





Pénurie et marchés publics

Mise à jour à la suite de l'avis CE n° 405540 du 15 septembre 2022

LexCase

Vos contacts :



Raphaël APELBAUM
rapelbaum@lexcase.com



Alain DE BELENET
adebelenet@lexcase.com



Maxime BÜSCH
mbusch@lexcase.com

1 Contexte

La flambée des prix touche l'ensemble des matières premières

Métaux

Energies

Matières premières agricoles

+ Difficultés persistantes d'approvisionnement liées aux perturbations du commerce maritime depuis la crise du Covid

2 Contexte

Réaction des autorités publiques en 3 temps

1

Circulaire du 16 juillet 2021 sur l'aménagement des conditions d'exécution des marchés publics de l'Etat face aux difficultés d'approvisionnement

2

Circulaire du 30 mars 2022 relative à l'exécution des contrats de la commande publique dans le contexte actuel de hausse de certaines matières premières + fiche technique

Beaucoup de critiques sur le fond et solutions peu opérationnelles

En réaction

3

Avis n° 405540 du 15 septembre 2022 du CE sur les modifications de contrats en cours d'exécution + fiche technique MAJ (21/09/2022)

3 Flambée des matières premières et pénurie : que peut faire l'acheteur public ?

Pour les marchés à venir

- **Insérer une clause de révision/actualisation des prix**
  - *Rappel : ce type de clause est obligatoire pour les marchés soumis à une grande volatilité des matières premières*
- **Prévoir une clause de réexamen**
  - *Rappel : cette clause permet aux parties de se rencontrer et de procéder à des modifications de marché déjà anticipées*
- **Prévoir une exonération de pénalités** en cas de retard dans l'exécution dû à des problèmes d'approvisionnement

Pour les marchés en cours

- **Aménager les délais d'exécution**
- **Moduler ou exonérer les pénalités de retard**
- **Modifier les clauses du marché notamment les clauses tarifaires**

C'est sur ce point précis que l'avis du Conseil d'Etat apporte un éclairage juridique intéressant

- **Appliquer la théorie de la force majeure ou de l'imprévision ?**

4 Focus sur la clause de réexamen

Rappel : ce type de clause est désormais prévu au sein des différents CCAG

- **Clause de réexamen**

En cas de circonstance que des parties diligentes ne pouvaient prévoir dans sa nature ou dans son ampleur et modifiant de manière significative les conditions d'exécution du marché, les parties examinent de bonne foi les conséquences, notamment financières, de cette circonstance.

Le cas échéant, les parties conviennent, par avenant, des modalités de prise en charge, totale ou partielle, des surcoûts directement induits par cette circonstance sur la base de justificatifs fournis par le titulaire. Il est tenu compte, notamment :

- Des surcoûts liés aux modifications d'exécution des prestations ;
- Des conséquences liées à la prolongation des délais d'exécution du marché.

Le titulaire est tenu de demander, en temps utile, qu'il soit procédé à des constatations contradictoires pour permettre à l'acheteur d'évaluer les moyens supplémentaires effectivement mis en œuvre.

Sont exclues de cette évaluation, les augmentations de prix prises en compte dans les index ou indices utilisés pour la révision des prix du marché.
Les surcoûts pris en charge par l'acheteur peuvent faire l'objet d'une avance dans les conditions fixées par les documents particuliers du marché ou dans l'avenant conclu en application du présent article.

5 Focus sur la clause de réexamen

Les avantages

- Encouragée par le CCAG et le Code de la commande publique (art. R. 2194-1)
- Pas de seuils applicables à ces clauses

Les inconvénients

- La clause doit être claire, précise et sans équivoque tant sur son déclenchement que sur les conséquences financières pour les parties : *« 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. »* (art. R. 2194-1)
- Difficile de tout anticiper dans le cadre d'une telle clause
- La clause de réexamen ne peut pas changer la nature globale du marché

6 Focus – Force majeure ou imprévision ?

Force majeure

Conditions

Extérieur
= Les parties au contrat ne doivent pas être la cause de l'évènement

Imprévisible
= L'évènement n'était pas raisonnablement prévisible au moment de la conclusion du contrat

Irrésistible
= L'évènement doit rendre absolument ou définitivement impossible la poursuite de l'exécution normale du contrat

Conséquences

1) Exonération de responsabilité en cas d'inexécution des obligations contractuelles. Ex: les pénalités de retard ne sont pas applicables

2) Possibilité de résilier le contrat de façon unilatérale pour chacune des deux parties

3) Sous réserve des clauses contractuelles, droit à indemnisation limité pour le titulaire (pertes subies)

Imprévision

Conditions

Extérieur
= Les parties au contrat ne doivent pas être la cause de l'évènement

Imprévisible
= L'évènement n'était pas raisonnablement prévisible au moment de la conclusion du contrat

Irrésistible

= L'exécution est toujours possible mais rendue temporairement excessivement onéreuse

Conséquences

1) Pas d'exonération de responsabilité car l'exécution est toujours matériellement possible même si elle est temporairement excessivement plus onéreuse

2) Le cocontractant doit être indemnisé de l'aléa anormal en lien avec la situation d'imprévision (voir L6 al. 3)



Régime propre au droit des contrats publics qui diffère de l'article 1195 du Code civil

7 Focus – Force majeure ou imprévision ?

La flambée des prix est-elle une cause de force majeure ?

- **NON**, selon la circulaire du Premier ministre : « *L'augmentation des prix ne conduit pas, en elle-même, à une situation de force majeure permettant au titulaire de se soustraire à ses obligations contractuelles* »

A partir de quand le surcoût peut-il être considéré comme une imprévision ?

- **Seuil de 1/15e** de surcoût par rapport au montant HT du marché initial selon la circulaire du PM : « S*i la jurisprudence ne fixe pas de seuil unique au-delà duquel elle reconnaît un tel bouleversement, cette condition 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* »

➡ Le bouleversement de l'équilibre du contrat est toutefois apprécié par période d'imprévision

- Reprise du seuil de la circulaire de novembre 1974

- **Question de la prise en charge par l'Administration du surcout subi par l'opérateur privé** : entre 75 et 95% en fonction des situations

➡ Au final, ces dispositifs sont assez peu opérationnels pour prendre en compte les hausses importantes du prix des matières premières

8 Focus – les points faibles de l'imprévision

- Une solution indemnitaire post frais et post exécution : elle est souvent discutée longuement avant conclusion d'un accord final et en attendant c'est l'opérateur privé qui doit avancer les frais. Dans bien des cas l'imprévision est réglée dans le cadre d'un protocole intervenant après la période d'imprévision.
- Une solution légale qui ne peut s'envisager que sous certaines conditions de seuil : il faut que le surcoût dépasse le seuil de bouleversement (6-7% de variation) + il faut précisément documenté et fléché la relation de cause à effet entre le fait générateur (hausse des matières premières et crise internationale) et le surcout affiché
- Une solution de contrainte : l'imprévision est souvent perçue comme une obligation légale (ce qu'elle est au titre de l'article L6 du code de la commande publique). Comme toute obligation légale elle est encadrée par des conditions strictes. Comme toute obligation légale de paiement, on a tendance à se concentrer sur les conditions de sa mise en œuvre plutôt que sur la recherche d'un accord de volontés pour sa prise en charge.
- Une solution de partage des couts : même si le seuil de bouleversement est dépassé, le fléchage bien documenté, le surcoût sera toujours partagé entre Administration et opérateur privé sur des bases variables et discutables qui ne sont pas clairement arrêtées aujourd'hui. L'Administration pouvant prétendre à une prise en charge limitée entre 95% et 75% du surcoût.

Au final, on recommande d'utiliser en priorité l'approche de variation du marché pour conditions imprévisibles et ne pas utiliser d'emblée l'Imprévision considérant la situation actuelle grandement incertaine et sans précédent. On favorisera aussi la recherche d'un accord de volontés sur la réalité économique du marché plutôt que la contrainte juridique qui donnera lieu à des discussions qui peuvent être longues et difficiles et au final plus incertaines

9 Focus – Les clauses de révision des prix

Rappel sur les clauses de prix

Prix fermes

- **Définition :** prix invariable pendant toute la durée du marché (art. R. 2112-9)
- **Actualisation du prix ferme :** mécanisme qui a pour but de transposer un prix ferme initial en un nouveau prix ferme si un délai supérieur à trois mois s'écoule entre la date du dépôt de l'offre la date de début d'exécution des prestations » (art. R. 2112-11).

Prix révisables

- **Définition :** prix qui peut être modifié pour tenir compte des variations économiques (art. R. 2112-13)
- **Obligatoire** lorsque des aléas majeurs peuvent être raisonnablement envisagés sur la période d'exécution des prestations. (art. R. 2112-13)
- Trois modalités de calcul de la révision :
  - Ajustement du prix à partir d'une référence (a) ;
  - Application d'une formule représentative de l'évolution du coût de la prestation (b) ;
  - Combinaison de a et b.

10 Focus – Les clauses de révision des prix

Peut-on modifier les clauses de prix en cours d'exécution d'un marché ?

NON, selon la doctrine ministérielle s'appuyant sur l'intangibilité des prix

- Circulaire du PM de mars 2022 : « *En revanche, l'acheteur ne doit pas utiliser ces dispositions pour modifier par voie d'avenant les clauses fixant le prix lorsque cette modification du prix n'est pas liée à une modification du périmètre, des spécifications ou des conditions d'exécution* »

- Position DAJ (février 2022): « *Ainsi, en l'absence de clause de révision de prix ou de réexamen, une modification du prix porterait atteinte aux conditions de la mise en concurrence initiale (CE, 15 février 1957, Etablissement Dickson). La clause de révision de prix ne peut donc être ni modifiée, ni introduite en cours d'exécution du marché même si celle-ci était obligatoire* »

OUI, selon le Conseil d'Etat

- « *Le caractère en principe définitif des prix des marchés ne fait pas obstacle à leur modification en application et dans le respect des dispositions* » du Code la commande publique

- Le Conseil d'Etat « *considère également que rien n'empêche que les modifications des marchés et contrats de concession portent uniquement, en vue de compenser les surcoûts que le titulaire ou le concessionnaire subit du fait de circonstances imprévisibles, sur les prix ou les tarifs prévus au contrat ainsi que sur les modalités de leur détermination ou de leur évolution* »

11 Focus – Les clauses de révision des prix

~~Intangibilité absolue des prix~~

- Le Conseil d'Etat considère qu'il n'existe aucun principe d'intangibilité absolue des prix dans le cadre d'un contrat de la commande publique.
- Bien au contraire, comme tout élément du contrat, le prix peut faire l'objet de modifications en cours d'exécution.
- Ces modifications sont encadrées par le régime des modifications contractuelles fixé au sein du Code de la commande publique

12 Focus – Les clauses de révision des prix

Le Code de la commande publique autorise la modification des clauses de prix dans un contrat de la commande publique et notamment dans deux cas

Cas n° 1

- Les modifications substantielles autorisées *(+50 % lors de circonstances imprévisibles)*

art. R. 2194-2 à R. 2194-5

Cas n° 2

- Les modifications limitées et encadrées *(+15 % en travaux, +10 % en services et fournitures)*

art. R. 2194-7 du Code

On rappellera que les hypothèses de variation d'un marché public sont toutes alternatives et donc cumulatives. Le cas #1 et le cas #2 peuvent donc être envisagés de manière cumulative dans l'exécution d'un seul et même marché pour apporter une variation financière nécessaire aux circonstances supportées. On pourra ainsi avoir le même fait générateur donnant lieu pour des périodes de temps distinctes à des variations du marché justifiées par des cas #1 et des cas #2.

Focus – Les clauses de délai

Quelles conséquences sur les délais d'exécution d'un marché ?

- Position DAJ (février 2022): « *Les acheteurs publics ont toujours la possibilité d'aménager les délais d'exécution lorsque des circonstances extérieures mettent le titulaire dans l'impossibilité de les respecter. En effet, les délais d'exécution peuvent être suspendus ou prolongés. Les clauses contractuelles peuvent par ailleurs anticiper de telles hypothèses, ainsi que le prévoient les différents cahiers des clauses administratives générales (CCAG). Ainsi, dès lors que le titulaire du contrat apporte la démonstration qu'il n'est pas en mesure de respecter certains délais d'exécution, ou que l'exécution des prestations encadrées par ces délais entraînerait pour lui un surcoût manifestement excessif, il lui est possible de solliciter l'autorité contractante afin d'obtenir la prolongation de ces délais spécifiques.* »

14 Focus – Les clauses de délai

Extraits du CCAG Travaux

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 ;
- la survenance 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 d'ouvrage, ou de travaux préalables qui font l'objet d'un autre marché.

L'importance de la prolongation ou du report est décidée par le maître d'ouvrage, sur proposition du maître d'œuvre, après consultation du titulaire. Un ordre de service notifie au titulaire la durée de la prolongation.

Contact

LexCase



Paris
17, rue de la Paix
Tel. 01 40 20 22 22
Fax. 01 56 72 84 99



Lyon
Espace Cordeliers
2, rue Pdt Carnot
Tel. 04 37 23 11 11
Fax. 04 37 23 11 00



Marseille
38, rue Grignan
Tél. 04 91 33 22 22
Fax. 04 91 33 20 85



Maxime BÜSCH
Avocat associé
Département droit public des affaires
mbusch@lexcase.com
06.25.49.10.51



Alain DE BELENET
Avocat associé
Département droit public des affaires
adebelenet@lexcase.com
06.10.07.24.63



Raphaël APELBAUM
Avocat associé
Département Droit public des affaires
rapelbaum@lexcase.com
06.50.83.84.37