

Possibilités offertes par le droit de la commande publique de modifier les conditions financières des contrats de la commande publique pour faire face à des circonstances imprévisibles et articulation avec l'indemnité d'imprévision.

Le contexte juridique encadrant cette question a connu, depuis le mois de septembre 2022, une évolution très rapide.

A ce jour, 3 documents sont à retenir :

- **l'avis du Conseil d'Etat du 15 septembre 2022**
- **la note technique de la DAJ du Ministère de l'Economie en date du 21 septembre 2022**
- **la circulaire Premier Ministre dite circulaire Borne en date du 29 septembre 2022.**

Cette note est donc destinée à faire le point sur les conditions juridiques et pratiques de mise en œuvre des possibilités ouvertes aux entreprises de solliciter une évolution des prix durant la période d'exécution de leurs marchés publics.

Notons également que ces textes permettent aux maîtres d'ouvrages publics d'envisager de donner satisfaction aux entreprises titulaires de marchés publics dans le cadre de procédures juridiquement sécurisées, ce qui n'était pas le cas précédemment.

Il est important de noter que l'avis du Conseil d'Etat et les documents qui ont suivi représentent une avancée très positive pour les entreprises dans le cadre de la gestion contractuelle des marchés publics. EGF avait d'ailleurs anticipé le sens de cette évolution majeure dans la note que nous avons consacrée à la circulaire Castex.

I. L'avis du CE – confirmé par la note de la DAJ et la circulaire Borne – ouvre une véritable possibilité de voir, dans le cadre d'un marché public, les prix évoluer en cours d'exécution par voie d'avenant en dehors donc de l'application de la théorie de l'imprévision.

Le CE prend ainsi le contre-pied de la position défendue en juin par la DAJ qui s'en tenait au principe de l'intangibilité du prix dans les contrats publics.

Ainsi, les parties peuvent convenir, pour faire face à une circonstance imprévisible, d'une modification des conditions financières ou de la durée des contrats de la commande publique dans les hypothèses, conditions et limites prévues par le droit de la commande publique qui sont les suivantes :

- **Les modifications pour circonstances imprévisibles sur le fondement des articles R. 2194-5 et R. 3135-5 du code de la commande publique**

La modification doit être justifiée par des circonstances imprévisibles dont les conséquences onéreuses excèdent ce qui pouvait être raisonnablement prévu par les parties.

La modification doit être limitée à ce qui est nécessaire pour faire face aux circonstances imprévisibles.

Le montant de la modification pour circonstances imprévisibles ne peut excéder 50 % de la valeur du contrat initial pour les contrats passés par les pouvoirs adjudicateurs.

- **Les modifications de faible montant sur le fondement des articles R. 2194-8 et R. 3135-8. Evolution limitée à environ 10 % du montant du marché.**
- **Les modifications non substantielles sur le fondement des articles R. 2194-7 et R. 3135-7 du code de la commande publique.**

Seule la première de ces hypothèses est novatrice.

Cette possibilité d'évolution ouverte pour les maîtres d'ouvrages est bien entendu encadrée

Il est rappelé tout d'abord qu'un maître d'ouvrage public n'est jamais tenu de donner suite dans ce cadre à la demande d'une entreprise. Le principe est différent de l'hypothèse de l'imprévision.

Il s'agira donc, pour les entreprises concernées, de démontrer avec précision le bien fondé de leurs prétentions et de convaincre le maître d'ouvrage dans le cadre de négociations. Les preuves apportées par l'entreprise devront être de nature comptable et un raisonnement basé sur l'évolution d'un indice ne sera normalement pas recevable.

Il sera nécessaire de fournir des devis et des factures attestés pour établir le prix prévu et le prix réel. La démarche sera donc totalement différente de celle connue dans le cadre d'une révision.

En revanche, il n'existe pas de seuil de déclenchement fixé en pourcentage du marché global : l'entreprise peut donc demander à voir le prix de tel ou tel matériau être revu à la hausse même si l'incidence est faible au vu du marché dans son ensemble. La démarche est donc nettement différente de celle prévue dans le cadre de l'imprévision.

Dans le cas où le maître d'ouvrage refuse la demande formulée par l'entreprise, cette dernière devra établir un mémoire en réclamation et éventuellement envisager une saisine du juge administratif.

Les autres limites tiennent à l'application des règles « classiques » encadrant les modifications des marchés publics dans le cadre du Code de la commande publique. La règle principale, en l'occurrence, concerne l'impossibilité de dépasser la limite de 50% d'augmentation par rapport au marché d'origine.

II . La circulaire Borne traite également de la complémentarité entre les possibilités de faire évoluer les prix dans un marché public que nous venons d'analyser et la possibilité d'invoquer la théorie de l'imprévision.

L'avis du CE – repris par la circulaire – affirme clairement qu'une entreprise peut faire le choix de se placer sur l'un ou l'autre de ces terrains mais peut également se placer sur les deux fondements en même temps.

Ainsi, une entreprise pourra solliciter une modification de certains des prix de son marché tout en réclamant un complément sur le terrain global de l'imprévision. Bien évidemment, les demandes ne peuvent pas aboutir à une double indemnisation !

Les conditions de mise en œuvre de l'imprévision ne sont pas modifiées par l'avis du CE et la circulaire Borne. Les entreprises doivent donc apporter les preuves comptables de l'évolution de leurs coûts aboutissant à un dépassement d'au moins 7 % du montant du marché global initial.

Il faut remarquer que l'avis du CE et la circulaire Borne réaffirment clairement que l'application de la théorie de l'imprévision est bien un droit pour toutes les entreprises attributaires d'un marché public quelle que soit la nature précise de ce marché.

Cela signifie donc, que dans le cas où une entreprise démontre bien remplir les conditions de la mise en œuvre de l'imprévision, cette dernière a droit – sans que le maître d'ouvrage puisse s'y opposer – à une indemnisation au moins égale à 80% de son préjudice. Toutefois, le maître d'ouvrage conserve la possibilité de contester les éléments de preuve présentés par l'entreprise.

Par ailleurs, il est rappelé dans ces textes que les conditions de mise en jeu de la théorie de l'imprévision sont plus exigeantes dans le cas d'une concession que dans le cas d'un marché public.

Rappelons, pour être complet, que la mise en œuvre de ces procédures est possible pour l'entreprise alors même que son marché est révisable et que la révision a été demandée.

Là encore, la mise en œuvre des différentes procédures possibles ne saurait avoir pour conséquence d'aboutir à une indemnisation globale supérieure au préjudice subi.

En conclusion, on peut en déduire que la pluralité des procédures ouvertes aujourd'hui pour les entreprises titulaires de marchés public rend nécessaire la définition d'une stratégie précise de demande de prise en compte de l'évolution des prix. © EGF



Innover pour un monde durable
ENTREPRISES GÉNÉRALES DE FRANCE BTP