

La flambée des prix des matières premières impacte fortement l'exécution des marchés.

Nombres d'entre vous interrogent les services de la préfecture sur ce qu'il est possible de faire en pareille situation, sachant que dans un marché public, les parties ne sont pas totalement libres de modifier les prix convenus.

Ainsi, les coûts en hausse ne s'accompagnent pas pour autant d'une évolution des prix du marché public.

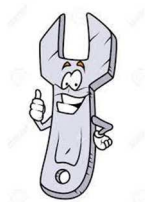
La bonne exécution des marchés peut s'en trouver menacée et la situation peut mettre en péril les entreprises titulaires.

Des solutions réglementaires existent, en ce sens l'avis du CE du 15 septembre 2022 est venu préciser les marges de manœuvre dont disposent les acheteurs publics au regard du droit national et européen.

La présente circulaire recense les solutions possibles en droit en pareille situation.

Les services de la préfecture sont à votre disposition pour vous conseiller sur le sujet et vous êtes invités à les consulter sur cette matière sensible en cas de doute de votre part.

### **Les outils mis à disposition des acheteurs publics**



La juridiction administrative recense 4 outils mis à la disposition des acheteurs publics face à la flambée des prix des matières premières.

L'un est à mettre en œuvre au stade de la passation et les trois autres après la notification au candidat retenu et donc pendant l'exécution du marché public.

## **1- Au stade de la passation**

### **la formule de révision et de réexamen des prix**

La révision des prix consiste à prévoir dans le marché une évolution future de ses prix, selon une formule de calcul qui fait référence à des indices nationaux.

Parfois obligatoire, la révision des prix permet d'assurer une relation équilibrée entre acheteurs et entreprises, malgré l'évolution des coûts.

### **POINT DE VIGILANCE A OBSERVER**



- Le choix des indices et leur pondération est **primordial** pour s'assurer que l'évolution des prix du marché suivra bien celle des coûts réels.

- Un terme « fixe » à utiliser prudemment : En effet ce terme rend invariable une partie ou la totalité du prix. Cela part du constat que le coût de certaines dépenses est invariable, ce qui est de plus en plus rare. Ce terme est donc plutôt à envisager par exception.

- Une fréquence de révision adaptée : Il convient d'adapter la fréquence des révisions en fonction des secteurs d'activité. Ainsi, trop proches, les révisions seront lourdes en gestion, pour un intérêt financier limité. Trop éloignées, elles risqueront de mettre le titulaire en difficulté.

- La révision : C'est une modalité particulière de réexamen des prix mais le marché peut prévoir d'autres clauses de réexamen. Ces clauses permettent ainsi d'anticiper des modifications à venir des prix du marché, selon des paramètres définis dans le cahier des charges (ex. mise à jour annuelle des matériels pour des fournitures sujettes à des évolutions techniques constantes) Toutefois ces clauses doivent être des charges claires, précises et sans équivoque.

## 2 - Dans l'exécution et après notification

### A- La modification des prix du marché

C'est là l'apport essentiel de l'avis du CE du 15 septembre 22.

Ainsi, bien que le prix soit fixe dans le marché cela n'empêche pas de le modifier notamment pour tenir compte d'aléa économiques tels que ceux que nous traversons.

La juridiction a ainsi confirmé la possibilité d'une modification sèche des prix possibles dans les trois cas suivants. **Pour autant, même si ces conditions sont respectées, la modification est une faculté pour les parties, il n'y a pas de droit du titulaire à la modification du contrat.**

### Les modifications pour circonstances imprévisibles

Cette modification est possible seulement si l'augmentation des dépenses du titulaire a dépassé ce qui pouvait **raisonnablement** être envisagé lors de la passation du contrat.

#### ► *Modification limitée à ce qui est nécessaire*

Les modifications ne peuvent pas excéder ce qui est nécessaires pour répondre aux circonstances imprévisibles ni dépasser le plafond de 50 % du contrat initial et bien évidemment changer la nature du contrat.

#### ► *Les principes généraux demeurent*

Les principes généraux d'égalité devant les charges publiques, de bons usages des deniers publics et d'interdictions des libéralités doivent aussi être respectés.

### **Quels justificatifs ?**

Le titulaire peut fournir tout document suffisamment probant attestant de la réalité et de l'étendue des surcoûts supportés. Il peut ainsi détailler la structure de ses prix dans une comptabilité analytique.

La décomposition des prix contractuels initiaux pourra notamment faire apparaître le coût de revient (charges directes et indirectes), le taux de marge de l'entreprise pour le marché en cause ainsi que les éventuelles provisions pour risques intégrées aux prix.

Le titulaire du marché du marché pourra ensuite justifier de l'augmentation du coût de revient (évolutions des indices de prix, contrat de sous-traitances, de fournitures, etc)

L'acte modificatif pourra utilement prévoir une durée d'application des nouveaux tarifs ou prix contractuels en fonction de la durée prévisible de la circonstance imprévisible à l'origine de la modification.

De même, l'acte peut également prévoir une clause de rendez-vous entre les parties avant l'expiration de la durée initiale d'application des nouveaux prix ou tarifs contractuels. Cela permettra de négocier le principe de la durée d'une nouvelle modification des prix, le retour aux conditions financières initiales du contrat ou bien sa résiliation.

### B- Indemnité du titulaire pour imprévision

Cette indemnisation intervient lorsque, selon le code « survient un événement extérieur aux parties, imprévisibles et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat » .

L'indemnité pour imprévision suppose que le marché continue à s'exécuter car c'est la raison d'être de cette indemnité que d'assurer la continuité du service (ce qui induit pour le titulaire un déficit d'exploitation).

L'indemnité d'imprévision doit rester provisoire. Ainsi, si les circonstances se pérennisent, le caractère permanent du bouleversement de l'équilibre économique du contrat fait obstacle à la poursuite de son exécution. Dans ce cas, l'imprévision devient un cas de force majeure justifiant la résiliation de ce contrat.

Le bouleversement de l'équilibre du contrat est apprécié par période d'imprévision, de sorte qu'une indemnité d'imprévision peut être versée, même si l'équilibre du contrat n'est pas bouleversé sur toute sa durée.

Contrairement à la modification de prix, l'indemnité pour imprévision est un droit pour le titulaire. Il peut la faire valoir devant le juge administratif, qui pourra l'imposer à l'acheteur public (alors que ce même juge ne peut pas modifier les prix du marché).

Le Conseil d'État a estimé que la théorie de l'imprévision relève d'un régime juridique autonome des règles de modification du marché, dès lors l'indemnité n'est pas limitée par le seuil de 50 % applicable aux modifications pour circonstances imprévisibles.

C'est une indemnité **extracontractuelle** : comme elle ne modifie pas le contrat, l'indemnité doit être fixée dans une convention dédiée et non dans un avenant au marché.

Il est recommandé de prévoir dans l'accord indemnitaire une clause de rendez-vous pour permettre aux parties de signer ultérieurement un document qui liquidera le montant définitif et global de l'indemnité d'imprévision à l'issue du contrat.

Cette clause peut particulièrement se justifier lorsque l'indemnité fait l'objet d'une avance à titre prévisionnel (l'acheteur verse par anticipation une partie de l'indemnité, son montant définitif étant fixé ultérieurement).

### C- La résiliation du marché

Lorsque les autres solutions ont échoué, le dernier recours consiste en la résiliation du marché. Ainsi, lorsque les parties ne sont pas parvenues à se mettre d'accord sur les conditions de poursuite d'un contrat, il est possible d'envisager la résiliation du marché.

La résiliation peut être prévue à effet différé, le temps d'organiser une nouvelle procédure de mise en concurrence. A défaut, elle peut être à effet immédiat. Dans tous les cas, la résiliation n'intervient qu'avec l'accord de toutes les parties.

Dans l'hypothèse d'une résiliation différée, le titulaire a droit à une indemnité d'imprévision pour la partie du contrat qu'il lui reste à exécuter, si les conditions sont réunies.

Dans le cas d'une résiliation à effet immédiat, l'acheteur public peut exiger une indemnité si cette résiliation entraîne un préjudice pour lui.