

# MARCHÉS PUBLICS ET FLAMBÉE DES PRIX : QUELS POSSIBLES AMÉNAGEMENTS DU CONTRAT ?

► Par Evangélie KARAMITROU-MAGUERES  
Avocat associé, Cabinet Landot & Associés



Les contrats régis par le Code de la commande publique (CCP) sont parfois soumis à des circonstances qui incitent les parties à modifier leur contenu en cours d'exécution. À cet effet, le Code de la commande publique prévoit six hypothèses dans lesquelles les parties peuvent modifier un contrat de la commande publique en cours d'exécution (article L. 2194-1 du Code de la commande publique).

Parmi ces hypothèses, l'une permet de modifier le contrat en cas de modification non substantielle (article R. 2194-7 du CCP) et une autre en cas de modification d'un faible montant (articles R. 2194-8 et R. 2194-9 du CCP).

Si certains cas de figure que peuvent rencontrer les acheteurs sont résolus par le recours à ces deux hypothèses, il en est d'autres où les acheteurs pourraient se sentir démunis, notamment lorsque des circonstances inhabituelles viennent perturber l'exécution de leur contrat et que ces hypothèses ne permettent pas, en l'état, de modifier le contrat en cours d'exécution.

Dans un contexte économique international marqué par la crise sanitaire et le conflit en Ukraine, la fourniture de certains produits, notamment des denrées alimentaires, des fluides, ou autres matières premières, peut rencontrer des difficultés pouvant se répercuter sur les prix pratiqués dans l'exécution de certains contrats publics.

Ce 27 mars dernier, une circulaire n° 6338/SG relative à l'exécution des contrats de la commande publique dans le contexte actuel de hausse des prix de certaines matières premières a d'ailleurs été signée par Monsieur le Premier Ministre.

Le gouvernement a ainsi décidé d'établir un « *mode d'emploi* » à l'attention du monde de la commande publique et afin de « *sensibiliser les collectivités locales et leurs établissements publics aux règles relatives à l'exécution des contrats de la commande publique* ».

Dans le contexte actuel, la question qui se pose est de savoir si les parties à un contrat public peuvent procéder à la modification du prix en cours d'exécution du contrat et dans l'affirmative selon quelles modalités.

De manière pragmatique, il faut s'intéresser aux cas de modifications prévues déjà par les clauses contractuelles (1). Si ces cas ne couvrent qu'une partie des situations que les parties peuvent rencontrer, il en est d'autres qui peuvent tout de même permettre aux parties de modifier leur contrat si les circonstances le permettent (2).

## 1. Les modifications du prix sont possibles, dans certaines conditions, lorsque le contrat prévoit à cet effet des clauses spécifiques.

Deux hypothèses peuvent correspondre aux situations dans lesquelles les parties peuvent modifier les prix en cours d'exécution du contrat. Elles peuvent en effet avoir recours aux clauses de réexamen, prises sous l'angle des clauses de variation des prix (a) ou de révision des prix (b).

### a/ Les clauses de réexamen prises sous l'angle des clauses de variation des prix

**En premier lieu**, il ressort de l'une des hypothèses prévues par le Code de la commande publique que les parties peuvent insérer des clauses de réexamen dans leurs marchés publics. À ce titre, l'article R. 2194-1 du CCP dispose que : « *Le marché peut être modifié lorsque les modifications, quel que soit leur montant, ont été prévues dans les documents contractuels initiaux sous la forme de clauses de réexamen, dont des clauses de variation du prix ou d'options claires, précises et sans équivoque. Ces clauses indiquent le champ d'application et la nature des modifications ou options envisageables ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage.* »

Pour être régulières, **de telles clauses ne doivent pas modifier la nature globale du contrat**, conformément au dernier alinéa de l'article L. 2194-1 du Code de la commande publique.

Les clauses de réexamen ainsi prévues dans le contrat peuvent constituer des clauses de variation du prix soumises à plusieurs conditions.

**D'une part**, ces clauses doivent être claires, précises et sans équivoque. Leur rédaction ne devrait laisser de place à aucune interprétation par les parties au moment où des circonstances justifient qu'elles y aient recours.

**D'autre part**, ces clauses doivent prévoir le champ d'application, la nature et les conditions de mise en œuvre des modifications éventuelles.

Selon la Direction des Affaires Juridiques du ministère de l'Économie, des Finances et de la Relance (DAJ)<sup>1</sup>, la clause de réexamen peut s'apprécier par sa rédaction stricte : « *La clause de réexamen est rédigée de telle manière que la **survenance d'un événement précis entraîne une modification dont la teneur a été prévue dans les documents contractuels initiaux.*** »

Toutefois, la clause de réexamen peut également s'apparenter à une clause dite de « *rendez-vous* » ou de « *rencontre* », que la DAJ définit comme suit : « *La clause de réexamen est rédigée de telle manière qu'elle s'apparente à une « clause de rendez-vous ». Ainsi, il est seulement prévu **que la survenance d'un événement précis conduira les parties à renégocier les termes du contrat.*** » À titre d'exemple, si un marché public contient une clause par laquelle les parties prévoient de se rencontrer à la suite de la survenance d'un événement particulier, les parties peuvent alors, en cas de survenance de l'événement, se rencontrer, en vue de modifier, le cas échéant, le contrat.

Quand bien même il apparaît que les clauses de variation du prix peuvent être considérées comme étant des clauses de réexamen au sens du CCP, les parties sont tout de même soumises à certaines conditions pour utiliser ces clauses de réexamen aux fins de faire varier les prix.

En particulier, pour répondre à l'évolution du prix des matières premières ou des denrées alimentaires sur le fondement d'une clause de réexamen, celle-ci doit donc prévoir expressément qu'en cas d'évolution du prix de ces matières premières ou denrées alimentaires, le prix variera dans des conditions clairement et précisément indiquées au contrat initial. Si la clause de réexamen ne répond pas à l'exigence de précision fixée par le CCP alors elle ne pourra pas servir de fondement pour modifier les prix pratiqués dans le cadre du marché public.

Cet outil juridique aura donc probablement une **portée assez limitée** pour les contrats déjà conclus puisque peu d'acheteurs auront réussi à anticiper le



contexte économique actuel. En revanche, il peut s'agir d'un outil contractuel à utiliser lors de la rédaction de futurs marchés portant sur des secteurs pour lesquels les prix sont susceptibles de fortement varier.

Par ailleurs, le recours aux clauses de réexamen ne devrait pas se heurter aux clauses de révision du prix dès lors qu'elles sont prévues au contrat.

### b/ Les clauses de révision et l'intangibilité des prix

En second lieu, certains contrats prévoient des prix révisibles. En effet, l'article R. 2112-13 du Code de la commande publique dispose : « Un prix révisable est un prix qui peut être modifié, dans des conditions fixées au présent article, pour tenir compte des variations économiques. Un marché est conclu à prix révisable 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. Tel est notamment le cas des marchés ayant pour objet l'achat de matières premières agricoles et alimentaires<sup>2</sup>. »

Il y a donc des marchés publics pour lesquels une révision des prix doit obligatoirement être prévue dans les documents contractuels. Il s'agit des marchés publics soumis à des « aléas majeurs du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques ». Plus concrètement, il s'agit des marchés dont les prix sont fortement susceptibles de varier tout au long de leur exécution, notamment parce qu'ils impliquent le recours à des matières premières ou des produits alimentaires. Il peut notamment s'agir de marchés publics de fourniture de denrées alimentaires.

L'article R. 2112-13 du Code de la commande publique poursuit en précisant

les paramètres que doit contenir la clause de révision des prix : « *Lorsque le prix est révisable, les clauses du marché fixent la date d'établissement du prix initial, les modalités de calcul de la révision ainsi que la périodicité de sa mise en œuvre.* ».

À ce titre, il est donc important que les acheteurs réfléchissent scrupuleusement avant de définir les indices composant la formule de révision paramétrique et envisagent d'ajuster la part fixe de la formule paramétrique. Enfin, dans le contexte actuel, pour les futurs contrats, il serait judicieux que les acheteurs considèrent d'augmenter la périodicité de la révision des prix en prévoyant, plutôt que des révisions annuelles comme cela se pratiquent habituellement, des révisions trimestrielles, voire mensuelles.

En revanche, une fois le marché notifié et donc la formule de révision des prix fixée, il n'est plus possible de modifier une clause de révision des prix, la jurisprudence ayant déjà précisé que **le prix et la clause de variation des prix sont intangibles** (CE, 9 mars 1951, *Didona*, Rec. CE p. 148).

Dans le même ordre d'idée, la jurisprudence a confirmé qu'une modification du prix d'un marché public en l'absence de clause de révision du prix ou de réexamen **porterait atteinte aux conditions de la mise en concurrence initiale** (CE, 15 février 1957, *Établissement Dickson*, AJDA 1957, II, p. 161).

Pour autant, la jurisprudence a pu considérer que la modification en cours d'exécution du marché du « *mécanisme de fixation des prix du marché* » est légale dans la mesure où elle est **réalisée au désavantage du titulaire du marché**. Par suite, le juge administratif considère que, représentant un désavantage pour le titulaire du marché, « *la suppression de la clause relative à la révision des prix ne pouvait, eu égard à sa nature et à ses effets, être regardée comme ayant bouleversé l'économie générale du marché* »

(CE, 20 décembre 2017, Société Area Impianti, req. n°408562).

À notre sens, et même si ce point n'a pas été confirmé par la jurisprudence, la décision du Conseil d'État « *Société Area Impianti* » est également valable pour les clauses « butoir<sup>3</sup> » ou « de sauvegarde<sup>4</sup> » étant donné qu'il s'agit de clauses qui encadrent et limitent les effets des clauses de révision des prix.

Ainsi, la modification de la clause de révision des prix, pendant l'exécution du marché, est possible uniquement à la condition de ne pas accorder une faveur au cocontractant de l'administration. Par exemple, une telle modification ne devrait pas permettre au titulaire du marché de cesser de vendre à perte du fait de l'augmentation brutale des prix des matières premières et des denrées alimentaires.

Par suite, s'il s'avère que la formule de révision des prix n'est plus adaptée (par exemple, si sa périodicité ou ses indices ne permettent plus de refléter l'évolution des conditions économiques d'exécution du marché), l'acheteur public, même dans le contexte actuel, ne dispose pas de la faculté de la modifier pour tenir compte des difficultés rencontrées par son cocontractant.

Le Premier Ministre dans la circulaire n° 6338-SG du 30 mars 2022, susmentionnée, il demande, pour la rédaction des contrats à venir et afin de ne pas pénaliser les entreprises de s'assurer que « *les formules de révision de prix ne contiendront pas de terme fixe et les contrats ne contiendront ni clause butoir, ni clause de sauvegarde* ».

## 2. Les modifications du prix par la survenance de circonstances imprévisibles.

Les parties peuvent recourir à des modifications contractuelles sur le fondement des circonstances imprévues telles que

(1) Les modalités de modification des contrats en cours d'exécution : <http://bit.ly/2PScSli>

(2) À noter que ces dispositions ont été introduites par le décret n° 2018-1225 du 24 décembre 2018 et ne s'appliquent qu'aux marchés publics pour lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence est envoyé à la publication à compter de la date d'entrée en vigueur dudit décret.

prévues au Code de la commande public (a). En parallèle, la théorie de l'imprévision peut toujours être invoquée dans le contexte actuel (b).

### a/ La révision sur le fondement de circonstances imprévues telles que prévues par le Code de la commande publique.

Lors de l'exécution de contrats de la commande publique, des circonstances imprévues peuvent être de nature à justifier la modification d'un contrat.

À cet effet, l'article R. 2194-5 du Code de la commande publique dispose : « *Le marché peut être modifié lorsque la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir.* ».

Cet article pose deux caractéristiques cumulatives que doivent revêtir les circonstances dans lesquelles un marché public peut être modifié.

D'une part, les circonstances doivent rendre nécessaire la modification du contrat. Cette caractéristique suppose que les circonstances qui se présentent aux parties offrent deux alternatives.

La première d'entre elles serait de mettre un terme anticipé au marché public, en vertu du principe de l'impossibilité de modifier le contrat en cours d'exécution sans porter atteinte aux règles de la commande publique.

La seconde serait de permettre la poursuite de l'exécution du contrat à la condition de procéder à une modification de celui-ci. La nuance à apporter dans cette seconde alternative est que seule la modification rendue nécessaire par les circonstances et permettant la poursuite de l'exécution du contrat doit être réalisée. Aussi, cette alternative ne doit pas être un prétexte à modifier des éléments du contrat qui ne sont pas strictement nécessaires à la poursuite de l'exécution de celui-ci.

D'autre part, les circonstances qui se présentent aux parties doivent être celles qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir.

En l'absence de jurisprudence topique, cette seconde caractéristique nécessite une interprétation juridique.

À notre sens, cette caractéristique semble renvoyer partiellement aux conditions de la théorie jurisprudentielle de l'imprévision. En effet, un acheteur diligent peut être entendu de celui qui prend toutes les mesures nécessaires pour permettre la bonne exécution du marché public en l'état des informations dont il dispose au moment où il contracte.

Ces circonstances doivent donc être imprévisibles pour un acheteur diligent au moment de la conclusion du contrat pour faire application du fondement précité.

En outre, une fois que les deux caractéristiques sont réunies, la modification fondée sur l'article R. 2194-5 du CCP n'est possible que dans la limite de 50 % de la valeur initiale du marché public.

### b/ Que reste-t-il de la théorie de l'imprévision en matière de marché public ?

#### • Rappel de la théorie jurisprudentielle de l'imprévision

La théorie de l'imprévision est née d'une création prétorienne du juge administratif au début du 20<sup>e</sup> siècle (CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, req. n°59928).

Cette création s'applique en matière de contrats administratifs, notamment aux contrats de la commande publique, à l'instar des marchés publics, y compris lorsqu'ils ont été résiliés (CE, 10 février 2010, *Société Prest'action*, req. n°301116).

Contrairement aux hypothèses envisagées par le Code de la commande

publique, la théorie jurisprudentielle de l'imprévision a été créée afin de faire face aux bouleversements économiques que pourrait connaître le contrat pendant son exécution.

Elle prévoit l'octroi, par l'administration, d'une indemnité au cocontractant qui verrait les conditions d'exécution du contrat être radicalement déséquilibrées en sa défaveur (art. L.6, 3°, du code de la commande publique). En contrepartie, le cocontractant doit poursuivre l'exécution de ses prestations. Il ne s'agit donc pas d'une modification classique du contrat, mais d'un rééquilibrage financier du contrat par l'octroi d'une indemnité.

Pour mettre en œuvre la théorie de l'imprévision dans le cadre d'un marché public, il faut d'abord que survienne un événement qui était imprévisible pour les parties au moment de la conclusion du contrat. C'est la condition qui semble reprise par l'hypothèse des circonstances imprévues de l'article R. 2194-5 du CCP (cf. *supra*).

L'événement en cause doit procéder d'un fait étranger aux parties, qu'il s'agisse de l'évolution brutale des prix de matières premières provoquées par un conflit armé ou par des perturbations liées à des phénomènes naturels. Récemment, la jurisprudence retient davantage la sémantique tenant à ce que l'événement soit « indépendant de l'action du cocontractant de l'administration » (CE, 21 octobre 2019, *Société Alliance*, req. n°419155).

Malgré le bouleversement, le contrat doit toujours faire l'objet d'une exécution, à défaut de quoi la théorie de l'imprévision laisserait place à la théorie de la force majeure. La théorie de l'imprévision ne peut donc trouver à s'appliquer que de manière temporaire, car si le bouleversement venait à être définitif, le contrat pourrait alors être résilié sur le fondement de la force majeure (CE, 9 décembre 1932,

(3) « *La clause butoir est obligatoirement contractuelle : elle empêche l'évolution du prix au-delà du butoir prévu, sans que le titulaire puisse s'y opposer.* » (DAJ, *Guide des prix dans les marchés publics*, 2013, p.35)

(4) « *La clause de sauvegarde permet à l'acheteur public de résilier, sans indemnité, la partie non exécutée des prestations, lorsque le prix révisé dépasse la sauvegarde prévue. Ainsi, alors que la clause butoir permet la poursuite de l'exécution des prestations du marché, la clause de sauvegarde permet d'y mettre fin.* » (DAJ, *Guide des prix dans les marchés publics*, 2013, p.36)

Compagnie des tramways de Cherbourg, Rec. CE p. 1050).

Ensuite, il faut que cet événement entraîne un **bouleversement de l'économie du contrat**, de sorte que les charges qui pèsent sur le cocontractant de l'administration en soient considérablement alourdies, entraînant un déficit réellement important.

C'est au titulaire du contrat de **déterminer et de justifier** (preuves à l'appui) les charges extracontractuelles auxquelles il doit faire face, et ce, en comparant son prix de revient et sa marge bénéficiaire au moment où il a remis son offre, et ses débours au cours de l'exécution du marché.

Cette indemnité a fait l'objet d'une définition, récemment rappelée par le rapporteur public Gilles Pélissier : « *L'indemnité d'imprévision, de nature extracontractuelle, couvre « le montant du déficit provoqué par l'exécution du contrat pendant la période au cours de laquelle celle-ci a été bouleversée par des circonstances imprévisibles » (GAJA), une petite partie, de 5 à 10 %, correspondant au risque d'exploitation que doit supporter le cocontractant, étant laissée à sa charge. Fondée sur l'exigence de continuité du service public et destinée à permettre au titulaire du contrat d'en poursuivre l'exécution tant que durent les événements qui en bouleversent l'équilibre économique, elle est par définition temporaire.* » (Ccls. G. Pélissier

sous CE, 21 octobre 2019, Société Alliance, req. n°419155)

La circulaire du 30 mars dernier, précitée, va jusqu'à affirmer que la condition du bouleversement de l'économie du contrat n'est « en principe, considérée comme remplie que lorsque les charges extracontractuelles ont atteint environ un quinzième du montant initial HT du marché ou de la tranche ».

Néanmoins, il nous semble qu'il serait beaucoup plus prudent, pour les acheteurs publics, de ne pas avoir en tête un pourcentage fixe, mais d'estimer au cas par cas en sachant que le juge examinera, le cas échéant, également au cas par cas si bouleversement il y a...

### • **Champ d'application défini négativement par reflet des hypothèses du CCP**

Aussi, contrairement aux hypothèses prévues par le Code de la commande publique, le versement d'une indemnité d'imprévision peut intervenir lorsque le contrat fait l'objet d'un bouleversement économique, même après application des clauses contractuelles permettant la variation ou la révision du prix. Le versement de cette indemnité sera formalisé non pas par avenant, mais par une convention liée au contrat.

### **L'intérêt de la distinction entre la théorie de l'imprévision et les hypothèses de modification du contrat prévues**

### **par le Code de la commande publique tient au fait que le versement de l'indemnité d'imprévision revêt un caractère extracontractuel.**

Elle ne laisse qu'une partie du déficit financier à la charge du cocontractant, engendré sur la période bouleversée par les circonstances imprévisibles, le reste pouvant être pris en charge par la personne publique cocontractante.

Néanmoins, la mise en œuvre de cette théorie ne permet pas de modifier le prix d'un marché public en cours d'exécution.

Elle peut trouver à s'appliquer dès lors que les conditions sont réunies, et notamment si les solutions contractuelles ouvertes par le Code de la commande publique ne permettent pas aux parties de faire face aux bouleversements conjoncturels qui perturbent l'exécution du contrat.

En conclusion, dans le contexte actuel de flambée des prix, la théorie de l'imprévision pourrait probablement trouver à s'appliquer pour certains contrats s'il s'avère que les augmentations des coûts conduisent, pour le cocontractant de l'administration, à un bouleversement de l'économie du contrat. Il pourra peut-être parfois s'agir de la seule voie pour permettre la poursuite de l'exécution de prestations contractuelles, si les solutions contractuelles du Code de la commande publique ne peuvent être mises en œuvre. ■



(5) Circulaire n° 6338-SG du 30 mars 2022 relative à l'exécution des contrats de la commande publique dans le contexte actuel de hausse des prix de certaines matières premières : <https://bit.ly/3EFYyMp>