Direction des Affaires Juridiques

Octobre 2021

FÉDÉRATION NATIONALE DES TRAVAUX PUBLICS
AVIS DU COMITÉ JURIDIQUE

Possibilités d'adaptation des marchés à l'évolution des prix des matières premières et des fournitures

1. CADRE JURIDIQUE

Pour adapter l'exécution d'un marché de la commande publique à l'évolution des conditions économiques, les textes prévoient un dispositif de révision des prix. Toutefois, celui-ci peut s'avérer insuffisant ou inadapté pour tenir compte d'une forte volatilité des prix des matières premières et des fournitures comme c'est le cas actuellement. En cas de bouleversement de l'économie du contrat, il est possible d'invoquer la théorie de l'imprévision. Toutefois, celle-ci étant soumise à des conditions restrictives, les titulaires de marchés peuvent se trouver à la fois trop pénalisés par l'augmentation des prix pour qu'elle soit efficacement compensée par la mise en œuvre des formules de révision des prix, mais pas suffisamment pour que soit justifiée la mise en œuvre de la théorie de l'imprévision et face à un maître de l'ouvrage réticent à l'adaptation du contrat au titre des circonstances imprévues.

1.1 La révision des prix

- Un marché public est conclu soit à prix définitif, soit à prix provisoire (article R. 2112-8 CCP).

- Un prix définitif peut être ferme, c'est-à-dire qu'il reste invariable pendant toute la durée du marché sauf cas d'actualisation, ou révisable, c'est-à-dire qu'il tient compte des variations économiques au cours de l'exécution du contrat.

- Les prix révisables sont obligatoires « *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 (article R. 2112-13 CCP).

- Le recours au prix révisable est également obligatoire lorsque le marché comporte une part importante de fournitures, et que sa durée d'exécution est supérieure à trois mois (article R. 2112-14 CCP).

FNTP - 3, rue de Berri - 75008 PARIS
Tél. : 01 44 13 31 44 - infos@fntp.fr - www.fntp.fr

1.2 Modalités de fixation de la clause de révision et intangibilité

- La formule de révision doit être introduite au moyen d'une clause spécifique insérée dans le cahier des clauses administratives particulières (CCAP) dès l'élaboration des documents de la consultation (article R. 2112-13 CCP). En cas d'omission, il s'agit d'un manquement - non régularisable - aux obligations de publicité et de mise en concurrence, susceptible d'entraîner l'annulation de la procédure de passation (CE, 9 décembre 2009, *Département de l'Eure*, n°328803).

- L'insertion ou la modification en cours de contrat d'une clause de révision, d'une formule ou d'un index, est jugée illégale, comme ayant pour effet de modifier les conditions de la mise en concurrence initiale (CE 25 juin 1958, *Cie Générale des bois manufacturés*, AJDA 1958. II. p. 406 ; Rép. min. n° 494, JOAN Q 1er 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). Ainsi, la formule de révision de prix est, en principe, intangible tout au long de l'exécution du marché : « *une formule de révision doit être appliquée strictement dans les termes mêmes où elle a été stipulée sans que l'administration ni le titulaire du marché puisse en contester l'application ou en réclamer la modification sauf erreur matérielle dont la partie cocontractante ne peut se prévaloir de bonne foi* » (TA Versailles, 28 mars 2013, *Société France Pain*, n° 0904049).

2. PISTES D'ATTENUATION DU PRINCIPE D'INTANGIBILITE DE LA CLAUSE DE REVISION

2.1 Enjeux

- Dans le contexte actuel de forte hausse des prix des matières premières et des fournitures, certaines formules de révision de prix peuvent s'avérer inadaptées et/ou insuffisantes sans pour autant que les parties au contrat puissent, compte tenu du principe d'intangibilité précédemment exposé, procéder régulièrement à leur adaptation.

- De l'autre côté, la théorie de l'imprévision ne permet au titulaire de bénéficier d'une indemnité que lorsqu'un événement imprévisible et étranger à la volonté des parties provoque un bouleversement temporaire de l'économie du contrat (article L.6 CCP ; CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage « Gaz de Bordeaux »*, n°59928). De surcroît, l'existence de clauses de variation dans le marché est susceptible de faire échec à l'application de la théorie de l'imprévision, notamment en cas d'inadaptation de l'indice ou de l'index applicable au marché (CAA Paris, 10 juillet 2015, n°12PA04253 ; CAA Bordeaux, 3 mai 2011, *Société Gagne*, n°10BX01996).

- Il s'agit donc d'explorer des solutions dont disposeraient les titulaires n'ayant pas pu anticiper les hausses actuelles et qui subissent un renchérissement des coûts trop important pour être absorbé par les clauses de variation.

- A l'analyse, deux voies sont possibles : soit recourir aux modalités - limitées - d'adaptation des clauses de variation (**2.2**), soit considérer les hausses actuelles comme une circonstance imprévue justifiant la modification du marché ou, en cas de désaccord avec l'acheteur, invoquer la théorie de l'imprévision (**2.3**).

2.2 Hypothèse n°1 : adapter les clauses de variation

Ces mesures d'adaptation des clauses de variation (i à iii ci-dessous) sont résiduelles et peu - voire pas - efficaces.

i Le cas d'une erreur matérielle

- Cette hypothèse, très résiduelle, est envisagée par la jurisprudence (voir jugement précité : TA Versailles, 28 mars 2013, *Société France Pain*, n° 0904049).

- Il s'agit du cas où l'erreur matérielle est évidente, telle que les cocontractants ne peuvent s'en prévaloir de bonne foi, et qui rend inapplicable la formule de révision prévue. Il faut toutefois « *que la modification soit également évidente et s'impose sans discussion* » (Rép. min. n° 494, JOAN Q 1er avril 2014, p. 3034).

- Tel n'est en principe pas le cas même dans les hypothèses d'omission d'une clause de variation de prix dans un marché lorsque celle-ci est obligatoire, d'omission de la formule ou des index correspondants, alors que le marché prévoit une variation des prix ou enfin lorsque les éléments de référence de la clause sont incorrects (Rép. min. n° 494, JOAN Q 1er avril 2014, p. 3034).

ii La modification officielle d'un index

- La modification officielle, dans sa structure, d'un index travaux figurant dans une formule de révision des prix d'un marché n'est pas illégale et ne méconnaît pas la commune intention des parties (CAA Lyon, 11 mars 2021, *Société Eiffage Route Centre Est,* n° 19LY02082).

- En effet, l'adaptation de la formule de révision constitue la répercussion d'une modification de la structure de l'index opérée par l'INSEE. Elle n'est pas la conséquence d'une modification unilatérale du contrat par l'acheteur.

- Elle présente le double inconvénient :

  - De ne pas intervenir dans une échelle de temps compatible avec l'exécution d'un marché public et les surcoûts occasionnés par l'inflation du prix des matières premières ;

  - D'être décorrélée de la réalité de l'exécution du contrat ce qui risque de rendre l'adaptation insuffisante en plus d'être tardive.

iii Le passage d'un prix révisable à un prix ferme

- Le Conseil d'État a jugé que les parties peuvent convenir de passer d'un prix révisable à un prix ferme, par la voie d'un avenant sans que cela constitue une modification substantielle du marché public, et ce notamment lorsque le terme du marché public « *arrive à brève échéance* » (CE, 20 décembre 2017, *Société Area Impianti*, n° 408562).

- Mais dans cet arrêt, le Conseil d'Etat a également relevé que l'avenant modifiant le mécanisme de fixation des prix l'avait été « *dans un sens désavantageux à son titulaire* ».

  Il est donc peu probable qu'une telle modification puisse être considérée comme régulière lorsqu'elle est avantageuse pour le titulaire.

- De même, il apparaît exclu, selon la doctrine, que « *la réciproque, soit le passage d'un prix ferme à prix variable par la voie d'un avenant en cours d'exécution du marché public* », soit admise (M. Gardellin, *Le prix révisable dans les marchés publics*, Contrats Publics - n°199 - Juin 2019).

- Là encore, l'hypothèse est à la fois résiduelle et peu utile pour les titulaires de marchés faisant face à la hausse du prix des matières premières.

iv **La mesure la plus indiquée** consisterait à introduire une clause de réexamen de la formule de révision du prix dans le contrat initial (article L. 2194-1 CCP)

- Désormais, les modifications d'un contrat, quel qu'en soit le montant, sont dispensées d'une nouvelle procédure de publicité et de mise en concurrence dès lors qu'elles ont été prévues dans les documents du contrat initial sous la forme de clauses de réexamen « *claires, précises et sans équivoque* ». Dans ce cadre, les clauses de variation du prix sont même directement mentionnées comme une hypothèse de modification autorisée par l'article R. 2194-1 du Code de la commande publique.

- L'acheteur est néanmoins dans l'obligation d'informer les candidats dans les documents de la consultation du réexamen éventuel de certaines conditions d'exécution du contrat. Ainsi, le contrat pourrait prévoir l'éventualité d'une modification de la clause de variation de prix en cas de survenance de certains évènements qui pourraient altérer, en cours d'exécution, son équilibre financier. Les conditions de sa mise en œuvre et les modalités de modification du prix devraient, en ce cas, être précisées dans le contrat initial.

- Cette hypothèse, pour efficace qu'elle puisse être, est soumise au bon vouloir du maître de l'ouvrage et surtout n'est pas applicable aux marchés en cours d'exécution dans lesquels aucune clause de ce type n'aurait été prévue ou dans lesquels, si une telle clause a bien été prévue, celle-ci est insuffisamment précise sur les circonstances justifiant son recours et sur les modalités de sa mise en œuvre.

2.3 Hypothèse n°2 : assimiler les hausses de prix actuelles à une circonstance imprévue

- Compte tenu des hypothèses très restrictives et peu efficaces dans lesquelles il est possible de revenir sur la clause de révision des prix, il serait plus opportun pour les titulaires de considérer que les hausses actuelles constituent une évènement imprévu justifiant soit la modification du contrat (i) soit l'application de la théorie de l'imprévision (ii).

- Quelle que soit l'état des relations entre les parties, il est recommandé d'échanger avec l'acheteur pour l'informer régulièrement et au mieux des difficultés rencontrées afin que celui-ci dispose d'une visibilité sur l'évolution du marché (notamment en matière de travaux) et puisse, le cas échéant, renoncer à appliquer des sanctions financières (pénalités) ou coercitives (résiliation).

i. Modifier le marché au titre de circonstances imprévues en cas d'accord avec l'acheteur

- Il s'agirait ici de se fonder sur les dispositions du code de la commande publique prévoyant la possibilité de modifier le marché, sans nouvelle procédure de mise en concurrence, lorsque ces modifications « *sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues* » (article L. 2194-1 CCP).

- Aux termes des dispositions réglementaires du code de la commande publique, il s'agit des circonstances qu'un « *acheteur diligent ne pouvait pas prévoir* » (article R. 2194-5 CCP), c'est-à-dire, de fait, de circonstances imprévisibles et non pas seulement « *imprévues* ». Même si aucune jurisprudence n'est venue confirmer cette interprétation, il est raisonnable de considérer que, du fait de leur importance et de leur caractère global, les hausses actuelles de prix pourraient être qualifiées comme de telles circonstances.

- Il convient, cependant, de vérifier l'applicabilité de ces dispositions au marché concerné. En effet, cette hypothèse de modification n'est invocable que pour les marchés pour lesquels une procédure de passation a été engagée après le 1er avril 2016 (article 188 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 *relatif aux marchés publics* et article 20 de l'ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 *portant partie législative du code de la commande publique n°2016-65*).

- Cette solution présente l'avantage de permettre une augmentation allant jusqu'à « *50 % du montant du marché initial* » (article R. 2194-3 CCP). Toutefois, elle a pour inconvénient, pour les titulaires, de laisser sa mise en œuvre entre les mains de l'acheteur. Autrement posé, faute d'accord entre les parties, aucune modification du contrat sur ce fondement ne peut intervenir, ce que confirme la lettre de l'article R. 2194-5 du Code de la commande publique (« *le marché peut être modifié* »).

- Enfin, si le recours aux circonstances imprévues peut s'avérer efficace pour des parties collaborant en bonne intelligence, il apparaît, en l'état, juridiquement incertain, au contraire de la théorie de l'imprévision (voir ci-après), de l'envisager comme offrant au titulaire un droit opposable à son cocontractant :

  - D'une part, parce que 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 prestations. Ces dispositions n'apparaissent donc pas avoir été pensées comme ouvrant un droit qu'un cocontractant pourrait opposer à l'administration.

  - D'autre part, parce que, dans tout contrat public, le titulaire supporte une part de l'aléa affectant l'équilibre de son contrat et seul un bouleversement de cet équilibre justifie la mise en œuvre de la théorie de l'imprévision. Ainsi, concevoir le mécanisme des circonstances imprévues comme un droit au rééquilibrage du contrat, quel que soit l'ampleur du déséquilibre, pourrait conduire à faire échec à ce principe.

ii. Invoquer une interprétation actualisée de la théorie de l'imprévision en cas de désaccord avec l'acheteur

- La théorie de l'imprévision présente l'avantage de pouvoir être mise en œuvre aussi bien de manière amiable, et dans ce cas se traduire par un avenant, que par voie contentieuse. Initialement reconnu par la jurisprudence, le droit à indemnisation du cocontractant sur fondement de cette théorie est désormais prévu par le code de la commande publique : « *Lorsque survient un évènement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat, le cocontractant, qui en poursuit l'exécution, a droit à une indemnité* » (article L. 6 CCP).

- En cas d'absence ou de rupture des discussions avec l'acheteur, il s'agirait donc d'envisager une action indemnitaire sur le fondement de la théorie de l'imprévision en démontrant qu'un évènement 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. La théorie de l'imprévision se distingue de la force majeure en ce qu'elle renchérit l'exécution du marché mais ne la rend pas impossible. Dans ce cadre, un surcoût de plus de 7 % du marché initial a pu être considéré comme correspondant à des charges extra contractuelles ayant entrainé un bouleversement de l'économie générale du contrat et justifiant une indemnité de l'ordre de 90 % de ces de celles-ci (CAA Marseille, 17 janvier 2008, n° 05MA00492).

- Dans ce cadre, si des précédents ont pu retenir qu'un surcoût de plus de 7 % du montant du marché était constitutif de charges extracontractuelles ayant entrainé un bouleversement de l'économie générale du contrat (CAA Marseille, 17 janvier 2008, *Société Altagna*, n° 05MA00492), et si l'administration elle-même a pu, par le passé, fixer le seuil dudit bouleversement au « *quinzième du montant initial du marché* », soit 6,6 % (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*), d'autres ont refusé de considérer l'imprévision acquise pour des surcoûts de l'ordre de 10% (CAA Paris, 10 juillet 2015, *Société Balas Mahey*, n°12PA04253). 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'imprévision justifie alors l'octroi une indemnité, communément limitée à 90 % du surcoût subi par le titulaire (CAA Marseille, 17 janvier 2008, *Société Altagna*, n° 05MA00492).

- Pour obtenir une indemnisation sur ce fondement, il s'agira donc, pour le titulaire, de démontrer un bouleversement de l'économie du contrat. Ceci impose, en tout état de cause, de déterminer, preuves à l'appui, les matières premières en question, leur utilisation dans le cadre du marché (si possible leur caractère insubstituable), les difficultés subies, le prix auquel, du fait des circonstances actuelles, il est désormais possible de se les procurer et enfin l'impact sur les prestations du marché.

- Le titulaire devra en outre établir que, malgré toutes les précautions prises dans leur établissement, les clauses de variation n'ont pas rempli leur office en raison de l'ampleur de l'augmentation des matières premières mises en œuvre pour le marché.

- Si la démonstration s'avère en tout état de cause délicate, une augmentation substantielle, continue et cumulée de plusieurs indices de matières premières indispensables à l'exécution du marché pourrait justifier le versement d'une indemnité d'imprévision.

- La théorie de l'imprévision pourrait donc s'avérer adaptée à la situation actuelle, notamment lorsque le titulaire est confronté à un acheteur réticent.