

PédagoLab

HAUSSE DES PRIX ET COMMANDE PUBLIQUE

Faire face aux difficultés d'exécution des contrats

Alexandra Comte, juriste spécialisée en droit de la commande publique

Groupe Pédagofiche

Sommaire

1 Rédiger les documents de la consultation des marchés à venir : points de vigilance

2 Faire face aux difficultés lors de l'exécution du contrat : possibilités de modification, gel des pénalités, résiliation du contrat

3 Indemniser le cocontractant : appliquer la théorie de l'imprévision

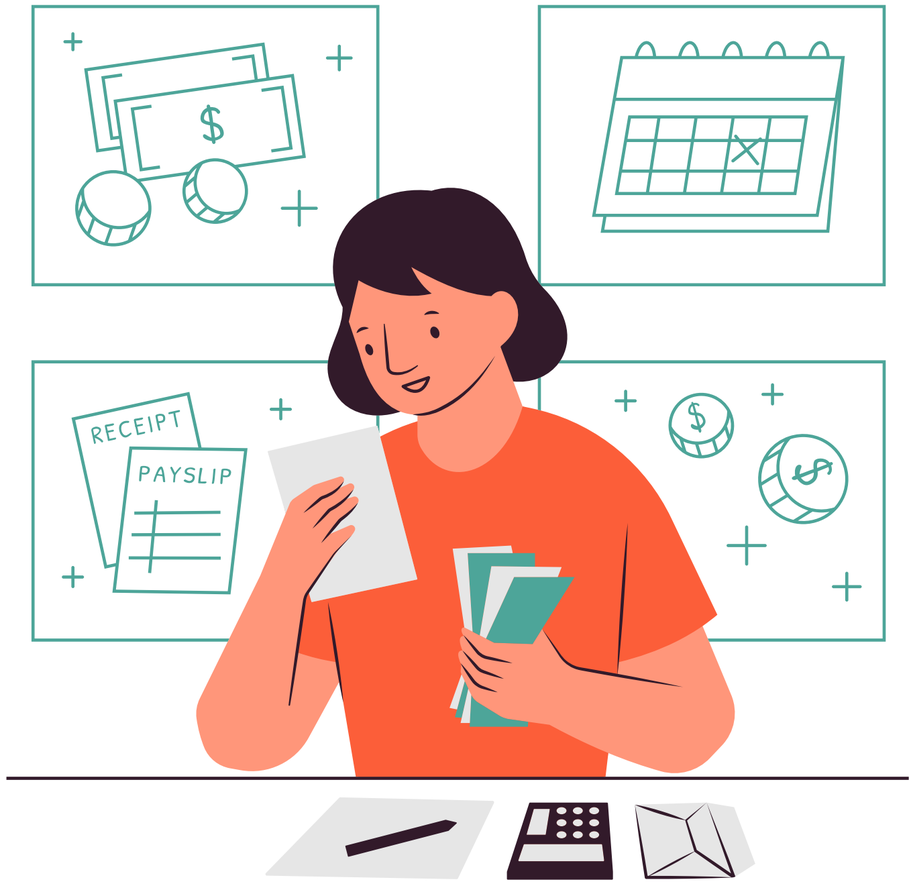


Préambule

Dans le contexte actuel de pénuries de matières premières et d'inflation, les collectivités territoriales sont confrontées à des **difficultés d'exécution des contrats** de la commande publique.

Face à ces difficultés, le Conseil d'État a émis un avis sur la portée des dispositions du droit de la commande publique relatives aux modifications des contrats en cours, ainsi que sur leur articulation avec les règles dégagées par la jurisprudence en matière d'imprévision le 15 septembre 2022.
Suite à cela, le Gouvernement a publié deux circulaires.

Les outils à la disposition des collectivités pour faire face aux difficultés d'exécution des contrats dans ce contexte y sont présentés et des précisions sur les modalités de mise en œuvre ont été apportées.



I. Rédiger les documents de la consultation des marchés à venir : points de vigilance

1) Obligation de prévoir des prix révisables

« 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 » (R.2112-3 du CCP)

Qu'est-ce qu'un prix révisable ?

Un prix qui peut être **modifié pour tenir compte des variations économiques.**

Lorsque le prix est révisable, les clauses du marché fixent :

- la date d'établissement du prix initial
- les modalités de calcul de la révision
- la périodicité de sa mise en œuvre

Il s'oppose au prix ferme, qui est invariable pendant la durée du marché.



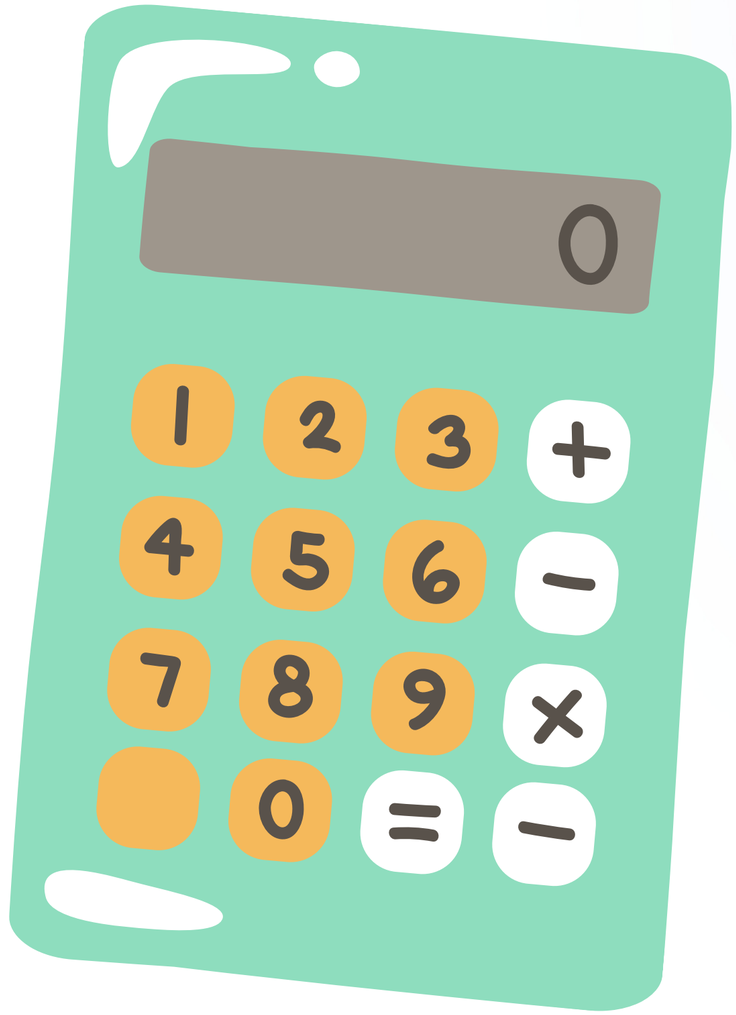
Qu'est-ce qu'un prix révisable ?

Les modalités de calcul de la révision du prix sont fixées :

- 1. Soit en fonction d'une référence à partir de laquelle on procède à l'ajustement du prix de la prestation ;

- 2. Soit par application d'une formule représentative de l'évolution du coût de la prestation. Dans ce cas, la formule de révision ne prend en compte que les différents éléments du coût de la prestation et peut inclure un terme fixe (ce dernier point étant à relativiser) ;

- 3. Soit en combinant les modalités mentionnées aux 1. et 2.



Points de vigilance particuliers



- Veiller à **choisir des fréquences et des références ou formules de révision des prix suffisamment représentatives** des conditions économiques de variation des coûts des secteurs objets de prestations (notamment dans le cas de marchés de travaux allotis par corps de métier).

- **Ne pas prévoir de terme fixe** au sein de la formule de révision de prix : le terme fixe rend invariable une partie du prix.

- **Ne pas prévoir de clause butoir** (la clause qui empêche l'évolution du prix au-delà du butoir prévu, sans que le titulaire puisse s'y opposer)



2) Anticiper la dégradation des conditions d'exécution : les clauses de rééxamen

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.

Concernant les marchés de **restauration collective,** la circulaire préconise également de prévoir des clauses de réexamen afin de compenser les fortes variations de prix que les clauses de révision de prix ne permettraient pas de couvrir.

II. Faire face aux difficultés lors de l'exécution du contrat : possibilités de modification, gel des pénalités, résiliation du contrat



Le principal apport de l'avis du Conseil d'État concerne la **modification « sèche » du prix.**

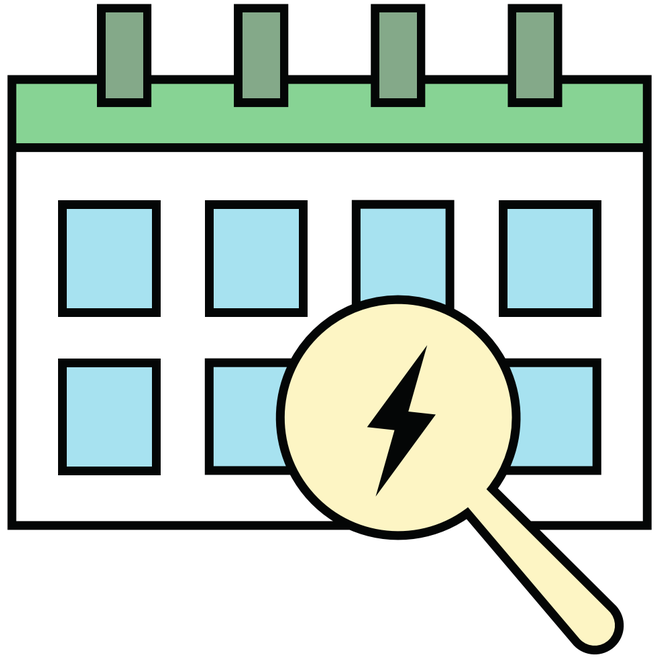
Cette modification est possible **si elle entre dans l'un des cas de modification prévu par le code** de la commande publique, soit :

- Modification en raison de circonstances imprévisibles ;
- Modification de faible montant ;
- Modification non substantielle.

1) Modification des conditions financières et de la durée en raison de circonstances imprévisibles

Condition n°1 : circonstances imprévisibles

Ce sont les circonstances dont les conséquences **excèdent ce qui pouvait être raisonnablement prévu**, la survenance d'une circonstance imprévisible pour les parties dans son principe ou dans son ampleur.



Condition n°2 : la modification doit être strictement limitée à ce qu'il est nécessaire pour faire face aux circonstances imprévisibles

Les modifications envisagées doivent être strictement limitées, **tant dans leur champ d'application que dans leur durée,** à ce qui est rendu nécessaire par les circonstances imprévisibles pour assurer la **continuité du service public** et la satisfaction des besoins de la personne publique.

A défaut, la modification pourrait **constituer une libéralité** et contrevenir au principe constitutionnel de bon usage des deniers publics et à celui d'égalité devant les charges publiques.



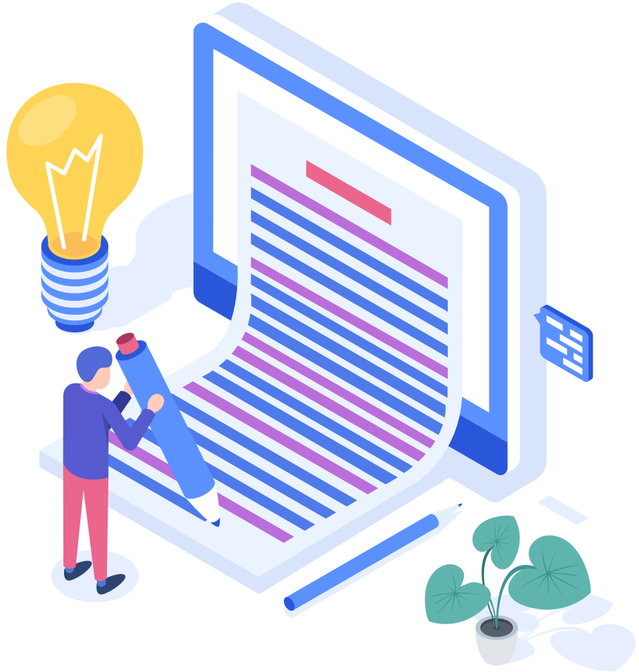
Ces modifications ne doivent pas dépasser les préjudices **réellement et directement subis par les cocontractants** des acheteurs publics.

Condition n°3 : la modification ne doit pas excéder 50% de la valeur initiale du contrat

Si plusieurs modifications successives interviennent, le seuil de **50% est à apprécier modification par modification.**

Des modifications successives, toutes inférieures au seuil de 50%, ne doivent pas viser à **contourner les règles de la commande publique.**

Ainsi, pour une même circonstance imprévisible, une seule modification inférieure à ce seuil doit intervenir.



2) Modifications de faible montant

Une modification de faible montant ne **nécessite pas de bouleversement de l'économie du contrat ou d'imprévisibilité** mais doit simplement respecter des plafonds et ainsi être :



- Pour les marchés de services et de fournitures, et les concessions, **inférieurs aux seuils européens** (au regard de l'augmentation et non du montant total du marché une fois cette augmentation effectuée), et à **10% du montant du contrat initial** ;

- Pour les marchés de travaux inférieurs **aux seuils européens** (au regard de l'augmentation et non du montant total du marché une fois cette augmentation effectuée) et à **15 % du montant initial**



ATTENTION

Il convient toujours d’éviter de compenser la part des charges qui aurait dû être laissée à la charge du titulaire puisque cela relevait des aléas « normaux » d’exécution du contrat, même dans le cas de modifications de faible montant.

3) Modifications non substantielles

Concernant les **marchés**, une modification est substantielle, notamment, lorsque au moins une des conditions suivantes est remplie :

- Elle introduit des **conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure de passation initiale, auraient attiré davantage d'opérateurs** économiques ou permis l'admission d'autres opérateurs économiques ou permis le choix d'une offre autre que celle retenue ;

- Elle **modifie l'équilibre économique du marché** en faveur du titulaire d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché initial ;

- Elle **modifie considérablement l'objet du marché** ;

- Elle a pour effet de **remplacer le titulaire initial** par un nouveau titulaire en dehors des hypothèses prévues à l'article R. 2194-6 (en application d'une clause de réexamen ou d'un cas de cession)

3) Modifications non substantielles

Concernant les **concessions**, une modification est considérée comme substantielle, notamment, lorsqu'au moins une des conditions suivantes est remplie :

- Elle introduit des **conditions** qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, **auraient attiré davantage de participants ou permis l'admission de candidats ou soumissionnaires** autres que ceux initialement admis ou le choix d'une offre autre que celle initialement retenue ;

- Elle **modifie l'équilibre économique de la concession en faveur du concessionnaire** d'une manière qui n'était pas prévue dans le contrat de concession initial ;

- Elle **étend considérablement le champ d'application** du contrat de concession ;

- Elle a pour effet de **remplacer le concessionnaire** auquel l'autorité concédante a initialement attribué le contrat de concession par un nouveau concessionnaire, en dehors des hypothèses visées à l'article R. 3135-6 (clause de réexamen ou cession du contrat ».

A noter !

La modification des contrats en cours **n'est qu'une faculté pour les parties.** Il n'existe pas de droit pour le titulaire à la modification du contrat.

Si un marché passé en procédure formalisée ou une concession dont la valeur est supérieure aux seuils européens, **un avis de modification doit être publié au JOUE.**

4) Gel des pénalités

La circulaire conseille aux acheteurs de suspendre l'exécution des clauses :

- Prévoyant des **pénalités de retard** ;

- Prévoyant **l'exécution des prestations aux frais et risques de l'entreprise** ;

tant que l'entreprise est dans l'impossibilité de s'approvisionner dans des conditions normales.



Attention : cette impossibilité doit bien résulter des circonstances extérieures à l'entreprise et non de ses choix de gestion.

5) Résiliation du contrat

S'il n'est pas possible de rééquilibrer le contrat, le titulaire a **droit à une résiliation du contrat** pour force majeure, résiliation qui peut être prononcée unilatéralement par l'acheteur ou par voie contractuelle.

Elle peut être convenue à **effet immédiat** ou à **effet différé**.





III. Indemniser le cocontractant : appliquer la théorie de l'imprévision

1. **Qu'est-ce que la théorie de l'imprévision ?**

« *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 du code de la commande publique)

Le but est **d'assurer la poursuite de l'exécution du contrat.**

Plusieurs conditions doivent être remplies pour pouvoir indemniser le titulaire sur ce fondement :

- Un événement **extérieur** aux parties ;
- Un événement **imprévisible** ;
- Un événement qui **bouleverse temporairement l'équilibre du contrat** ;
- Le cocontractant doit **poursuivre l'exécution du contrat** ;
- L'indemnité d'imprévision n'est **pas soumise au plafond de 50%** ;
- Elle ne doit **pas avoir pour objet de modifier** les clauses du contrat ou les obligations réciproques des parties ;
- Elle doit rester **provisoire**, sinon l'imprévision devient un cas de force majeure justifiant la résiliation du contrat.



2) Articulation et mise en oeuvre

Articulation : l'indemnité d'imprévision peut se combiner avec une modification des clauses contractuelles

Détermination du montant : de 5 à 25% du montant de la perte subie doivent rester à la charge du titulaire

Modalités de versement : il est possible d'accorder des indemnités prévisionnelles

Nature juridique de l'acte accordant l'indemnité : il s'agit d'une convention ad hoc : l'indemnité ne doit pas être fixée dans un avenant

3) Application selon la nature du contrat

La mise en œuvre de la théorie de l'imprévision diffère selon que l'on se trouve dans le cas d'un marché ou d'un contrat de concession, principalement parce que **le risque supporté n'est pas le même** dans chaque contrat.



4) Application selon la forme des prix

La théorie de l'imprévision s'applique aux contrats conclus à prix global et forfaitaire ou à prix unitaire, mais **la condition du bouleversement de l'économie du contrat s'applique dans les deux cas.**



5) Imprévision et décompte général définitif

L'indemnité d'imprévision **ne doit pas figurer** dans le décompte général et définitif.

L'indemnité peut être demandée après notification du décompte général et définitif : **la fin du contrat n'empêche pas l'octroi de l'indemnité.**



Groupe Pédagofiche

Merci

pour votre attention

