

Famille du média : Médias professionnels

Périodicité : Mensuelle

Audience : 6000

Sujet du média : Droit



Edition : Décembre 2021

Journalistes : Tristan

Boucheteil/ Raphaël Crespelle

Nombre de mots : 3034

p. 1/5

Adaptation des prix des marchés publics à la flambée du coût des matières premières

Compte tenu de l'augmentation constante des prix de certaines matières premières ces derniers mois, les titulaires de marchés publics peuvent se trouver dans une situation délicate. Les outils tels que les clauses de révision, la théorie de l'imprévision et les modifications pour circonstances imprévues sont-ils suffisants pour faire face à ces hausses de prix ?

La pandémie de Covid-19 ne cesse de produire des effets nouveaux et inattendus sur l'économie mondiale. C'est ainsi que les tensions sur certains marchés, notamment dues à une forte reprise de l'activité industrielle postpandémie, entraînent, depuis le début de l'année 2021, des pénuries à l'origine d'importantes hausses de prix de certaines matières premières, ainsi qu'un allongement des délais de livraison. Les titulaires de marchés publics peuvent donc se trouver contraints de les exécuter à des conditions économiques très différentes de celles les ayant amenés à formuler l'offre sur la base de laquelle le contrat a été conclu.

C'est dans ce contexte que le Premier ministre^[1] et le ministère de l'Économie, des finances et de la relance^[2] ont formulé des recommandations à l'intention des acheteurs publics, les invitant notamment à renoncer à l'application de sanctions contractuelles et à reporter des délais d'exécution, afin d'apporter une réponse à cette situation et de rassurer les titulaires de marchés publics dont les contrats auraient été conclus antérieurement aux difficultés actuelles.

Sans préjudice de la mise en œuvre de ces recommandations, par définition soumises à la bonne volonté de l'acheteur, les textes et la jurisprudence contiennent des dispositifs censés permettre aux parties de faire face à l'évolution des conditions économiques. Ces dispositifs protègent d'abord le titulaire du marché qui doit pouvoir réaliser ses prestations à des conditions économiques satisfaisantes mais aussi l'acheteur, sur qui pèse une

Auteurs

Tristan Boucheteil
Avocat
Cabinet FTPA
Raphaël Crespelle
Avocat associé
Spécialiste en droit public
Cabinet FTPA

[1] Circulaire n° 6293SG du 16 juillet 2021 portant aménagement des conditions d'exécution des marchés publics de l'État face aux difficultés d'approvisionnement.

[2] Fiche technique de la DAJ du 1^{er} juin 2021 actualisée au 29 juillet 2021 sur les marchés publics confrontés à la flambée des prix et au risque de pénurie des matières premières.



Famille du média : **Médias professionnels**Périodicité : **Mensuelle**Audience : **6000**Sujet du média : **Droit**Edition : **Décembre 2021**Journalistes : **Tristan****Boucheteil/ Raphaël Crespelle**Nombre de mots : **3034**

p. 2/5

obligation de maintien de l'équilibre économique du marché, et qui pourra, en outre, atténuer, si ce n'est éviter, les répercussions négatives de la crise sur son achat. Il est donc dans l'intérêt des deux parties de s'engager dans la voie du dialogue pour trouver une solution à la situation actuelle.

Le présent article se propose donc de dresser l'inventaire des outils dont disposent les parties qui n'ont pas pu anticiper les hausses de prix et qui subissent un renchérissement des coûts trop important pour que le marché soit poursuivi en l'état.

À l'analyse, trois voies apparaissent possibles :

- le mécanisme classique de révision des prix^[3], spécifiquement conçu pour adapter l'exécution d'un marché public à l'évolution des conditions économiques, mais qui peut se révéler insuffisant ou inadapté pour absorber la forte volatilité actuelle des prix des matières premières ;
- le mécanisme, exceptionnel, de la théorie de l'imprévision en cas de bouleversement de l'économie du contrat s'avèrerait efficace si les conditions pour y recourir n'étaient pas aussi restrictives ;
- le mécanisme dérogatoire des « circonstances imprévues » pourrait constituer une solution séduisante, mais dont les modalités de mise en œuvre apparaissent incertaines.

Un dispositif classique mais souvent inadapté aux hausses actuelles : la révision des prix

Cadre juridique

Rappelons qu'un marché public est en principe conclu à prix définitifs^[4], ou, par exception, à prix provisoires^[5]. Un prix définitif peut être ferme, c'est-à-dire qu'il reste invariable pendant toute la durée du marché, ou révisable, ce qui implique qu'il tient compte des variations économiques au cours de l'exécution du contrat^[6].

Le recours aux prix révisables est obligatoire :

- « dans le cas où les parties sont exposées à des aléas majeurs du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations », tels que les marchés portant sur des matières premières agricoles et alimentaires^[7] ;
- lorsque le marché comporte une part importante de fournitures et que sa durée d'exécution est supérieure à trois mois^[8]. Si la jurisprudence n'a pas livré de définition de la notion de « part importante »^[9], cette condition pourrait

[3] CCP, art. R. 2112-13 et R. 2112-14.

[4] CCP, art. R. 2112-7 à R. 2112-14.

[5] CCP, art. R. 2112-15 à R. 2112-18.

[6] CCP, art. R. 2112-8, R. 2112-9 et R. 2112-13.

[7] CCP, art. R. 2112-13.

[8] CCP, art. R. 2112-14.

[9] CE 9 décembre 2009, Département de l'Eure, req. n° 328803.

être considérée comme satisfaisante lorsque les fournitures représentent plus de 15 % du marché^[10].

Son omission constitue un manquement non régularisable aux obligations de publicité et de mise en concurrence pesant sur l'acheteur, susceptible d'entraîner l'annulation de la procédure de passation^[11].

Fixation de la clause de révision des prix et principe d'intangibilité de sa formule

La formule de révision des prix, doit être prévue dans le marché dès l'élaboration des documents de la consultation^[12]. La teneur de cette formule est donc décidée par le seul acheteur avant même le lancement de la consultation, ce qui peut s'avérer un exercice délicat, même si celle-ci pourra être discutée avec les soumissionnaires pour peu que la négociation soit autorisée sur ce point.

Ainsi, l'insertion, et même la simple modification, en cours d'exécution d'une clause de révision, d'une formule ou d'un index, est en principe jugée illégale, car ayant pour effet de modifier les conditions de la mise en concurrence initiale^[13] et donc susceptible de constituer une modification substantielle du marché^[14]. La formule de révision de prix est donc conçue comme intangible tout au long de l'exécution du marché^[15].

Les hypothèses, rares et restrictives, susceptibles de justifier la modification d'une clause de révision de prix, en cours d'exécution du contrat, témoignent de ce caractère intangible. On en citera trois.

Premièrement, une erreur matérielle commise lors de la contractualisation peut certes justifier une modification contractuelle, mais une telle erreur doit présenter un caractère évident et être « telle que les cocontractants ne peuvent s'en prévaloir de bonne foi »^[16], ce qui réduit considérablement la possibilité de l'invoquer.

Deuxièmement, si la jurisprudence a pu admettre la possibilité de modifier une clause de révision de prix, elle l'a seulement fait dans les hypothèses d'une répercussion d'un changement d'indice par l'INSEE sans influence sur

[10] DAJ, Le prix dans les marchés publics, point 3.1 ; CAA Marseille 16 février 2015, Commune de La Seyne-sur-Mer, req. n° 13MA01558 ; TA Limoges 18 mars 2010, Société Sita Centre Ouest, req. n° 1000360.

[11] CE 9 décembre 2009, Département de l'Eure, req. n° 328803 ; CE 15 février 1957, Établissement Dickson : AJDA 1957, II, p. 161.

[12] CCP, art. R. 2112-13.

[13] CE 25 juin 1958, Compagnie Générale des bois manufacturés, AJDA 1958, II, p. 406 ; Rép. min. n° 494, JOAN Q. 1^{er} avril 2014, p. 3034 ; voir aussi A. Taillefait, *Fasc. 55-1 : Clauses de variation de prix du marché*, JurisClasseur Contrats et Marchés Publics, Lexis Nexis, mars 2020.

[14] CCP, art. R. 2194-7.

[15] Rép. min. n° 494, JOAN Q. 1^{er} avril 2014, p. 3034 ; TA Versailles 28 mars 2013, Société France Pain, req. n° 0904049.

[16] TA Versailles 28 mars 2013, Société France Pain, req. n° 0904049, précité.



Famille du média : **Médias professionnels**Périodicité : **Mensuelle**Audience : **6000**Sujet du média : **Droit**Edition : **Décembre 2021**Journalistes : **Tristan****Boucheteil/ Raphaël Crespellé**Nombre de mots : **3034**

p. 3/5

la commune intention des parties^[17], ou du passage d'un prix révisable à un prix ferme, admise car considérée défavorable au titulaire^[18] – ce qui implique qu'une modification en sens contraire est exclue^[19].

Troisièmement, si les parties pourraient être tentées, en l'absence d'une clause de révision des prix dans le contrat, de se reporter à une clause de réexamen^[20], encore faudrait-il que cette dernière figure au contrat dès l'origine et qu'elle soit « claire, précise et sans équivoque »^[21]. D'ailleurs, l'article R. 2194-1 du Code de la commande publique cite justement la clause de révision des prix comme un exemple de clause de réexamen.

Cette rigidité des règles de modification du prix du marché public est source de deux enseignements.

D'une part, elle milite pour que les acheteurs fassent preuve de rigueur lors de la rédaction de la clause et de la formule de révision des prix. En outre, il pourrait être prudent d'introduire une clause de réexamen envisageant une adaptation des prix de manière aussi précise que possible sur les circonstances la justifiant et sur les modalités de sa mise en œuvre.

D'autre part, faute de disposer d'une clause de révision des prix adaptée à la situation de déséquilibre financier du contrat qu'elles rencontrent en cours d'exécution du contrat, les parties n'ont d'autre choix que de se référer aux mécanismes du droit commun encadrant les conditions de modification des marchés publics.

Or, dans un contexte de forte hausse des prix des matières premières causée par la pandémie, n'ayant pas pu être anticipée par les acteurs économiques, les formules de révision de prix peuvent s'avérer inadaptées, insuffisantes ou dépassées, notamment du fait de leur caractère partiel ou en raison du délai entre l'évolution des prix et sa traduction dans les index puis dans les prix du marché.

Un dispositif de rééquilibrage soumis à des conditions de recours restrictives : la théorie de l'imprévision

La théorie de l'imprévision permet au titulaire de bénéficier d'une indemnité lorsqu'un événement imprévisible et étranger à la volonté des parties provoque un bouleversement temporaire de l'économie du contrat sans en rendre impossible l'exécution, ce qui la différencie de la force majeure au titre du critère de l'irrésistibilité.

Initialement instaurée par la jurisprudence^[22], cette théorie est désormais consacrée par le Code de la commande publique^[23].

Un droit à la disposition du titulaire du marché

Tout cocontractant de l'administration supporte, par définition, une part d'aléas pouvant occasionner des charges financières supplémentaires. En revanche, lorsque certaines circonstances entraînent des surcoûts d'une plus grande ampleur, le cocontractant a droit au rééquilibrage de son contrat, droit dont la théorie de l'imprévision constitue la traduction.

Modalités de mise en œuvre

Opposable à l'administration, le droit à indemnisation du cocontractant sur ce fondement peut, en cas d'accord entre les parties, se matérialiser par un avenant et, à défaut, conduire le titulaire du marché à rechercher la responsabilité de l'acheteur sur un fondement indemnitaire.

Dans tous les cas, il appartient au titulaire de démontrer qu'un événement extérieur, ici l'augmentation du prix des matières premières ou des composants indispensables à l'exécution des prestations, entraîne un bouleversement temporaire de l'économie du contrat et que cette augmentation était imprévisible, soit dans sa survenance, soit dans son ampleur.

Les circonstances actuelles peuvent être regardées, selon la date de conclusion du marché, comme imprévisibles. En effet, non seulement le regain global actuel de l'activité mondiale n'était pas acquis au regard des vicissitudes inhérentes à la situation sanitaire, mais surtout il était difficile d'imaginer qu'un ensemble de facteurs aboutissent à l'augmentation substantielle, continue et cumulée du prix des matières premières indispensables à l'exécution d'un grand nombre de marchés publics.

La démonstration difficile d'un bouleversement de l'économie générale du contrat

Toutefois, la démonstration d'un bouleversement de l'économie du contrat, notion d'appréhension très casuistique, peut s'avérer délicate.

En effet, si des précédents ont pu retenir qu'un surcoût de plus de 7 % du montant du marché était constitutif de charges extracontractuelles ayant entraîné un bouleversement de l'économie générale du contrat^[24], et si l'administration elle-même a pu, par le passé, fixer le seuil dudit bouleversement au « quinzième du montant

[17] CAA Lyon 11 mars 2021, Société Eiffage Route Centre Est, req. n° 19LY02082.

[18] CE 20 décembre 2017, Société Area Impianti, req. n° 408562.

[19] M. Gardellin, « Le prix révisable dans les marchés publics », *Contrats Publics - Le Moniteur*, n° 199, juin 2019.

[20] CCP, art. R. 2194-1.

[21] CCP, art. R. 2194-1.

[22] CE 30 mars 1916, Gaz de Bordeaux, req. n° 59928.

[23] CCP, art. L. 6.

[24] CAA Marseille 17 janvier 2008, Société Altagna, req. n° 05MA00492.



Famille du média : **Médias professionnels**Périodicité : **Mensuelle**Audience : **6000**Sujet du média : **Droit**Edition : **Décembre 2021**Journalistes : **Tristan****Boucheteil/ Raphaël Crespelle**Nombre de mots : **3034**

p. 4/5

initial du marché», soit 6,6 %^[25], d'autres ont refusé de considérer l'imprévision acquise pour des surcoûts de l'ordre de 10 %^[26]. Dans ces conditions, il semble raisonnable de considérer qu'un bouleversement de l'économie peut être constitué à partir de 10 à 15 % de surcoût. Lorsque les conditions de son application sont réunies, l'acheteur et le titulaire se partagent la charge financière subie. L'imprévision justifie alors l'octroi une indemnité, communément limitée à 90 % du surcoût subi par le titulaire^[27].

L'existence d'une formule de variation des prix dans le contrat n'exclut pas, par principe, l'application de la théorie de l'imprévision, mais, dans ce cas, il convient de démontrer qu'elle a été « perturbée » par des circonstances présentant un caractère imprévisible^[28] et de s'assurer que le titulaire n'a pas fait preuve de négligence dans la vérification de la formule de variation^[29].

La théorie de l'imprévision pourrait donc s'avérer adaptée à la situation actuelle, notamment lorsque le titulaire est confronté à un acheteur réticent. Mais les conditions à réunir, notamment celle d'un bouleversement de l'économie du contrat, constituent un frein à sa mise en œuvre.

Un dispositif adapté mais soulevant des interrogations sur son applicabilité : la modification du marché en raison de circonstances imprévues

Face à ces hypothèses précédemment citées, partiellement satisfaisantes, il pourrait être envisagé de considérer que l'augmentation du prix de certaines matières premières constitue un événement imprévu justifiant une adaptation du contrat.

Cadre juridique

En principe, les modifications de faible montant, c'est-à-dire n'excédant pas le seuil de passation des marchés selon une procédure formalisée et inférieures à 15 % du montant du marché initial, sont autorisées sans

nouvelle procédure de publicité ou de mise en concurrence^[30]. Mais lorsque ces modifications « sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues »^[31], ces dernières étant définies comme des circonstances qu'un « acheteur diligent ne pouvait pas prévoir »^[32], c'est-à-dire, de fait, de circonstances imprévisibles et non pas seulement « imprévues », il est possible de procéder à une augmentation pouvant aller jusqu'à « 50 % du montant du marché initial »^[33]. Or, ainsi qu'il a été indiqué s'agissant de la théorie de l'imprévision, il pourrait être considéré, que les hausses actuelles des prix constituent de telles circonstances.

Cette solution présenterait le double avantage :

- de laisser davantage de latitude financière aux parties pour adapter les conditions économiques du contrat que la théorie de l'imprévision puisqu'elle permettrait, en théorie, d'absorber la totalité de la charge financière résultant de la hausse subie ;
- d'intervenir dans une échelle de temps compatible avec l'exécution d'un marché public et les surcoûts occasionnées par l'inflation du prix des matières premières.

Incertitudes juridiques sur sa mise en œuvre dans la situation actuelle

S'il apparaît séduisant pour faire face aux hausses de prix actuelles, le dispositif semble se confronter à des limites.

En effet, la modification du marché suppose un accord de volonté des parties ou une décision unilatérale de l'acheteur^[34]. Sa mise en œuvre est donc soumise au bon vouloir de l'acheteur, ce que confirme d'ailleurs la lettre de l'article L. 2194-1 du Code de la commande publique (« le marché peut être modifié ... »).

Il pourrait être conçu que, malgré sa formulation, cette disposition sur les circonstances imprévues puisse constituer un outil de rééquilibrage financier du contrat au bénéfice du titulaire du marché qu'il pourrait imposer à son cocontractant acheteur. À cet égard, le caractère antinomique des termes « peut » et « nécessaire » contenus dans l'article R. 2194-5 du Code de la commande publique interroge : si la modification est « rendue nécessaire », n'est-il pas contradictoire de la réduire à une simple possibilité ?

Plusieurs raisons incitent toutefois à en douter.

De première part, les règles autorisant les modifications d'un marché en cours d'exécution visent en priorité à préserver les conditions initiales de mise en concurrence et à éviter qu'un marché puisse être utilisé pour échapper aux règles de passation, par une augmentation, une modification ou une prolongation injustifiée des

[25] Article 4.1.2.2 de la circulaire interministérielle du 20 novembre 1974 relative à l'indemnisation des titulaires de marchés publics en cas d'accroissement imprévisible de leurs charges économiques.

[26] CAA Paris 10 juillet 2015, Société Balas Mahey, req. n° 12PA04253.

[27] CAA Marseille 17 janvier 2008, Société Altagna, req. n° 05MA00492.

Article 4.2.2 de la circulaire interministérielle du 20 novembre 1974 relative à l'indemnisation des titulaires de marchés publics en cas d'accroissement imprévisible de leurs charges économiques.

[28] CE 19 février 1992, Société Dragages, req. n° 47265.

[29] CAA Paris 10 juillet 2015, Société Balas Mahey, req. n° 12PA04253 ; CAA Bordeaux 3 mai 2011, Société Gagne, n° 10BX01996.

[30] CCP, art. R. 2194-8.

[31] CCP, art. L. 2194-1, 3^e.

[32] CCP, art. R. 2194-5.

[33] CCP, art. R. 2194-3.

[34] CCP, art. L. 2194-1.



Adaptation des prix des marchés publics à la flambée du coût des matières premièresFamille du média : **Médias professionnels**Périodicité : **Mensuelle**Audience : **6000**Sujet du média : **Droit**Edition : **Décembre 2021**Journalistes : **Tristan****Boucheteil/ Raphaël Crespelle**Nombre de mots : **3034**

p. 5/5

prestations. Ces dispositions n'apparaissent donc pas avoir été pensées comme ouvrant un droit qu'un cocontractant pourrait opposer à l'autre.

De deuxième part, la portée qui pourrait être donnée au caractère « nécessaire » de la modification est incertaine : un déséquilibre financier du contrat, qui ne préjudice dans des proportions variables qu'à une partie, rend-il « nécessaire » son rééquilibrage ? Il pourrait au contraire être considéré que la nécessité de la modification doit s'apprécier de manière objective, en ce qu'elle s'imposerait aux deux parties.

De troisième part et enfin, la théorie de l'imprévision suppose que le titulaire supporte une part de l'aléa affectant l'équilibre de son contrat, puisque seul un bouleversement de cet équilibre justifie la mise en œuvre de cette théorie. Ainsi, concevoir le mécanisme des circonstances imprévues comme un droit au rééquilibrage

du contrat, quelle que soit l'ampleur du déséquilibre, reviendrait à faire échec au principe évoqué.

Ainsi, si le recours aux circonstances imprévues peut s'avérer efficace pour des parties collaborant en bonne intelligence, il apparaît incertain, en l'état, de l'envisager comme offrant au titulaire un droit opposable à son cocontractant.

Les trois outils ci-dessus décrits – clauses de révision, théorie de l'imprévision et modifications pour circonstances imprévues – apparaissent donc imparfaits mais suffisants pour faire face aux hausses de prix actuelles pour autant que soit favorisée la communication et la concertation entre les parties, ce qui implique d'éviter, pour l'acheteur, de rester sourd aux difficultés subies par son cocontractant et, pour ce dernier, de démontrer qu'il ne tente pas de tirer profit indument des pénuries actuelles.

