. Les contraintes d'interfaces avec les projets concomitants pourront entrainer une interruption temporaire des travaux sur un secteur pour permettre la réalisation de ces travaux concomitants* ».

« *D'une manière générale, aucun entrepreneur ne pourra élever une réclamation basée sur la gêne que pourraient lui occasionner les entreprises appelées à exécuter d'autres travaux dans l'étendue et le voisinage de ses chantiers …* ».

Ce type de clause crée un déséquilibre contractuel anormal au seul profit du MOA et, le plus souvent, n'a pour seul objectif, que de masquer ou pallier l'insuffisance des études de conception en amont au niveau du PRO.

La responsabilité du titulaire du marché ne saurait excéder les sujétions qui sont « *normalement prévisibles dans les conditions de temps et de lieu où s'exécutent les travaux* ». Le juge veille à ce que les clauses contractuelles soient interprétées et exécutées de manière loyale et raisonnable.

Car au stade de l'élaboration de son offre, l'entreprise est dans la totale incapacité de vérifier l'exactitude des données qui lui sont fournies (notamment pour tout ce qui concerne l'état du sous-sol et l'intervention de tiers non-missionnés par lui). Il va de soi que si l'ampleur de ces contraintes dans la réalité du chantier dépasse significativement ce qui était normalement prévisible au stade de l'offre et lors de la signature du marché ou qu'elles s'avèrent erronées, les conséquences de telles erreurs ne sauraient être supportées par le titulaire.

Des clauses de ce type s'entendent dans les limites habituelles fixées par le CCAG et la jurisprudence. C'est-à-dire pour autant que ces aléas, sujétions etc. soient normalement prévisibles et n'emportent pas des conséquences telles qu'elles ne puissent être raisonnablement réputées incluses dans les prix.

C'est exactement ce que rappelle le Conseil d'Etat dans son arrêt n° 95863 00903 00998 du 13 octobre 1978, dans les termes suivants :

« *Considérant que ni la circonstance que le marché a été conclu à forfait ; ni les stipulations de l'article 39 du devis-programme selon lesquelles «en aucun cas l'entrepreneur ne pourra se prévaloir de l'insuffisance ou de l'inexactitude des renseignements fournis par le département ... pour demander une indemnité» ne sont de nature à exclure l'indemnisation de l'entrepreneur dans la mesure où celui-ci justifie que les difficultés imprévues qu'il a rencontrées ont eu pour effet de bouleverser l'économie du contrat* ».

Quant à l'arrêt de la Cour Administrative d'Appel de DOUAI du 11 décembre 2008 (06DA01079) déjà cité, il précise que la responsabilité du MOA est engagée en cas de non transmission à l'entreprise d'une « information complète et adaptée ».

Dans le cas d'un marché au forfait, le Conseil d'Etat, dans l'arrêt « Haute Normandie » (complété par deux arrêts (« Tonin » 384716 du 12.11.2015 et « Eiffage Construction » 383245 du 06.01.2016) a confirmé les hypothèses dans lesquelles des difficultés imprévues, rencontrées à l'avancement des travaux, ouvrent droit à indemnisation au profit du titulaire :

« *Les difficultés rencontrées dans l'exécution d'un marché à forfait ne peuvent ouvrir droit à indemnité au profit de l'entreprise titulaire du marché que dans la mesure où celle-ci justifie :*

- *Soit que ces difficultés trouvent leur origine dans des sujétions imprévues ayant eu pour effet de bouleverser l'économie du contrat,*
- *Soit qu'elles sont imputables à une faute de la personne publique commise notamment dans l'exercice de ses pouvoirs de contrôle et de direction du marché, dans l'estimation de ses besoins, dans la conception même du marché ou dans sa mise en œuvre, en particulier dans le cas où plusieurs cocontractants participent à la réalisation de travaux publics* ».

Dans un arrêt du 11 octobre 2021 « Société CMEG », le Conseil d'Etat a admis qu'un titulaire d'un marché public peut se prévaloir des manquements aux stipulations d'un contrat passé entre le maître d'ouvrage et un autre participant à la même opération (ex : en cas de retard d'exécution). Ainsi, des participants à une même opération de travaux publics, peuvent répondre du marché, non seulement vis-à-vis du maître d'ouvrage, mais également entre eux.

5- Le fondement juridique des demandes

5.1 Marchés publics

a) Fondement contractuel

La plupart des cahiers de clauses administratives générales tels que :

- Le CCAG applicable aux marchés publics de travaux,
- Le CCCG applicable aux marchés de travaux de SNCF,
- Les Conditions Générales d'Achat d'EDF,

font valoir (à la formulation près) que les prix « *sont réputés tenir compte de toutes les sujétions d'exécution des travaux qui sont normalement prévisibles dans les conditions de temps et de lieu où s'exécutent ces travaux …* ».

La réclamation va donc devoir démontrer en quoi ce qui s'est passé ne s'est pas passé dans des conditions normalement prévisibles.

Cette notion ne peut se détacher de celle des « conditions de temps et de lieu où s'exécutent les travaux ».

A titre d'exemple, la survenance d'un cyclone sur l'île de la Réunion au mois de janvier (qui correspond à l'été austral), bien que potentiellement génératrice de nombreux dégâts matériels sinon humains, représente un évènement « normal » sur cette île à cette époque. La période s'étendant de novembre à mars est d'ailleurs qualifiée de « période cyclonique ».

Le « *normalement prévisible dans les conditions de temps et de lieu* » peut également couvrir d'autres aspects : la législation et la règlementation par exemple (une évolution règlementaire en cours de travaux ayant un impact sur les prix du marché peut également fournir un bon fondement) **de même que le contexte généré par la COVID 19.**

Encore faut-il que cette évolution n'ait pas été envisagée avant la date limite de remise d'offres.
Les exemples qui précèdent sont surtout liés à des évènements « hors contrat ».
Mais il peut y en avoir (et ils représentent en général la majorité des cas) qui sont la constatation d'écarts directs avec le contrat.

A titre d'exemple, le marché prévoit la construction d'un tablier de pont sur poutres en béton armé, mais on se retrouve à réaliser des poutres métalliques.

Dans ce cas, le rédacteur de la réclamation pourra mettre en avant comme fondement un écart entre le réalisé et les stipulations du contrat, écart qui semble relever du non normalement prévisible puisque le DCE n'avait pas envisagé le cas.

Mais le juge, depuis quelques années ajoute parfois des conditions supplémentaires. Sous réserve du particularisme propre à chaque affaire, on constate parfois que le juge estime que si la mise en évidence du « non normalement prévisible » reste une condition nécessaire, elle n'est plus toujours suffisante.

Voici ce qu'a pu juger le Conseil d'État dans un arrêt du 19 juillet 2017 (n° 392707) :

« 1. … « *L'entrepreneur est réputé avoir, à la remise de son offre (...) apprécié exactement toutes les conditions d'exécution des ouvrages et s'être parfaitement et totalement rendu compte de leur importance et de leurs particularités » et « contrôlé toutes les indications des documents d'appel à la concurrence notamment celles données par le CCTP, les plans et dessins, s'être entouré de tous les renseignements complémentaires éventuels du maître d'œuvre, et avoir pris tous renseignements utiles auprès des services publics (...)* » ;

que le rapport d'expertise rendu le 13 juillet 2011 souligne que « l'impossibilité de réaliser le projet selon la solution du bureau d'études Xxxx est avérée, mais ce point aurait dû être détecté par l'entreprise Yyyy : 1 / durant la période d'analyse du DCE que devait effectuer l'entreprise pour établir son offre de prix (phase d'appel d'offre en vue de l'établissement de sa proposition) (...) ».

Par précaution, il est donc recommandé, à la fois de démontrer que :

- Les travaux n'étaient pas prévus,
- Les conditions de leur exécution diffèrent de celles décrites dans le DCE ou, à défaut de précision dans le DCE, dans les sous-détails de prix ou le mémoire technique,
- Et que ces évolutions n'étaient pas décelables lors de la phase d'appel d'offres.

Au final, les fondements d'une bonne réclamation doivent idéalement reposer sur :

- La démonstration du non normalement prévisible dans les conditions de temps et de lieu où s'exécutent les travaux,
- La mise en évidence des écarts par rapport au marché ou au contrat,
- La démonstration du caractère non décelable de l'évènement donnant lieu à réclamation au stade de l'appel d'offres,
- Et/ou la mise en évidence de la faute commise par le MOA.

b) Fondements juridiques élaborés par le juge

Certains fondements évoqués ci-avant ont été élaborés par le juge au fur et à mesure de l'évolution des affaires qu'il avait à examiner :

- L'imprévision,
- Le fait du Prince,
- La force majeure.

Ces fondements nécessitent l'appui le plus souvent d'un conseil juridique. Ils sont présentés brièvement, sous forme de tableau, en ANNEXE 2 au présent Guide afin de rappeler les conditions de leur mise en œuvre et leur spécificité.

5.2 Marchés privés

a) Fondements contractuels

Dans une rédaction et une présentation qui sont différentes, les cahiers des charges des marchés privés :

- La norme NF P03-001 (CCAG applicable aux marchés privés de bâtiment - Edition 2017),
- la norme NF P03-002 (CCAG applicable aux marchés privés de génie civil - Edition 2014),

prévoient un droit à réclamation de la part de l'entrepreneur dès lors que les conditions contractuellement convenues subissent des modifications qui n'étaient ni prévisibles, ni du fait de l'entrepreneur.

En outre, en marchés privés, l'article 1195 du Code civil prévoit la possibilité pour une partie à un contrat d'en demander la renégociation. Encore faut-il pour cela constater un changement de circonstances imprévisible, qui rend l'exécution excessivement onéreuse pour cette partie, et que celle-ci n'en ait pas accepté les risques.
La norme NF P03-001 reprend en les aménageant les dispositions de l'article 1195 du Code civil :

« Si un changement de circonstances, imprévisible lors de la conclusion du marché, rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du marché à son cocontractant. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties conviennent de recourir à une conciliation ou à une médiation conformément au 21.2 préalablement à toute action en justice ou procédure d'arbitrage ».

b) Fondements juridiques élaborés par le juge

Le tableau figurant en ANNEXE 3 reprend, de manière synthétique, ces différents fondements issus tant de la législation (code civil) que des principes issus du contrat ou des normes AFNOR marchés privés :

- Imprévision,
- Sujétions imprévues / Bouleversement de l'économie du contrat / Forfait,
- Force majeure.

L'interprétation de ces règles, leur utilisation comme fondement d'un mémoire de réclamation, le caractère adapté à chaque cas particulier, peuvent justifier le recours à un professionnel du droit.

6 - Impact des difficultés sur les délais d'exécution

Les difficultés évoquées au chapitre 4 ont généralement pour conséquences la perturbation du planning d'exécution entrainant le plus souvent une augmentation du délai.

Il est donc important de construire au fur et à mesure de la survenance des évènements le planning « mérité » de l'opération, c'est-à-dire le planning intégrant les évènements en question et leurs conséquences potentielles sur le délai global ou les délais partiels de l'opération.

Si le retard est imputable à l'entrepreneur, celui-ci en assume les conséquences sous la forme de pénalités le plus souvent. Dans le cas contraire, elles ne sont pas de son fait et donc, un droit à indemnisation lui est ouvert.

A l'argumentaire permettant l'obtention d'un droit à délai, il faudra ajouter une justification des conséquences financières, qui se fera sur la base du planning effectivement réalisé.

Le droit à prolongation de délai résulte des dispositions figurant dans la plupart des cahiers des charges et s'inspirent souvent de la rédaction du CCAG Travaux 2021 - dont la clause sur le droit à prolongation de délais est la suivante :

« 18.2.2. Une prolongation du délai de réalisation de l'ensemble des travaux ou d'une ou plusieurs tranches de travaux ou le report du début des travaux peut être justifié par :

- *Un changement du montant des travaux ou une modification de l'importance de certaines natures d'ouvrages,*
- *Une substitution d'ouvrages différents aux ouvrages initialement prévus,*
- *Une rencontre de difficultés ou de circonstances imprévues au cours du chantier,*
- *Un ajournement de travaux décidé par le maître d'ouvrage,*
- *Un retard dans l'exécution d'opérations préliminaires, y compris en ce qui concerne les autorisations administratives liées à l'exécution du marché, qui sont à la charge du maître de l'ouvrage ou de travaux préalables qui font l'objet d'un autre marché ».*

6.1 Planning de référence : dernier planning contractuel

En principe, ce planning est celui visé par l'article 28.2.1 dans le cadre des marchés soumis au CCAG Travaux.

Toutefois, il est possible que ce planning de référence soit celui de l'offre, ou celui de la mise au point du marché ou encore celui établi pendant la période de préparation.

Il est donc essentiel d'identifier le premier planning de référence qui servira au comparatif entre ce qui était prévu et ce qui est réalisé dans les faits.

En cours de chantier, un évènement va perturber l'ordonnancement ou le déroulement des études et/ou des travaux (phasage, écarts…) par rapport au planning en vigueur à la date de survenance de cet évènement. Ce planning est le dernier planning contractuel à la date de l'évènement.

Le titulaire peut aussi utiliser les programmes détaillés périodiques, établis dans le respect du planning contractuel général, pour justifier sa demande.

6.2 Format du planning contractuel à utiliser dans une DRC

La démarche va consister à démontrer l'écart entre le planning contractuel et le planning de réalisation, afin de fonder le droit du titulaire à prolongation de délais/ indemnisation.

Le plus simple est d'établir un planning comparé.

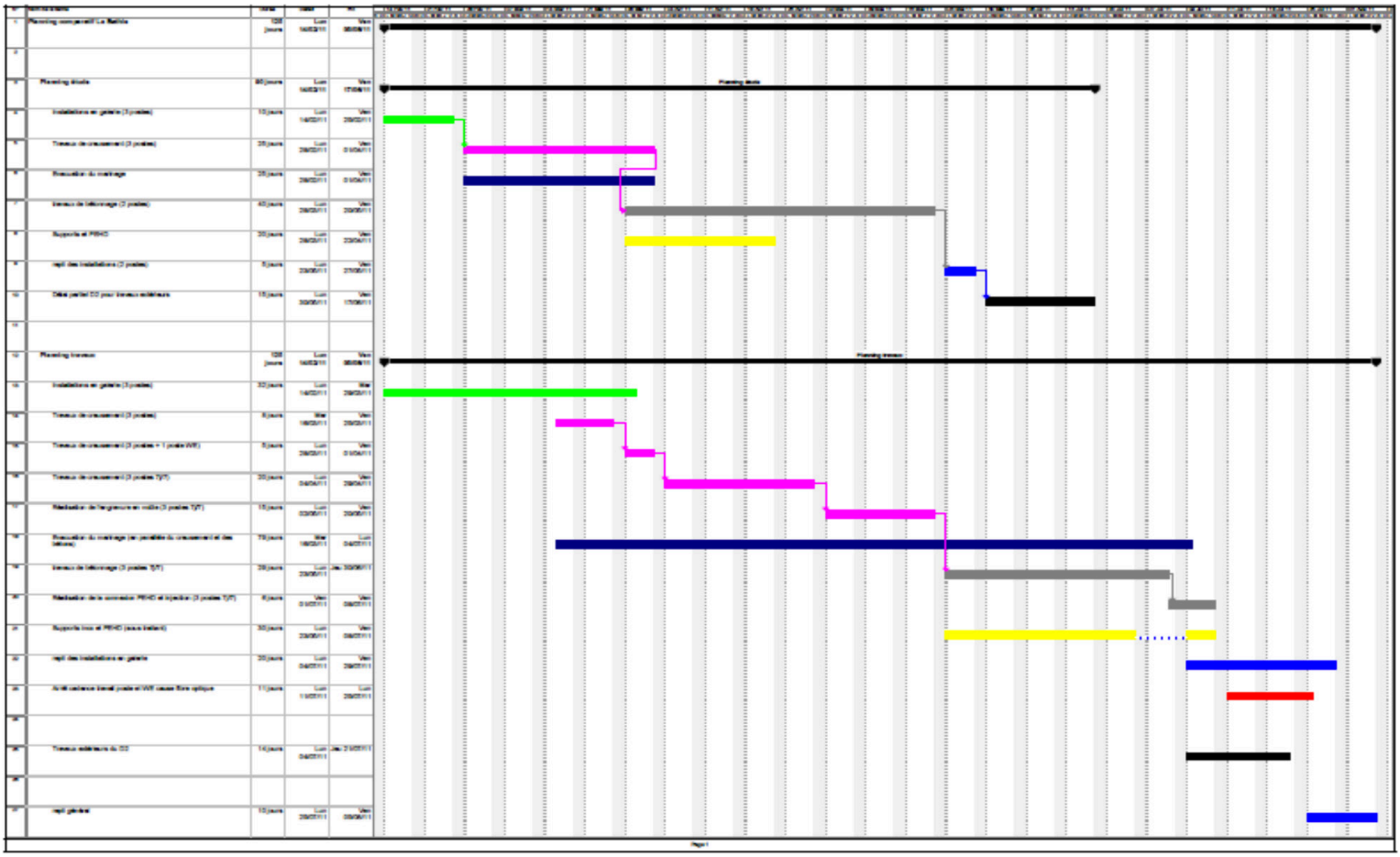
Ce planning comparé doit être lisible. A ce titre, certaines tâches peuvent être masquées (il ne faut pas le surcharger d'informations, qui font perdre au document produit son caractère démonstratif).

Le chemin critique doit y être clairement représenté.

Selon ce que l'on veut démontrer, on peut faire figurer sur ce planning, les dates des principaux prérequis : remise des données d'entrée dues par le client, lancement des lots annexes si le marché est alloti, mise à disposition des zones de travaux ...

Il doit donner une vision globale de ce qui a été réalisé par rapport à ce qui était prévu.

Voir ci-dessous un exemple de comparatif « Prévu / Réalisé ».



Ce premier comparatif (partie supérieure du tableau, ce qui était prévu et partie inférieure, ce qui a été réalisé), bien qu'extrêmement simplifié, permet de mettre en évidence, sans même lire le détail de chaque tâche qui figure en marge :

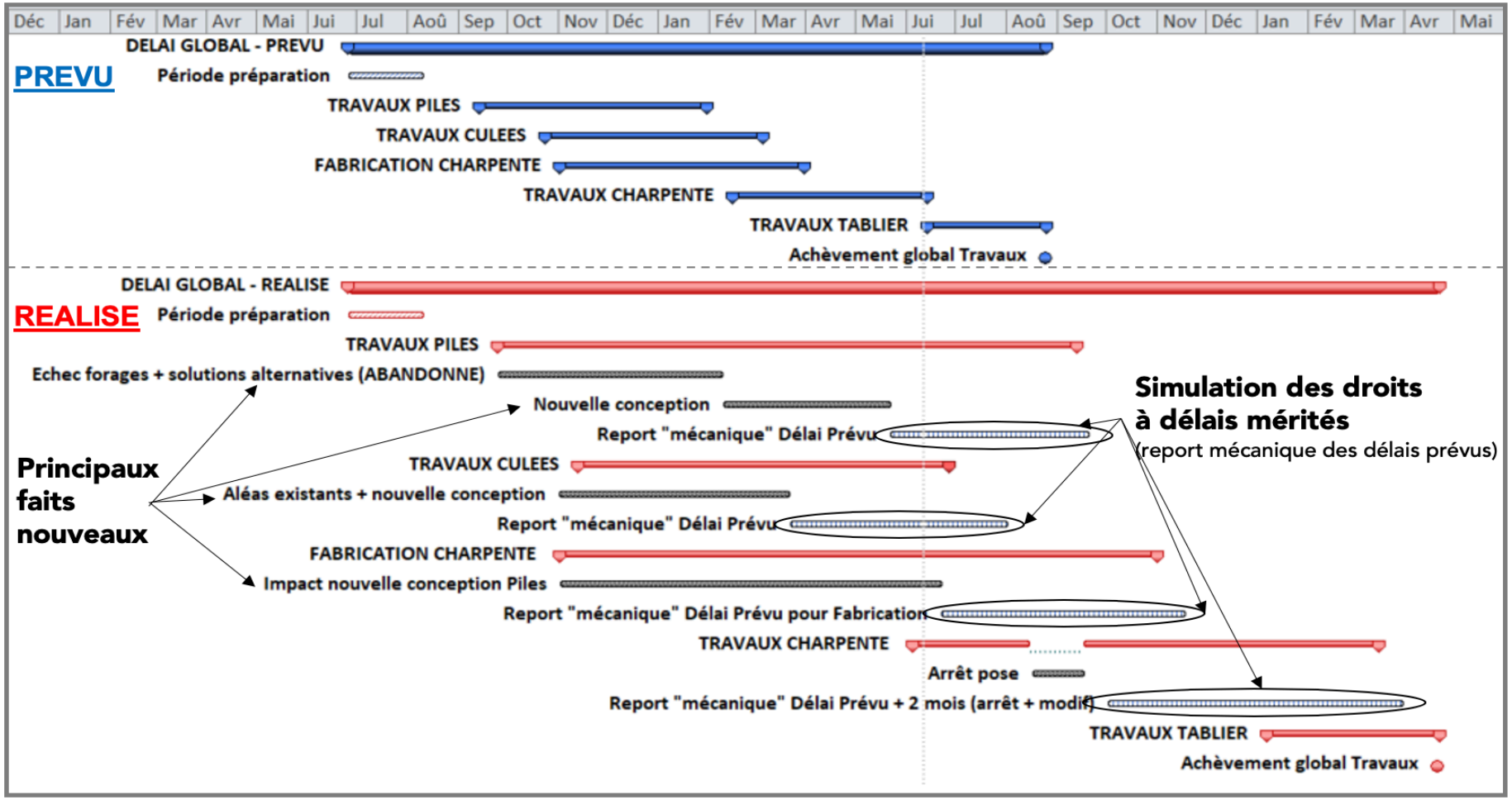
- Le décalage des tâches dans le temps,
- Leur morcellement,
- Leur allongement,
- L'apparition de nouvelles tâches ou de nouveaux intervenants.

Ce schéma est l'illustration d'un argumentaire, abordable pour un non-technicien ou pour une personne qui découvre le dossier mais ne se suffit pas à lui-même.

Il met en évidence le décalage de toutes les tâches initialement prévues et le bouleversement de l'ordonnancement des travaux qui en résulte.

Mais on peut être plus explicite, comme dans l'exemple ci-après :

Exemple de Planning Prévu-Réalisé



Ici encore, le schéma accompagne utilement la synthèse des arguments développés dans la réclamation dans la mesure où il met en évidence les points suivants :

- Le décalage et l'allongement des tâches dans le temps,
- Les faits nouveaux à l'origine des modifications d'ordonnancement (causes),
- Les droits à délais mérités, exprimés au travers d'un exercice de report mécanique des délais prévus à compter de l'obtention effective des prérequis (figeage de la nouvelle conception par exemple).

6.3 Le « chemin critique »

Le chemin critique est la succession des tâches du projet qui en détermine sa durée minimale.

Si un évènement retarde l'une des tâches situées sur le chemin critique, celui-ci a un effet domino sur l'enchaînement des tâches.

Il peut s'agir :

- Du retard d'un jalon client,
- D'une perturbation sur une tâche critique (levée d'un Point d'Arrêt, changement d'une hypothèse d'étude …). La perturbation « pousse » l'enchainement des tâches critiques, qui génère un droit à délai,
- D'une perturbation sur une tâche qui n'était pas critique sur le planning initial mais qui le devient,
- D'une perturbation diffuse : intempéries répétées, nombreuses modifications du Projet.

Même si chaque perturbation n'induit pas une conséquence directe sur le chemin critique, l'accumulation ou la concomitance des perturbations peuvent conduire à une désorganisation globale qui donne droit à un délai du fait de la perte de productivité. A titre d'illustration, prenons le cas de travaux de réhabilitation d'un pont, situé en partie au-dessus d'une voie ferrée.

Le marché comprend une date critique : la date d'interruption de travaux ferroviaires (cette date est fixée par le marché, négociée par le MOA avec la SNCF, bien avant la signature du marché). Cette date ne peut pas être modifiée.

Evènement : retard d'un mois de la notification du marché.

- La mise en place de mesures d'accélération pour compenser ce retard dont l'origine est du fait du MOA, ouvre droit pour le titulaire à l'annulation de toute pénalité et à être indemnisé des coûts liés à ces mesures d'accélération.

Autre évènement : modification du projet par le MOA, engendrant une modification des équipements à incorporer dans l'ouvrage nécessitant donc un nouveau délai d'approvisionnement.

- L'origine du décalage étant du fait du MOA, le titulaire est fondé à être indemnisé des surcoûts liés au retard de livraison sur chantier outre ses droits à délais supplémentaires.

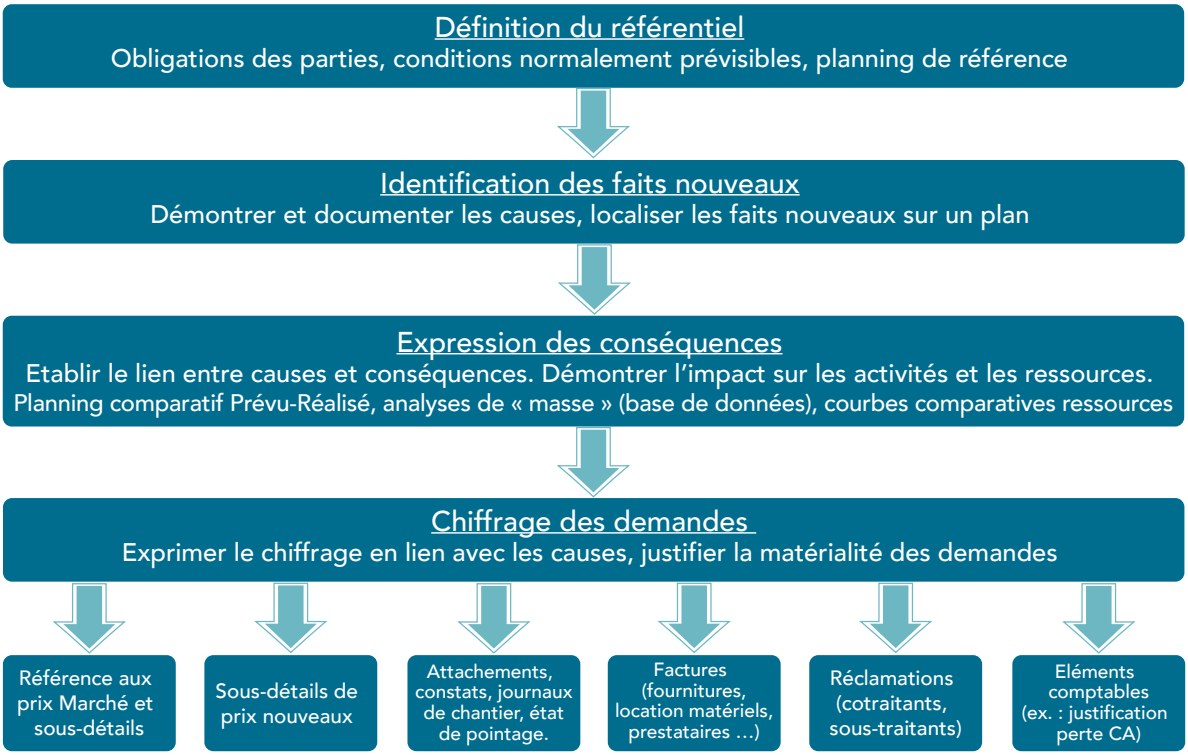
Si l'évènement se positionne sur le chemin critique, il convient de justifier le positionnement de la prestation considérée sur l'enchaînement des tâches, sur le chemin critique. Cette démonstration étant faite, le droit à prolongation de délais est acquis.

Si l'évènement n'est pas sur le chemin critique, il n'est pas exclu que le titulaire puisse demander une prolongation de délai et son indemnisation pour une tâche donnée, à condition de démontrer le lien de causalité entre l'évènement et l'évolution du planning.

7. Impact des difficultés sur le prix - Chiffrage des préjudices dans la réclamation

Le chiffrage est l'aboutissement de la démonstration qui a été faite dans les chapitres précédents. On peut résumer la démarche comme suit :

Logigramme simplifié du processus de réclamation



Recommandations préliminaires.

Le chiffrage doit :

- Toujours être en adéquation avec les sujets annoncés,
- Toujours être justifié (quantités et prix) par des annexes,
- Être proportionné aux difficultés rencontrées (il doit être raisonnable, crédible et défendable),
- Préciser si les prix utilisés pour le chiffrage sont ou ne sont pas ceux du marché (rattachement ou non aux composantes des sous-détails de prix ou à un barème professionnel de référence),
- Séparer clairement les demandes de validation des quantités supplémentaires (BPU/ Détail Estimatif), de celles à caractère réclamatoire (indemnisation),
- Mentionner clairement si le chiffrage concerne des coûts directs (TS, Prix nouveaux) ou des coûts indirects (défaut de couverture des frais généraux, préjudices …),
- Prendre en compte soit l'incidence d'une prolongation de délais (avec demande corrélative d'annulation de pénalités), soit le renfort des moyens pour tenir les délais (ouvrant nécessairement droit à indemnisation),
- Être fondé sur l'ensemble des documents établis lors de l'exécution des travaux (attachements, constats, journaux de chantier, factures …).

On n'oubliera pas d'évoquer l'application de l'éventuelle clause de révision de prix.

Le chiffrage ne doit pas :

- Inclure l'incidence de faits non-développés dans l'argumentaire de la réclamation,
- Faire usage, de manière excessive, de ratios qui sont des éléments qui viennent à l'appui d'une démonstration contractuelle mais ne peuvent s'y substituer ou permettre de s'en dispenser,
- Demander deux fois la même chose (exemple : frais généraux).

7.1 Correspondance entre les évènements rapportés dans le mémoire, leurs conséquences et le chiffrage du préjudice (le lien de causalité)

a) Soit les sujets identifiés ont des conséquences précises, par exemple :

- Une adaptation des fondations aux conditions de sol,
- Des travaux supplémentaires ou modificatifs,
- Un arrêt de chantier du fait du MOA …

Dans ce cas, le chiffrage doit intégrer :

- Les déboursés liés au préjudice (fournitures, main d'œuvre, équipements),
- Les frais d'études,
- Les frais de chantier et les frais fixes.

Les annexes à fournir seront :

- Les constats, courriers, CR ou mails traçant les demandes ou les faits,
- Les attachements et pointages du journal de chantier,
- Les schémas techniques démontrant la différence de mode opératoire,
- Les sous-détails de prix.

Le calcul des préjudices se fait en général à partir des sous-détails de prix connus du client en les reconstituant avec les cadences réalisées et / ou les moyens mis en œuvre.

Il est donc indispensable de veiller à la cohérence des demandes avec tous les éléments transmis en cours d'exécution.

b) Soit, les sujets identifiés sont diffus et/ou concomitants, par exemple :

- Conception non aboutie,
- Multiplicité des modifications,
- Bouleversement du chemin critique par manque de mise à disposition de zones,
- Retard de visas de la MOE ou manque de décision …

Dans ce cas, s'il n'est pas possible d'isoler les conséquences financières propres à chacune de ces causes prise individuellement, il est préférable d'appréhender la conséquence financière de ces évènements de manière plus globale, par leur combinaison, leur interférence qui se traduit par la désorganisation du chantier, la remise en cause de l'ordonnancement général des tâches.

Il faut comparer les hypothèses de l'offre, qui sont celles de l'établissement des prix conformes au planning contractuel, avec les coûts exposés réellement :

- Courbe de facturation,
- Courbe de main d'œuvre,
- Chronogramme d'encadrement.

L'utilisation de graphiques appuiera utilement les calculs qui seront produits dans le mémoire en réclamation. A titre d'exemples, pages suivantes, deux modèles de comparatifs.

Evolution comparative Prévu - Réalisé des ressources Etudes

Evolution comparative Prévu-Réalisé des ressources Encadrement Travaux

Ce chiffrage inclut principalement :

- Les quantités impliquées par la modification intervenue auxquelles on applique le prix unitaire recalculé,
- Les frais de chantiers supplémentaires,
- Les frais fixes supplémentaires.

c) Si l'on combine a) et b), ce qui est le plus souvent le cas, veiller à ne pas compter deux fois les frais de chantier et les frais fixes liés aux TS ou préjudices isolés (mettre en évidence dans les surcoûts exprimés, les lignes de déduction en lien avec les frais déjà pris en compte par ailleurs).

d) Pour les travaux sous-traités, anticiper les demandes des sous-traitants afin de pouvoir les intégrer dans vos propres demandes et travailler avec eux la présentation des sujets et des montants afin que les demandes soient mises en cohérence avec la demande principale et les montants des actes spéciaux.

e) Pour la révision de prix, rappeler les conditions prévues par le marché sans pour autant procéder au calcul sauf si le marché le prévoit.

f) Penser à inclure les frais proportionnels.

7.2 Chiffrages des préjudices « indirects »

Ce sont les conséquences au-delà du coût direct du projet :

- Sous-couverture de frais généraux : si le délai s'allonge sans travaux supplémentaires,
- Perte de chance ou manque à gagner,
- Incidence de la multiplication et/ou de la concomitance des évènements perturbateurs.

Défaut de couverture des frais généraux

Il est possible de procéder comme suit :

- Frais prévisionnels établis selon le planning prévisionnel et le CA prévisionnel sur la durée du projet

  Prévu : xxxxx
  Réalisé : yyyyy

Le défaut de couverture des frais est égal à l'écart entre le prévisionnel et le réel.

Le juge administratif a retenu le droit à indemnisation de l'entreprise du préjudice qu'elle a subi :

- « *Du fait de retards dans l'exécution du marché imputables au Maître de l'ouvrage ou à ses co-contractants et distincts de l'allongement de la durée du chantier due à la réalisation de travaux supplémentaires, dès lors que le préjudice apparait certain et présente avec ces retards un lien de causalité direct* » (CE n° 301775 du 16.12.2009).

- « *Considérant enfin que la société XXXXXX demande à être indemnisée de la perte d'industrie qu'elle a subie du fait de l'impossibilité dans laquelle elle se trouvait d'assurer la couverture des frais fixes qui auraient dû être amortis par la facturation de la totalité des travaux à la date prévue de la fin de leur exécution ; qu'il résulte de l'instruction que le déroulement du chantier ne lui a pas permis de réaliser son chiffre d'affaires sur la période initialement prévue au contrat ; qu'elle a nécessairement subi un préjudice lié à la perte de couverture de ses charges fixes …* » (CAA LYON n° 12LY01997 du 9 janvier 2014).

Manque à gagner

Il est possible de transmettre :

- Un état récapitulatif des marges réalisées chantier par chantier sur la période concernée. Ce document aura une valeur certaine dès lors qu'il est certifié par le commissaire aux comptes.
- Des études de rentabilité des entreprises de TP (extrait du Moniteur, FNTP, ...).

7.3 Intérêts moratoires ou de retard

La réclamation peut comporter un volet « intérêts moratoires » ou « intérêts de retard », sur plusieurs fondements.

Le calcul des intérêts se fait toujours sur la base :

- Du montant TTC,
- Du nombre de jours de retard de paiement,
- Et selon le taux d'intérêt applicable au moment où les intérêts ont commencé à courir.

Ainsi la formule à retenir est la suivante :

Montant TTC x taux d'intérêt applicable x Nb de jours de retard / 365 jours
En marché public le taux d'intérêt est le taux de la Banque Centrale Européenne (BCE) majoré de huit points de pourcentage.

En marché privé, le taux peut être référencé dans le marché, à la condition toutefois qu'il ne soit pas inférieur à 3 fois le taux de l'intérêt légal en vigueur au moment où les intérêts ont commencé à courir. En l'absence d'indication, c'est le taux de la BCE majoré de dix points de pourcentage qui s'applique (article L441-10 du code de commerce).

7-3-1- Situations mensuelles payées en retard

On pourra baser la demande sur les textes légaux applicables :

- Plusieurs articles du Code de la commande publique (dont les articles R2192-10 à R2192-36) pour les marchés qui y sont soumis,
- L'article L441-10 du Code de commerce pour les marchés privés.

Le calcul des intérêts ne sera définitif que lorsque la date de paiement du principal sera connue. La formule de calcul doit être indiquée.

Nota : omettre d'inclure ce calcul dans la réclamation (elle-même annexée au PDF) expose le titulaire à la forclusion sur son droit à réclamer ces intérêts.

7-3-2- Montants présentés en situation mensuelle mais acceptés ultérieurement

Dans les marchés soumis au CCAG Travaux 2021, on pourra se baser sur le 3ème alinéa de son article 12.2.2 :

« *En cas de contestation sur le montant de l'acompte, le maître d'ouvrage règle les sommes qu'il admet. Après résolution du désaccord, il procède, le cas échéant, au paiement d'un complément, majoré, s'il y a lieu, des intérêts moratoires* ».

L'article R. 2192-34 du code de la commande publique prévoit également :

« *En cas de désaccord sur le montant d'un acompte ou du solde, le paiement est effectué dans les délais fixés aux articles R. 2192-10 et R. 2192-11 sur la base provisoire des sommes admises par le pouvoir adjudicateur. Lorsque les sommes ainsi payées sont inférieures à celles qui sont finalement dues au créancier, celui-ci a droit à des intérêts moratoires calculés sur la différence* ».

Le calcul des intérêts n'est possible que lorsque la date de paiement du principal est connue.

Nota : omettre d'inclure ce calcul dans la réclamation (elle-même annexée au PDF) expose le titulaire à la forclusion sur son droit à réclamer ces intérêts.

7-3-3- Retard dans la notification du décompte général

Le juge administratif reconnaît à l'entrepreneur le droit à des intérêts moratoires sur le solde du marché, si le décompte général est notifié au-delà du délai prévu par le contrat (Conseil d'État, arrêt du 08 avril 2009 n°296355 Commune de Lille c/ AMEC SPIE Ile de France Nord-Ouest).

7-3-4- Point de départ des IM en cas de réclamation sur le DG

En cas de réclamation sur le décompte général, le délai de paiement du solde doit être regardé comme ne commençant à courir qu'à compter de la réception de cette réclamation par le maître d'ouvrage (CE, 13 avril 2018, n° 402691).

8. Le récapitulatif du chiffrage

Ce récapitulatif consiste uniquement en la synthèse chiffrée de la réclamation.

Elle tient en une page sous la forme d'un tableau qui permet, en un coup d'œil, d'avoir les principaux postes de réclamation et de visualiser l'enchaînement du chiffrage.

En général, ce tableau comprend successivement :

- Les préjudices subis incluant :
  - Les coûts indirects attachés aux prix nouveaux et PN non-notifiés,
  - Les surcoûts consécutifs à la survenance des évènements imprévus (cf. Chapitre 4),
  - L'incidence des prolongations de délais résultant des prix nouveaux et/ou des sujétions techniques précités,
- La réclamation éventuelle de sous-traitants,
- Le rappel de l'application de la clause éventuelle de révision de prix,
- Le rappel de l'incidence du décalage d'encaissement de la demande d'indemnisation dans le temps (intérêts de retard),
- Et enfin, le total de la demande HT et TTC.

La présentation doit être synthétique et en cohérence avec le déroulé des chapitres précédents.

A signaler, certains rédacteurs de réclamations préfèrent insérer ce récapitulatif dès le début de la demande d'indemnisation, en fin de Chapitre 1 « Préambule » afin que le lecteur ait une idée précise des sujets qui vont être abordés.

Le présent Guide n'ayant pas vocation à imposer une méthode de présentation unique, chaque rédacteur adoptera la présentation qui lui apparaîtra la mieux adaptée à la démonstration qu'il doit faire.

9. Les annexes

Ces annexes constituent la justification INDISPENSABLE de la totalité des demandes « hors marché », c'est-à-dire en complément de ce que le marché prévoit.

Tout le texte de la réclamation renvoie systématiquement aux Annexes (rappel : on n'affirme rien qu'on ne puisse prouver, comme rappelé dans les outils sur la traçabilité des évènements).

Leur présentation doit être évidemment chronologique et suivre l'ordre de présentation adopté dans le corps de la réclamation :
Annexe 1 : XXXXXXXX
Annexe 2 : XXXXXXXX …

Elles doivent évidemment être lisibles (caractère soigné de la présentation) et si elles sont imprimées, ces annexes seront regroupées dans un classeur à onglets mettant en évidence leur numérotation.

Certaines pièces peuvent être fournies sous la forme de CD ROM ou Clé USB, mais dans ce cas, il faut l'indiquer explicitement dans la liste des annexes :

Annexe XX : XXXXXX (justificatif joint sous forme de clé USB / CD ROM)

D'une manière générale, la réclamation a vocation à être imprimée (y compris liste des Annexes) mais ces annexes sont en général livrées sous forme dématérialisée.

ANNEXE 1

Outils sur la traçabilité des évènements impactant l'exécution des travaux.

Consultables sur le site de la FNTP

Pour assurer la traçabilité des évènements de chantier, nous mettons à votre disposition :

- Une synthèse des outils à votre disposition et de leurs conditions d'utilisation,
- Une check list des outils à utiliser à chaque étape du marché,
- Une check list à télécharger et à compléter selon le marché à exécuter.

ANNEXE 2

Présentation des principaux fondements juridiques
de réclamation en marchés publics

Fondement juridique	Source	Dans quel cas l'utiliser	Conditions de mise en oeuvre	Exemples
Imprévision	Art L6 3ème du CCP (Code Com. Publi.) Jurisprudence	Evènement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat	- Charges supplémentaires (+10% du marché) - N'a pas pu raisonnablement être prévu par le titulaire du marché - Indépendant de la volonté des parties - N'empêche pas l'exécution du contrat	Hausse soudaine et majeure du cours d'une matière première représentant une part substantielle du prix du marché (ex. en matière de travaux maritime, hausse de l'acier des palplanches)
Fait du prince	Jurisprudence	Décision édictée par le MOA contractant et qui par ses effets rend l'exécution du contrat plus difficile et plus onéreuse	- Le MOA ne doit pas agir en qualité de cocontractant mais en tant qu'autorité administrative générale - La mesure prise doit impacter directement les conditions d'exécution du contrat - La décision doit être imprévisible au moment de la signature du contrat	Le MOA qui en cours d'exécution instaure un droit de péage général conditionnant l'accès aux infrastructures dans lesquelles se trouve l'emprise des travaux (infrastructures portuaires)
Travaux indispensables	Jurisprudence	Obtenir l'entière rémunération, par le MOA, des travaux supplémentaires réalisés sans ordre de service pour satisfaire aux règles de l'art	Travaux : - Indispensables à la réalisation de l'ouvrage suivant les règles de l'art - Non prévus au marché - Dont la réalisation ne résulte pas d'un oubli et/ou d'une erreur et/ ou d'une faute de l'entreprise	Si le principe du droit à l'entière indemnisation en cas de réalisation de travaux indispensables est acquis, c'est au cas par cas que le juge appréciera le caractère indispensable des travaux entrepris. Qualification retenue : Indemnisation accordée à l'entreprise ayant dû, à la demande du Coordinateur Sécurité/Santé suite à la modification de l'implantation du chantier, mettre en place une signalisation plus lourde que celle prévue initialement au marché – CAA Marseille n°07MA02828 du 15.10.09

Fondement juridique	Source	Dans quel cas l'utiliser	Conditions de mise en oeuvre	Exemples
Sujétions imprévues	Art. L2194-1 et R2194-5 CCP + Art. 9.1 CCAG-Travaux Jurisprudence Etude du Groupe juridique sur les sujétions imprévues	Difficulté technique d'exécution présentant, à la fois, un caractère exceptionnel, imprévisible, extérieur aux parties et, pour les marchés à forfait, ayant bouleversé l'économique du contrat	- La difficulté ne devait pas être prévisible au moment de la signature du contrat / l'entrepreneur doit avoir été diligent dans la vérification des données d'entrée figurant au DCE - La rencontre de ces difficultés doit entrainer la réalisation de travaux supplémentaires et/ ou une augmentation de leur coût et/ou un allongement de leur durée de réalisation	Qualification retenue : Modification de la conception des travaux, suite à une reconnaissance géométrique du soubassement de l'ouvrage à reconstruire, qui entraine une augmentation du volume initial de béton (+21%) et du poids des armatures (+18%) – CAA Bordeaux n°12BX00056 du 14.10.14
Force majeure	Jurisprudence et Art. 17.3 CCAG-Travaux	Le titulaire du marché se trouve en présence d'une difficulté matérielle imprévisible. Elle n'est pas de son fait. Cette difficulté est d'une ampleur ou d'une nature telle qu'elle rende l'exécution des obligations contractuelles impossible soit provisoirement, soit définitivement dans ce cas le marché est résilié – art. 2195-2 CCP).	- Prendre les mesures nécessaires à la préservation de l'ouvrage en construction, des matériels, installations de chantier… - Informer sans délai le MOA de la survenance des faits - Réaliser, sous réserve que les conditions le permettent, tous constats (contradictoire suivant art.11 CCAG ou bien d'huissier si refus)	- Phénomène naturel de forte intensité - Grève générale ou bien massive chez le MOA et/ ou les fournisseurs de l'entrepreneur

ANNEXE 3

Présentation des principaux fondements juridiques
de réclamation en marchés privés

Fondement juridique	Source	Dans quel cas l'utiliser	Conditions de mise en oeuvre	Exemples
Imprévision	Art. 1195 Code Civil + Art. 9.1.2 NFP 03-001 Art.5.1 CG de sous-traitance	- Changement de circonstances imprévisibles (par ex. difficulté techniques), - exécution excessivement onéreuse (bouleversement de l'équilibre du contrat)	- Charges supplémentaires - Non prévu et non accepté à la signature du contrat - Renégociation du contrat au cours de laquelle le titulaire doit en poursuivre l'exécution sauf si le marché est soumis à la norme NFP03-001.	Rencontre d'une nature de sol différente de celle prévue par le contrat en-trainant la modification des moyens de terrassement !! Attention à la rédaction du contrat !! Dérogation possible
Sujétions imprévues Bouleversement de l'économie du contrat (Forfait)	Jurisprudence + Art. 9.1. Art. 11.1.1 NFP 03-001 NFP 03-002	- Augmentation du montant des travaux du fait de travaux supplémentaires et/ou modificatifs	- Les travaux supplémentaires doivent avoir été autorisés (et explicitement commandés par le maitre d'ouvrage - (Cass. 3°civ. du 11/01/2001, n°10-12265 « Société La Rive c/ Société Heude et Société Archiligne)	
Force majeure	Art. 1218 Code civil Art. 10.5.1.2 NFP 03-002 Art. 10.3.1.2 de la norme NFP 03- 001	Evènement échappant au contrôle de l'entreprise, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées	- Prendre les mesures nécessaires à la préservation de l'ouvrage en construction, des matériels, installations de chantier… - Informer sans délai le MOA de la survenance des faits - Réaliser, sous réserve que les conditions le permettent, tous constats (cf. attachement suivant art. 3.1 NFP 03-001 / NFP 03-002 ou bien huissier si refus)	- Phénomène naturel de forte intensité - Grève générale ou bien massive chez le MOA et/ ou chez les fournisseurs de l'entrepreneur - Epidémie

GUIDE PRATIQUE ET RECOMMANDATIONS

POUR LA RÉDACTION D'UNE RÉCLAMATION

Ce Guide a été élaboré par le Comité «Guides et pratiques de la gestion contractuelle» de la Commission Droit et Marchés de la FNTP

FNTP - 3 rue de berri - Paris 8
daj@fntp.fr FNTP.FR

LES TRAVAUX PUBLICS FÉDÉRATION NATIONALE

Toute utilisation, totale ou partielle de cette publication, à des fins autres qu'un usage privé, est interdite sans l'autorisation expresse et préalable de la FNTP. Toute utilisation autorisée de cette publication devra mentionner sa source.