



# Article

## COMMENT OPTIMISER LA REMUNERATION DU MAÎTRE D'ŒUVRE PRIVÉ ?

Mars 2020

/ RÉDACTEUR : CKS PUBLIC

**CKS** Public

## COMMENT OPTIMISER LA REMUNERATION DU MAÎTRE D'ŒUVRE PRIVÉ ?

### *Introduction :*

La loi n°85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, dite loi MOP est désormais codifiée dans le « Livre IV Dispositions propres aux marchés publics liés à la maîtrise d'ouvrage publique et à la maîtrise d'œuvre », en son « Titre III maîtrise d'œuvre privée », et plus précisément aux articles R.2431-1 à R.2432-7 du Code de la Commande Publique (C.C.P).

Le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics disposait en son article 17 que « *des clauses incitatives peuvent être insérées dans les marchés publics notamment aux fins d'améliorer les délais d'exécution, de rechercher une meilleure qualité des prestations et de réduire les coûts de production* ».

Cette formulation ne trouve cependant aucun écho dans le Code de la Commande Publique entré en vigueur le 1er avril 2019. Ce n'est pas pour autant que cette technique contractuelle ne doit pas être mise en œuvre par un acheteur.

S'il est courant de lire dans les contrats de la commande publique des dispositions relatives à l'application de pénalités en cas manquement du titulaire, l'acheteur ne prévoit que très (trop) rarement la mise en place de mécanismes contractuels incitatifs permettant d'augmenter la rémunération du titulaire si celui-ci dépasse les attentes du contrat. L'utilisation de telles clauses était pourtant déjà encouragée dès 1969\*.

Ces clauses pourraient sembler davantage légitimes dans les marchés de travaux afin d'inciter les constructeurs à proposer de meilleures solutions techniques ou calendaires tout au long de l'exécution du contrat. Néanmoins, l'acte de construire étant en totale interdépendance avec la phase préparatoire, inciter le seul constructeur à optimiser son résultat peut s'avérer insuffisant.

Il convient alors de s'interroger sur la fixation du forfait de rémunération du maître d'œuvre privé, mais également sur les étapes où il est opportun de prévoir son optimisation et par quels moyens.

### *La fixation du forfait provisoire (Fo) :*

$$F_o = C_o \times C_c \times t$$

Cette formule va dépendre de trois éléments :

**Co** : la partie affectée aux travaux de l'enveloppe financière prévisionnelle

**t** : le taux de rémunération du soumissionnaire

**Cc** : le coefficient de complexité, fixé par le MOA ou laissé à la libre appréciation des candidats

\* Circulaire N° 2485/CCM du 4 mars 1969 du ministre de l'économie et des finances relative à l'insertion dans les marchés de clauses de caractère incitatif.

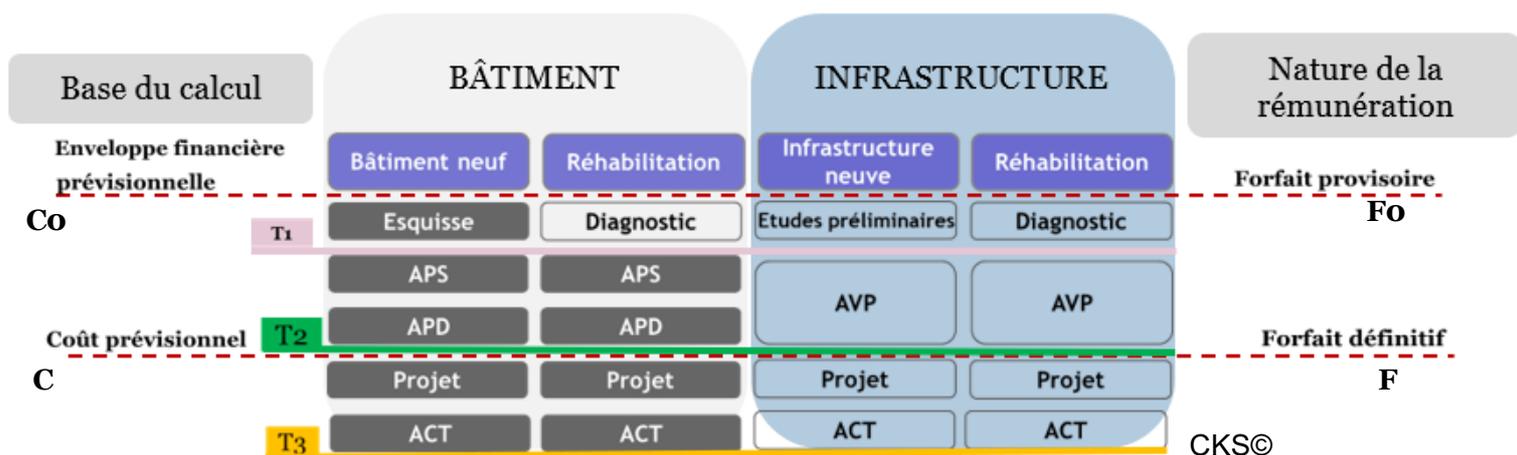
## COMMENT OPTIMISER LA REMUNERATION DU MAÎTRE D'ŒUVRE PRIVÉ ?

### Optimiser la rémunération du maître d'œuvre en phase de conception :

Afin de déterminer, à quelle échéance il est opportun d'optimiser la rémunération du maître d'œuvre privé, il est nécessaire de distinguer si l'opération de maîtrise d'œuvre concerne un bâtiment (neuf ou réhabilitation) ou une infrastructure (neuve ou réhabilitation).

La base du calcul de la rémunération du MOE varie en fonction d'un montant de référence :

1. **le coût prévisionnel** si les phases APD ou AVP sont déjà réalisées ;
2. **l'enveloppe financière prévisionnelle** si les phases APD ou AVP ne sont pas réalisées.



*En gris, les missions de base (obligatoires)*

#### ❖ Définir un seuil de tolérance (T1) à l'issue des études préliminaires, esquisses ou diagnostics :

Le titulaire doit déterminer le coût prévisionnel des travaux (C) en ayant uniquement connaissance de l'enveloppe prévisionnelle affectée à ceux-ci (Co).

L'acheteur peut assortir le coût prévisionnel des travaux (C), sur lequel s'engage le maître d'œuvre, d'un **seuil de tolérance** T1 par rapport au montant de l'enveloppe prévisionnelle (Co). Il définit les conséquences, pour le maître d'œuvre, d'un dépassement du seuil de tolérance.

Plutôt que de demander la reprise des études ou de prononcer la résiliation du marché, l'acheteur peut opter pour une variation contrôlée des honoraires du titulaire l'incitant à respecter le montant de l'enveloppe prévisionnelle affectée aux travaux.

## COMMENT OPTIMISER LA REMUNERATION DU MAÎTRE D'ŒUVRE PRIVÉ ?

Ces clauses de variations vont alors pouvoir prendre deux formes, une clause dite « pénalisante », diminuant le forfait provisoire de rémunération, et une clause dite « incitative », valorisant les propositions d'optimisation financière faites par le maître d'œuvre.

Ainsi, prenons les hypothèses suivantes :

$$Co = 100\ 000\ \text{€ HT} / T1 = 5\% / C = 120\ 000\ \text{€ HT} / Fo = 12\ 000\ \text{€ HT}$$

- La clause « pénalisante » va diminuer le forfait provisoire de rémunération (**Fo'**) du titulaire via le calcul d'un abatement (**A**).

$$\text{Si } C > (1 + T1) \times Co \text{ alors } \mathbf{Fo'} = Fo - A$$

$$A = (C - (1 + T1) Co) \times T1 = (120\ 000 - 1,05 \times 100\ 000) \times 0,05 = 15\ 000 \times 0,05 = 750$$

$$\mathbf{Fo'} = Fo - A = 12\ 000 - 750 = 11\ 250\ \text{€}$$

**En conclusion, une hausse de 20 % de l'enveloppe prévisionnelle génère une baisse de 6,25 % de la rémunération du titulaire (750 €).**

- La clause « incitative » va augmenter le forfait provisoire de rémunération (**Fo'**) du titulaire via le calcul d'une prime (**P**).

Cette prime ne doit pas aboutir à une augmentation incontrôlée de la rémunération provisoire du titulaire. Il est alors d'usage de la plafonner par rapport au montant prévisionnel, ici, l'enveloppe financière prévisionnelle affectée aux travaux ( $Co$ ).

Ainsi reprenons les hypothèses précédentes avec :

$$Co = 100\ 000\ \text{€ HT} / C = 95\ 000\ \text{€ HT} / P = 5\% / \text{plafonnement de la prime} = 7\% Co.$$

$$\text{Si } C < Co \text{ alors } \mathbf{Fo'} = Fo + (Co - C) \times P$$

$$\text{Dans ce cas, } \mathbf{Fo'} = 12\ 000 + (100\ 000 - 95\ 000) \times 0,05 = 12\ 250$$

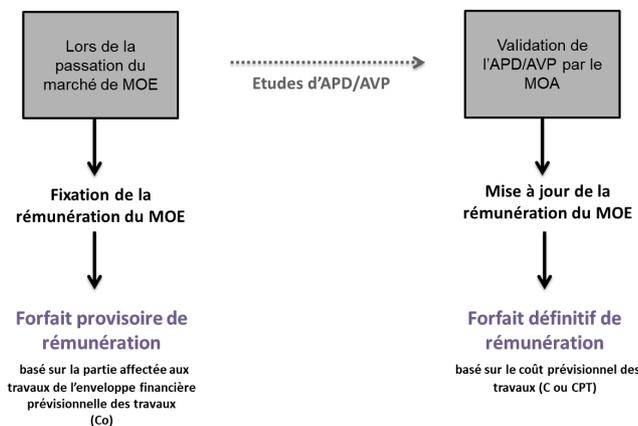
**En conclusion, une baisse de 5 % de l'enveloppe prévisionnelle génère une hausse de 2,1 % de la rémunération du titulaire (250 €).**

Sachant que  $P$  ne saurait être supérieur à  $0,07 \times Co$  soit  $7\ 000\ \text{€ HT}$

## COMMENT OPTIMISER LA REMUNERATION DU MAÎTRE D'ŒUVRE PRIVÉ ?

- ❖ Définir un seuil de tolérance (T2) lors du passage du forfait de rémunération provisoire au forfait de rémunération définitif :

Une fois que les études d'avant-projet sont réalisées et validées par le maître de l'ouvrage, le titulaire va réaliser les missions Projet. Il va alors déterminer les caractéristiques principales de la solution retenue, établir une estimation prévisionnelle des travaux pour chacune des parties de l'ouvrage, élaborer les dossiers administratifs nécessaires à l'obtention du permis de construire et assister le maître d'ouvrage au cours de son instruction.



Ce passage de rémunération provisoire à rémunération définitive sera **entériné par un avenant**.

C'est à l'issue de cette mission que où le maître d'œuvre **s'engage sur la fiabilité** du montant prévisionnel des travaux (C).

Il est alors opportun pour le maître de l'ouvrage d'optimiser la rémunération du titulaire.

Afin de vérifier le respect de l'enveloppe financière initialement prévue par le maître de l'ouvrage, l'acheteur aura déterminé un nouveau seuil de tolérance **T2** adossé au montant prévisionnel des travaux (C) à l'issue des phase APD ou AVP. Il pourra alors mettre en œuvre les mécanismes vu précédemment à savoir :

- La clause « pénalisante » qui va diminuer le montant du forfait définitif de rémunération (**F**) du titulaire via le calcul d'un abattement (**A**).

$$\text{Si } C > (1 + T2) \times Co \text{ alors } F = Fo - A$$

$$\text{Où } A = (C - (1 + T2) Co) \times T2$$

- La clause « incitative » qui va augmenter le montant du forfait définitif de rémunération (**F**) du titulaire via le calcul d'une prime (**P**).

$$\text{Si } C < Co \text{ alors } F = Fo + (Co - C) \times P$$

## COMMENT OPTIMISER LA REMUNERATION DU MAÎTRE D'ŒUVRE PRIVÉ ?

### ❖ Prendre en compte les modifications de programme et les travaux supplémentaires :

Au cours de la phase d'études, le MOA peut décider de modifier le programme initial et rajouter éventuellement des travaux supplémentaires. Dans ce cas le maître d'œuvre a droit à une augmentation de sa rémunération calculée comme suit :

Montant de la modification x **taux** de rémunération du MOE

Il convient cependant d'appliquer le **taux** en fonction des prestations réellement réalisées par le MOE. Ainsi, dans le cas où ce dernier réalise des études supplémentaires uniquement en phase APD/AVP à la demande du MOA mais que cela ne donne lieu à aucune modification du programme, seul le taux correspondant à la phase APD/AVP sera appliqué.

### ❖ Définir un seuil de tolérance (T3) lors de la phase de consultation :

Une fois une fois la phase PRO validée, et le montant des travaux accepté, le maître d'œuvre va amorcer la mission dite « ACT », assistance pour la passation du contrat de travaux. Le maître de l'ouvrage doit alors contrôler l'élaboration du dossier de consultation des entreprises (DCE) par son maître d'œuvre.

L'acheteur aura prévu au contrat l'application d'un nouveau seuil de tolérance **T3** adossé aux montants des offres remises par les soumissionnaires qu'il va comparer au montant travaux (C) déterminé par le maître d'œuvre.

### En cas de dépassement de ce seuil de tolérance :

1. si les offres reçues restent dans les crédits alloués, l'acheteur applique une pénalité à son MOE
2. si les offres reçues excèdent les crédits alloués, l'acheteur déclare le marché infructueux et applique une pénalité à son MOE. Parce-que le seuil de tolérance T3 a été dépassé, l'acheteur va pouvoir demander la reprise des études au MOE.

A l'inverse, si le montant des offres est inférieur au montant (C) une clause incitative pourrait trouver à s'appliquer. Celle-ci serait moins agressive, l'acheteur considérant que la performance des offres reçues n'est pas du seul fait du MOE mais surtout des entreprises travaux.

## COMMENT OPTIMISER LA REMUNERATION DU MAÎTRE D'ŒUVRE PRIVÉ ?

### *Optimiser la rémunération du maître d'œuvre via un « accélérateur » :*

L'acheteur, s'il est en mesure de définir un « montant C objectif », nécessitant une forte implication du maître d'œuvre pour l'atteindre, peut proposer d'« accélérer » la clause incitative une fois atteint ce montant objectif.

Dans ce cas, deux formules cohabitent et s'appliquent selon le montant (C) proposé par le maître d'œuvre.

*Ainsi premons les hypothèses suivantes :*

$$\begin{aligned} C_o &= 100\,000 \text{ € HT} & \text{Prime (P)} &= 5\% \\ C \text{ objectif} &= 80\% C_o = 80\,000 \text{ € HT} & \text{Accélérateur (A)} &= 40\% \end{aligned}$$

$$\begin{aligned} \text{Si } C \text{ objectif} < C < C_o & \text{ alors } F = F_o + (C_o - C) \times P \\ \text{Si } C < C \text{ objectif} & \text{ alors } F = F_o + (C_o - C) \times (P \times (1+A)) \end{aligned}$$

Alors, le maître d'œuvre parvenant à atteindre le montant « C objectif » verra le fruit de ses efforts rémunéré plus généreusement.

L'acheteur, s'il le souhaite, peut définir plusieurs montants « C objectif » et autant d'accélérateurs.

### *Optimiser la rémunération du maître d'œuvre lors de la réalisation des travaux :*

Lors de cette étape, l'article R2432-4 du code de la commande publique est très précis quant à ce que l'administration est en droit de faire : « *Le marché public de maîtrise d'œuvre prévoit un engagement de son titulaire de respecter le coût, assorti d'un nouveau seuil de tolérance, qui résulte des marchés publics de travaux passés par le maître d'ouvrage* ».

« *Le respect de cet engagement est contrôlé après exécution complète des travaux nécessaires à la réalisation de l'ouvrage en tenant compte **du coût total définitif des travaux** résultant des décomptes finaux et factures des opérateurs économiques chargés des travaux* » .

L'administration est donc dans l'impossibilité de pénaliser le maître d'œuvre ou de faire varier sa rémunération pendant l'exécution des travaux. Ainsi, la simple modification du contrat de travaux pendant son exécution ne saurait déclencher une pénalisation du maître d'œuvre.

## COMMENT OPTIMISER LA REMUNERATION DU MAÎTRE D'ŒUVRE PRIVÉ ?

Le même article encadre également le taux maximum de pénalisation du maître d'œuvre en disposant qu'en cas « *de dépassement excédant le seuil de tolérance fixé par le marché public de maîtrise d'œuvre, la rémunération du maître d'œuvre est réduite. Le marché public de maîtrise d'œuvre détermine les modalités de calcul de cette réduction qui ne peut excéder 15 % de la rémunération du maître d'œuvre correspondant aux éléments de missions postérieurs à l'attribution des marchés publics de travaux* ».

Le code intervient ici en protecteur du maître d'œuvre privé afin de ne pas le rendre responsable des dérives techniques ou financières exclusives du constructeur.

L'acheteur reste par contre libre de déterminer s'il est opportun de rédiger une clause ayant pour effet de revaloriser la rémunération du maître d'œuvre si le coût total définitif est inférieur au coût prévisionnel des travaux qu'il a proposé au DCE.

En effet, si le maître d'œuvre voit sa rémunération augmenter proportionnellement à la baisse réelle du coût des travaux en phase d'exécution, celui-ci n'en sera que plus impliqué dans le suivi des réalisations de l'entreprise titulaire du marché de travaux.

### *Quelles limites à ces techniques d'optimisation ?*

#### ❖ La capacité du maître de l'ouvrage à déterminer son juste besoin :

En effet, il n'est pas rare de constater que la dérive financière d'une opération est due à une modification, par le maître de l'ouvrage, d'un programme technique ou fonctionnel en cours d'exécution des marchés de travaux. Ainsi, un programme imprécis rendrait les clauses incitatives inefficaces.

#### ❖ Le risque que le maître d'œuvre propose une solution plus efficace mais plus coûteuse :

Par peur de diminution de sa rémunération, via une clause pénalisante, le maître d'œuvre risque d'hésiter à proposer des solutions techniques non mentionnées ou non existantes en phase programmation, plus coûteuses mais dont la performance serait meilleure sur le long terme (i.e. en coût global).

### *En conclusion :*

Ces mécanismes ont pour objectif de trouver un équilibre dans les relations contractuelles entre le maître de l'ouvrage et le maître d'œuvre, en faisant converger leurs intérêts respectifs. Les Parties au contrat vont rechercher une maîtrise du coût global, la MOE visant une rémunération plus attractive.