

La commande publique au défi de la hausse des prix de l'énergie et des matières premières

Quels outils à disposition des acheteurs ?

L'EXPERTISE WEKA

• Le mot de l'éditeur	p. 3
• Toujours plus d'inquiétudes sur les conséquences de la pénurie de matières premières ACTUALITÉS	p. 4
• Olivier GIANNONI : « Les acheteurs publics n'ont pas d'autre choix que de faire preuve d'innovation »	p. 6
INTERVIEW	
• Les réponses du gouvernement depuis la crise sanitaire. <i>Rétrospective</i>	p. 8
SCHÉMA	
• Comment mieux prendre en compte l'évolution du coût des matières premières dans l'exécution des marchés publics ?	p. 9
ACTUALITÉS	
• Hausse des prix des matières premières : publication d'une circulaire sur l'imprévision dans les marchés publics	p. 11
ACTUALITÉS	
• Guerre en Ukraine et impacts sur la commande publique	p. 14
ACTUALITÉS	
• Christophe BOUILLON : « Il est urgent que les collectivités et l'État travaillent main dans la main pour surmonter la crise énergétique, économique et territoriale »	p. 16
INTERVIEW	
• Faire face à des sujétions techniques imprévues	p. 19
FICHE MÉTHODOLOGIQUE WEKA	
• Faire face à des sujétions techniques imprévues	p. 26
SCHÉMA	
• Modifier le contrat en cours d'exécution	p. 27
FICHE MÉTHODOLOGIQUE WEKA	
• Réviser le prix d'un marché : clauses d'évolution des prix, prix révisable, théorie de l'imprévision	p. 34
FICHE MÉTHODOLOGIQUE WEKA	
• Conclure un avenant dans le cadre d'une procédure d'achat public	p. 41
FICHE MÉTHODOLOGIQUE WEKA	
• Conclure un avenant dans le cadre d'une procédure d'achat public	p. 45
SCHÉMA	



LE MOT DE L'ÉDITEUR

Pour l'ensemble des acteurs de l'achat public, acheteurs comme fournisseurs, la situation actuelle inédite est source d'inquiétudes, sérieuses et légitimes. La crise sanitaire, depuis mars 2020, a bouleversé les circuits de l'économie mondiale. A une hausse et pénurie de certaines matières premières est venue s'ajouter une inflation massive des prix de l'énergie notamment. La guerre en Ukraine est venue souffler le château de cartes déjà fragilisé.

Le secteur du BTP, très impacté par la volatilité du prix des matériaux de construction ou des carburants, n'est plus le seul en première ligne. L'agroalimentaire, l'industrie, l'impact est général. Et la situation, de l'avis de tous, semble destinée à durer. Une enquête de la FNCCR a montré que la facture de gaz et d'électricité des collectivités pourrait augmenter de 30 % à 300 %. Entravées par des budgets contraints, privés de surcroît des revenus de la taxe d'habitation, bon nombre de collectivités doivent se poser la question de la continuité de certains services publics. [Selon une enquête de l'APVF, 90 % des petites communes sont touchées](#). Les hôpitaux, très gourmands en énergie, devront faire face à une explosion de leurs coûts d'exploitation, alors même que les salaires, s'ils n'augmentent pas, représentent un défaut majeur d'attractivité de leurs métiers.

Les acheteurs ont su s'adapter lors de la crise sanitaire : application de la théorie de l'imprévision, gel des pénalités de retard, clause de révision de prix ou clause de réexamen... Des outils existent, mais confrontés à la réalité, leur usage ne s'avère pas aussi aisé que les autorités le souhaitent, particulièrement pour les contrats en cours d'exécution.

C'est pour répondre à la demande pressante des acheteurs publics de tous horizons que nous organisons le 26 avril 2022 [une « Masterclasse achat public » WEKA exceptionnelle dédiée à la hausse des prix et la modification des contrats en cours d'exécution](#).

Les contenus et services WEKA prennent ici tout leur sens. Les fiches « action » issues de la collection « Marchés publics » associées à nos décryptages de l'actualité sont destinées à accompagner au quotidien les acheteurs publics dans ces périodes mouvantes et incertaines, à les sécuriser dans leurs procédures et décisions. Vous retrouverez dans ce Livre Blanc une sélection de ces contenus qu'il nous a semblé essentiel de diffuser largement auprès du plus grand monde.



Julien Prévotaux
Responsable éditorial Publishing & Media



Toujours plus d'inquiétudes sur les conséquences de la pénurie de matières premières

Le sénateur **Michel Dagberg** pose la question au ministre de l'Économie sur les difficultés d'approvisionnement en matières premières dans le secteur du bâtiment et des travaux publics (BTP) au regard de la pénurie touchant plusieurs matériaux ayant pour incidence une forte augmentation des prix.

Selon le parlementaire, alors que la reprise économique est forte, ces difficultés compromettent grandement l'activité du secteur et engendrent une situation paradoxale dans laquelle les entreprises ont du mal à honorer leurs contrats alors que les carnets de commande se remplissent. Dans sa réponse, le gouvernement précise qu'il veille à la fois sur l'évolution de la situation de pénurie et sur les conséquences sur l'exécution des marchés publics.

UNE PRÉVENTION POUR ÉVITER QUE NE SOIENT INVOQUÉES ABUSIVEMENT DES CLAUSES DE FORCE MAJEURE

Des fortes tensions sur les marchés, en raison de la reprise de l'activité économique, entraînent des hausses de prix et des difficultés d'approvisionne-

ment en matériaux dans le secteur du bâtiment et des travaux publics. Le gouvernement demande aux services une vigilance accrue sur le respect de relations équilibrées entre clients et fournisseurs, afin d'éviter que ne soient invoquées abusivement des clauses de force majeure. Pour ce faire, avec les acteurs représentatifs de la profession, un comité de crise a été instauré afin de suivre le sujet du respect de relations équilibrées entre clients et fournisseurs et afin d'éviter que ne soient invoquées abusivement des clauses de force majeure. L'action du comité a d'ores et déjà contribué à résoudre à plusieurs situations identifiées par les fédérations. Il s'agit d'actions pour fluidifier la circulation des biens qui connaissent une situation de pénurie (accélération du passage en douanes, actions diplomatiques,...). Une seconde impulsion consiste à créer une mobilisation collective au sein

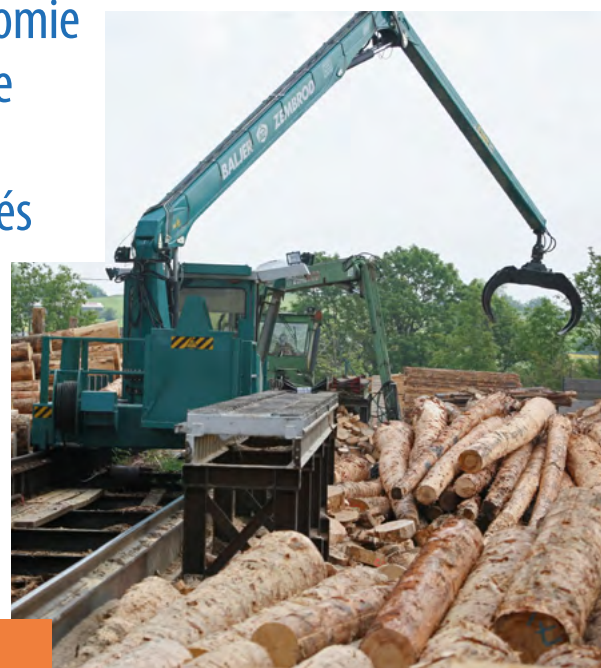
des filières, pour que les grands donneurs d'ordre évitent la constitution de stocks de précaution qui entretiendrait la pénurie.

UNE DEMANDE D'INDULGENCE SUR L'APPLICATION DES SANCTIONS CONTRACTUELLES

Le gouvernement demande aux acheteurs publics de l'État dans les contrats de commande publique en cours d'exécution de veiller, au cas par cas, à ne pas appliquer de pénalités lorsque les retards de livraison ou d'exécution sont liés aux envolées des prix des matières premières ou de pénuries d'approvisionnement des entreprises. Quand cela est possible, il appartient aux pouvoirs adjudicateurs d'accorder des reports de délais et de réfléchir, au cas par cas, aux autres mesures d'exécution qui permettraient d'apporter une réponse à cette situation. Enfin, sur le sujet spécifique de la filière bois, qui subit en France un report massif de la demande mondiale, le gouvernement travaille avec la Commission européenne à identifier les moyens de limiter les exportations incontrôlées de grumes de bois en dehors de l'Union européenne, car elles représentent un risque majeur pour le marché, les acteurs et la relance de notre économie. Face aux tensions actuelles, l'objectif des actions menées est de concourir à une autonomie stratégique dans les secteurs clés.

Texte de référence : [Question écrite n° 23174 de M. Michel Dagbert \(Pas-de-Calais – SER\) du 3 juin 2021, Réponse publiée au JO Sénat du 2 septembre 2021, p. 5 148](#)

Face aux tensions actuelles, l'objectif des actions menées est de concourir à une autonomie stratégique dans les secteurs clés



Hausse des prix : « Les acheteurs publics n'ont pas d'autre choix que de faire preuve d'innovation »

Entretien avec **Olivier Giannoni**, Directeur juridique de l'UGAP, enseignant à l'Université Paris Panthéon-Assas et auteur de *Stratégie et techniques de l'achat public*, paru chez Berger-Levrault en 2020.

Venez dialoguer avec Olivier Giannoni et Guillaume Delaloy lors de notre prochaine « Masterclasse achat public » consacrée à « L'imprévision et la modification des contrats en cours d'exécution », le 26 avril 2022 de 14h à 17h.



Olivier Giannoni

■ **WEKA :** *Dans quelle mesure la hausse des prix de l'énergie et des matières premières impacte-t-elle les établissements publics ? Et les fournisseurs ?*

Olivier Giannoni : La hausse des prix ne laisse personne indifférent puisque les clients font face à des augmentations considérables des dépenses relatives à l'énergie (parfois doublement ou plus selon les circonstances). Les fournisseurs qui sont les plus fragiles ou qui ont pris trop de risque peuvent se retrouver en graves difficultés finan-

cières, jusqu'à la faillite (cas d'Hydroption fournisseur d'électricité de la DAE et de la Ville de Paris).

■ **WEKA :** *Les acheteurs ont-ils les outils à disposition pour faire face ?*

Olivier Giannoni : « La nécessité fait loi » a-t-on coutume de dire, les acheteurs publics n'ont pas d'autre choix que de faire preuve d'innovation dans la rédaction et l'exécution du contrat pour s'adapter au nouveau contexte international d'au-

tant que rien ne permet de présager un retour rapide à une situation plus stable. De même, la gestion budgétaire devra être adaptée.

■ **WEKA** : *En quoi la circulaire du 30 mars vient-elle aider les acheteurs publics ?*

Olivier Giannoni : La circulaire vient clarifier et actualiser un certain nombre de points sur la capacité à modifier les contrats de la commande publique. Elle demeure néanmoins assez générale et suppose un travail d'adaptation au contexte de chaque acheteur.

■ **WEKA** : *Quel horizon peut-on envisager dans les mois et années à venir en ce qui concerne cette tendance inflationniste ?*

Olivier Giannoni : La mondialisation des échanges a engendré un éclatement et une complexification des chaînes d'approvisionnement et de production. Cet éloignement entre les lieux de production, d'assemblage et de consommation implique une interdépendance étroite entre les économies nationales. L'équilibre du système a été rompu par les mesures sanitaires décidées lors de la crise sanitaire et il est difficile de prévoir si un retour à la situation antérieure est possible et quand il aura lieu.

*Propos recueillis par **Julien Prévotaux***

Il est difficile de prévoir si un retour à la situation antérieure est possible et quand il aura lieu



Les réponses du gouvernement depuis la crise sanitaire

Rétrospective

Difficultés du secteur du BTP : pas de nouvelles mesures pour exonérer les entreprises des pénalités de retard

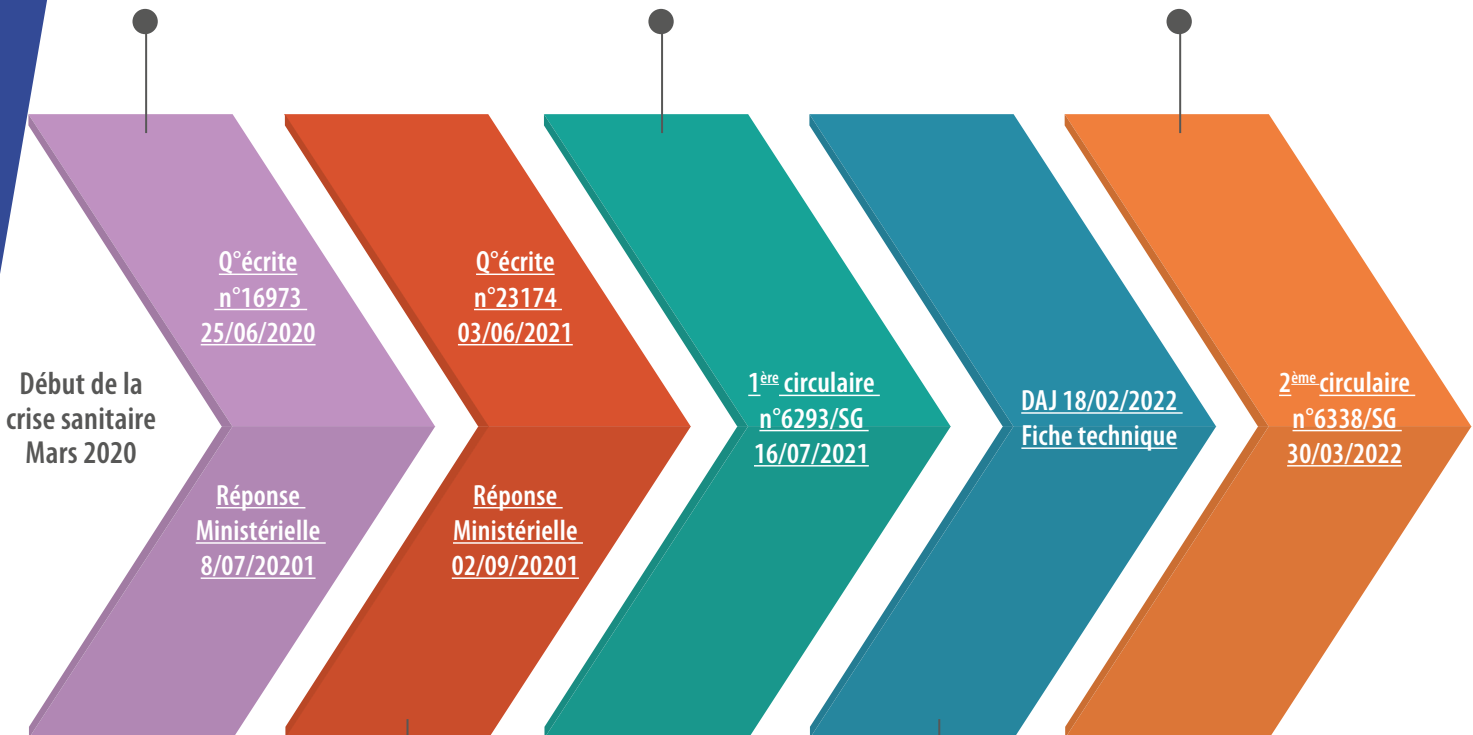
Une circulaire pour expliquer la conduite à suivre

3 recommandations :

1. Aménagement des délais d'exécution
2. La renonciation aux sanctions contractuelles
3. Le respect des délais de paiement

Une circulaire pour expliquer la théorie de l'imprévision et les conditions d'exécution des marchés en cours

1. Les possibles modifications en raison de la hausse des prix.
2. L'application des clauses de révision des prix
3. Indemnité d'imprévision
4. Gel des pénalités
5. Traitement des difficultés analogues dans les contrats de droit privé



Le Gouvernement demande aux acheteurs publics de ne pas appliquer de pénalités & d'accorder un report de délais au cas par cas lorsque les retards sont liés aux envolées des prix des matières premières ou de pénuries.
[Actualité sur le site weka.fr](#)

Fiche à l'attention de tous les acheteurs publics sur les modalités de prise en compte de l'augmentation des prix des matières premières dans les contrats en cours.
[Actualité sur le site weka.fr](#)



Comment mieux prendre en compte l'évolution du coût des matières premières dans l'exécution des marchés publics ?

Les professionnels du bâtiment et de la construction subissent de plein fouet la hausse des prix et la pénurie de matériaux.

Dans une [question parlementaire](#), la députée Valérie Bazin-Malgras prône la remise en cause des clauses de révision avec des index réactualisés par l'Insee pour refléter la réalité des cours des matières premières ainsi que l'application plus systématiques de la théorie de l'imprévision par les [maîtres d'ouvrage public](#). Selon le gouvernement, les dispositifs du Code de la commande publique sont en mesure d'amortir les effets conjoncturels liés au surenchérissement des coûts et de ses conséquences sur les [délais d'exécution](#).

PAS DE REMISE EN CAUSE POSSIBLE DE LA CLAUSE DE RÉVISION DES PRIX EN COURS D'EXÉCUTION

Les pénuries d'approvisionnement en matières premières rencontrées par les entreprises, notam-

ment dans le secteur de la construction, peuvent entraîner un renchérissement important des coûts et un allongement des délais dans le cadre de l'exécution des marchés publics. Les leviers offerts par le droit de la commande publique peuvent cependant limiter les effets de cette situation conjoncturelle. [L'article R. 2112-13 du Code de la commande publique](#) impose d'ores et déjà que les marchés publics soient conclus à [prix révisibles](#) lorsque les prestations sur lesquelles ils portent sont exposées à des aléas majeurs du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des contrats. Cette règle s'applique à tous les acheteurs soumis au Code de la commande publique, nationaux comme locaux. Sa méconnaissance constitue un manquement aux obligations de [mise en concurrence](#). En raison du caractère en principe

intangibles du prix contractualisé, une clause de révision ne peut être ni modifiée ni introduite en cours d'exécution du marché si le contrat n'en a pas expressément prévu la possibilité et les modalités par une clause de réexamen ([article R. 2194-1](#) et 1° de l'[article R. 2194-6 du Code de la commande publique](#)), même si cette clause était obligatoire en application de l'[article R. 2112-13 du Code de la commande publique](#). La seule exception admise concerne l'hypothèse dans laquelle l'exécution du contrat approche de son terme et la modification par avenant du prix ou de son mécanisme de fixation intervient dans un sens désavantageux pour le titulaire ([Conseil d'État, 7^e – 2^e chambres réunies, 20 décembre 2017, n° 408562](#)).

UNE INDEMNISATION POSSIBLE SUR LA BASE DE LA THÉORIE DE L'IMPRÉVISION ÉCONOMIQUE

Si l'augmentation du prix des matières premières est de nature à bouleverser l'économie du contrat, le titulaire peut demander à l'acheteur une [indemnisation sur le fondement de la théorie de l'imprévision](#) à condition qu'il soit à même de démontrer que l'ampleur de la hausse du prix des matières premières concernées était imprévisible, que cette hausse des prix ait bouleversé l'économie du marché, et qu'elle ait entraîné un déficit d'exploitation. À l'appui de sa demande d'indemnisation, il appartient au titulaire d'apporter tous les justificatifs nécessaires, et notamment la preuve que ce dernier a acquis les matières premières concernées postérieurement à la période durant laquelle une envolée des prix imprévisible a pu être constatée. Lorsque ces pénuries de matières premières mettent les entreprises titulaires de marchés publics dans l'impossibilité de respecter les délais d'exécution, les acheteurs ont toujours la possibilité de ne pas appliquer les [pénalités de retard](#) et d'aménager les délais contractuels.

Le Premier ministre a demandé aux ministères de veiller à ce que les services de l'État [aménagent](#)

[les conditions d'exécution des contrats de la commande publique en cours](#) et invitent les opérateurs de l'État placés sous leur tutelle à suivre les mêmes recommandations. Le Premier ministre a également invité les collectivités territoriales et leurs établissements publics à faire de même. Une fiche technique présentant les leviers juridiques permettant de minimiser l'impact de la situation sur les contrats en cours et les points de vigilance dans la rédaction des futurs marchés a été publiée sur le site internet du ministère de l'Économie, des Finances et de la Relance. Elle rappelle notamment les pratiques à adopter pour prévenir ces difficultés dans les marchés qui sont passés dans ce contexte de tension et de volatilité sur les prix et les délais de livraison de certaines matières premières et fournitures. Elle précise aussi les conditions de rédaction d'une clause de révision de prix adaptée et invite les acheteurs à prévoir des clauses d'aménagement de délais et d'exonération de pénalités de retard. Elle leur suggère également d'accorder des avances supérieures à 30 % sans constitution de garanties financières et leur rappelle la nécessité de respecter les délais de paiement réglementaires.

Texte de référence : [Question écrite n° 23174 de M. Michel Dagbert \(Pas-de-Calais – SER\) du 3 juin 2021, Réponse publiée au JO Sénat du 2 septembre 2021, p. 5 148](#)

Le titulaire peut demander à l'acheteur une indemnisation sur le fondement de la théorie de l'imprévision



Hausse des prix des matières premières : publication d'une circulaire sur l'imprévision dans les marchés publics

Le Premier ministre a adressé, le 30 mars 2022, aux membres du Gouvernement et aux préfets une circulaire pour expliquer la théorie de l'imprévision et les conditions d'exécution des marchés en cours dans le contexte actuel de hausse des prix de certaines matières premières.

L instabilité et l'envolée sans précédent des prix de certaines matières premières, tout particulièrement du gaz et du pétrole, constituent une circonstance exceptionnelle de nature à affecter gravement, dans plusieurs secteurs d'activité, les conditions d'exécution des contrats, voire leur équilibre économique, et à mettre en danger la pérennité de nombreuses entreprises. Dans une circulaire du 30 mars 2022, le Premier ministre présente aux préfets les recommandations en matière d'exécution des contrats et les circonstances dans lesquelles ils peuvent être modifiés en raison de la hausse des prix actuelle. Le texte revient également sur la mise en œuvre de la théorie de l'imprévision aux contrats administratifs avec versement d'une éventuelle indemnité au cocontractant de la personne publique.

DES MODIFICATIONS DES CONTRATS QUI PEUVENT ATTEINDRE 50 % DU MONTANT INITIAL

La modification des contrats de la commande publique en cours est possible lorsqu'elle est nécessaire à la poursuite de leur exécution. La pénurie des matières premières et la hausse des prix des approvisionnements sont susceptibles d'avoir des conséquences sur les conditions techniques d'exécution des contrats. Elles peuvent notamment rendre nécessaire une modification de leurs spécifications, par exemple en substituant un matériau à celui initialement prévu et devenu introuvable ou trop cher, en modifiant les quantités ou le périmètre des prestations à fournir, ou en aménageant les conditions et délais de réalisation

La modification
des contrats de
la commande
publique
en cours
est possible
lorsqu'elle est
nécessaire à la
poursuite de
leur exécution

des prestations pour pallier les difficultés provoquées par cette situation. Dans ces hypothèses, il est possible de recourir aux différents cas de modification des contrats en cours d'exécution prévus par le Code de la commande publique, notamment par ses articles [R. 2194-5](#) et [R. 3135-5](#) qui, dès lors que ces modifications sont rendues nécessaires par des circonstances qu'une autorité contractante diligente ne pouvait pas prévoir lorsque le contrat a été passé, autorisent des modifications du contrat pouvant atteindre, à chaque modification rendue nécessaire, 50 % du montant initial pour les contrats de la commande publique conclus par des pouvoirs adjudicateurs. 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 du contrat.

SOUS CONDITION, LA THÉORIE DE L'IMPRÉVISION PEUT ÊTRE ENVISAGÉE

La théorie de l'imprévision, codifiée au [3° de l'article L. 6 du Code de la commande publique](#), prévoit, en cas de survenance d'un « événement extérieur aux parties, imprévisibles et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat », que le cocontractant qui en poursuit l'exécution a droit à une indemnité. Cette indemnité a pour objet de compenser une partie des charges supplémentaires, généralement qualifiées d'« extracontractuelle/s », parce que non prévues lors de la conclusion du contrat, qui entraînent le bouleversement de son équilibre. En principe, il n'y a pas lieu de recourir à la théorie de l'imprévision lorsque le marché comporte un mécanisme de révision de prix en fonction de la conjoncture économique. Toutefois, le droit du titulaire à indemnité peut être reconnu lorsque, même après application des clauses contractuelles, l'économie du contrat est bouleversée. Si la hausse exceptionnelle du prix du gaz et du pétrole constatée depuis le dernier

trimestre 2021, dont l'ampleur est accentuée par la crise en Ukraine, est sans conteste imprévisible et extérieure aux parties, tout comme la flambée du prix de certaines matières premières, la condition tenant au bouleversement de l'économie des marchés doit en revanche être analysée au cas par cas en tenant compte des spécificités du secteur économique et des justifications apportées par l'entreprise. L'imprévision n'est admise que si « l'économie du contrat se trouve absolument bouleversée » ([CE, 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, n° 59928](#)). Ce bouleversement doit entraîner dans le cadre de l'exécution du contrat un déficit réellement important et non un simple manque à gagner. Il convient donc de procéder à la détermination des charges extracontractuelles qui pèsent sur le contrat du fait de l'augmentation exceptionnelle des prix, qu'il s'agisse de celui de l'énergie ou de celui de certaines matières premières à l'exclusion des autres causes ayant pu occasionner des pertes à l'entreprise. Ces charges sont appréciées par rapport à l'exécution du marché au coût estimé initialement pour des conditions économiques normales. Elles doivent être déterminées au cas par cas au vu de justifications comptables. Le titulaire doit donc être en mesure de justifier, d'une part, son prix de revient et sa marge bénéficiaire au moment où il a remis son offre et, d'autre part, ses débours au cours de l'exécution du marché. Le cas échéant, il conviendra de tenir compte de la différence entre l'évolution réelle des coûts et celle résultant de l'application de la formule de révision.

Si 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. À titre d'exemple, une augmentation supérieure à 7 % du coût d'exécution des prestations, en raison de la hausse forte et imprévisible du prix du carburant en 2000, a été considérée comme bouleversant l'équilibre financier du contrat ([CAA de Marseille](#),

[17 janvier 2008, req. n° 05MA00492](#)) alors qu'une augmentation de l'ordre de 3 % a été jugée comme n'ayant pas bouleversé l'équilibre d'un contrat ([CE, 30 novembre 1990, req. n° 53636](#)). Lorsque l'état d'imprévision est caractérisé, le montant de l'indemnité doit être déterminé au cas par cas. La perte effective subie par l'entreprise étant la conséquence d'événements extérieurs aux parties, elle ne peut pas être supportée par l'administration seule. Si la jurisprudence a, en moyenne, fixé la part d'aléa laissée à la charge du titulaire à 10 % du montant du déficit résultant des charges extra-contractuelles, ce taux est néanmoins susceptible de varier entre 5 % et 25 % en fonction des circonstances et notamment des éventuelles diligences mises en œuvre par l'entreprise pour se couvrir raisonnablement contre les risques inhérents à toute activité économique. Dès lors, si le bouleversement temporaire du contrat est d'une ampleur telle qu'il est évident qu'une indemnité devra en tout état de cause être attribuée en fin d'exécution du marché, les acheteurs accorderont aux titulaires qui en font la demande des indemnités provisionnelles à valoir sur l'indemnité globale d'imprévision dont le montant définitif ne pourra être déterminé qu'ultérieurement. L'indemnisation d'imprévision ne peut pas, en principe, être formalisée dans un avenant au contrat puisqu'elle n'a pas pour vocation d'en modifier les stipulations mais seulement de compenser temporairement des charges extra-contractuelles. Elle sera dès lors formalisée par une convention liée au contrat, applicable pendant la situation d'imprévision et qui pourra comprendre une clause de rendez-vous à l'issue du contrat de manière à fixer le montant définitif de l'indemnité.

Texte de référence : [Circulaire n° 6338/SG du 30 mars 2022 relative à l'exécution des contrats de la commande publique dans le contexte de hausse des prix de certaines matières premières](#)

L'imprévision n'est admise que si « l'économie du contrat se trouve absolument bouleversée » (CE, 30 mars 1916, [Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, n° 59928](#))





Guerre en Ukraine et impacts sur la commande publique

L'invasion de l'Ukraine par la Russie a et aura des impacts à court, moyen et long terme sur la consommation des particuliers et sur la commande publique.

En effet, les hausse des matières premières et d'énergie vont directement impacter les fournisseurs et titulaires de marchés, qui chercheront à répercuter la hausse des coûts sous peine d'être en difficulté financière et, le cas échéant, en liquidation judiciaire (ex. : Hydroption, fournisseur de gaz naturel, fin 2021). Au-delà de l'inflation, cette guerre aura des impacts sur l'approvisionnement de certains produits et les sanctions économiques prises par l'Union européenne nécessitent de vérifier que vous n'êtes pas concernés.

L'IMPACT DE LA GUERRE SUR CERTAINS APPROVISIONNEMENTS

Les tensions déjà importantes s'agissant des semi-conducteurs vont nécessairement s'accroître. En effet, l'Ukraine est le plus important producteur de gaz néon utilisé dans la fabrication des semi-

conducteurs, d'une part, et la Russie est un important producteur de palladium qui est l'un des composants des semi-conducteurs, d'autre part. Aussi, les coûts et délais de livraison des appareils électroniques de toutes natures risquent d'être impactés les prochaines semaines. En outre, il convient de noter que le règlement UE 2022/263 du 23 février 2022 interdit les importations dans l'UE de toutes marchandises en provenance « des zones des oblasts ukrainiens de Donetsk et de Lougansk non contrôlés par le gouvernement ». Or, ces régions produisent environ 10 % du blé ukrainien sachant que ce dernier représente 12 % du blé exporté au niveau mondial.

Pour être en capacité d'appliquer cette interdiction, il convient de connaître sa chaîne d'approvisionnement, notamment, s'agissant des matières premières et, le cas échéant, interroger les fournisseurs potentiellement concernés. Outre l'interdic-

tion d'importation, il convient de noter que l'UE a également pris des sanctions économiques contre des personnes, ce qui n'est pas sans conséquence pour les [acheteurs publics](#).

L'IMPACT DES SANCTIONS ÉCONOMIQUES SUR L'ÉVALUATION DES TIERS

Le [règlement UE 2022/260 du 23 février 2022](#) vient sanctionner 368 nouvelles personnes physiques liées au gouvernement russe. Ainsi, à ce jour, 555 personnes physiques et 52 personnes morales russes sont sanctionnées par l'Union européenne. En France, la [loi « Sapin 2 » de 2016](#) impose la mise en place d'un dispositif « anticorruption » pour certains acteurs privés ([article 17](#)) et pour tous les acteurs publics ([article 3.3](#)). À ce titre, les acteurs publics doivent, notamment, évaluer l'intégrité de leur tiers au sens large (clients, fournisseurs de premier rang et intermédiaires) et, par voie de conséquence, des titulaires de marchés publics.

Dans ses recommandations, l'Agence Française Anticorruption (AFA) précise les critères permettant de réaliser l'évaluation des tiers. Dans ce cadre, l'acheteur public doit notamment vérifier :

- L'identité des principaux actionnaires et des bénéficiaires effectifs (c'est-à-dire de toute personne physique ou morale qui possède directement ou indirectement plus de 25 % du capital ou des droits de vote) ;
- L'interaction du tiers avec des agents publics ou des personnes politiquement exposées (PPE) au sens d'une personne exposée à des risques particuliers en raison de ses fonctions (chef d'État, membre d'une organisation internationale, officier supérieur militaire...).

Pour être précis, l'AFA spécifie que l'évaluation peut inclure « la vérification de la présence du tiers ou de ses bénéficiaires effectifs (...), de ses dirigeants ou de ses administrateurs, sur les listes des personnes physiques et morales sanctionnées (notamment la liste des personnes exclues des marchés publics

financés par la banque mondiale, les banques de développement ainsi que la liste des personnes sous sanctions financières et internationales des ministères économiques et financiers) ».

Dans le contexte international actuel, les acheteurs publics doivent vérifier que les personnes physiques ou morales sanctionnées par l'UE ne sont pas actionnaires ou bénéficiaires effectifs des tiers, titulaires de marchés publics. En outre, au regard de la mise à jour régulière de la liste des personnes sanctionnées, il conviendra de procéder à cette vérification à chaque nouvelle vague de sanctions.

CONCLUSION


Au-delà des aspects économiques et au regard des risques de cyberattaques, l'ANSSI a publié le 26 février 2022 les [mesures prioritaires](#) à prendre pour assurer un [bon niveau de protection](#). En outre, elle a précisé le 2 mars 2022 que « l'utilisation de certains outils numériques, notamment les outils de la société Kaspersky, peut être questionnée du fait de leur lien avec la Russie. À ce stade, aucun élément objectif ne justifie de faire évoluer l'évaluation du niveau de qualité des produits et services fournis ».

Au-delà des logiciels d'origine russe, les acteurs publics doivent s'interroger sur le recours à des solutions de cybersécurité certifiées ou qualifiées par l'ANSSI pour des raisons de sécurité dans un contexte de guerre hybride avec un État.

Baptiste Vassor

L'Ukraine est le plus important producteur de gaz néon utilisé dans la fabrication des semi-conducteurs





« Il est urgent que les collectivités et l'État travaillent main dans la main pour surmonter la crise énergétique, économique et territoriale »

Fin janvier, l'Association des petites villes de France (APVF) et la Fédération nationale des collectivités concédantes et régies (FNCCR) ont interpellé le Premier ministre sur les conséquences de la hausse des tarifs de l'énergie dans les communes.

Christophe Bouillon, président de l'APVF et maire de Barentin (Seine-Maritime, 12 627 habitants), fait le point sur le sujet.



Christophe Bouillon

■ **WEKA : Une enquête de la FNCCR a montré que la facture de gaz et d'électricité des collectivités pourrait augmenter de 30 à 300 %. Quelles seront les conséquences de cette hausse des prix de l'énergie sur les collectivités ?**

Christophe Bouillon : La crise énergétique que nous traversons a un impact sans précédent sur les collectivités territoriales qui ont déjà fait face à plusieurs mois de crise sanitaire et ont perdu toute marge de manœuvre financière avec la suppression de la taxe d'habitation. Selon une enquête de l'APVF, 90 % des petites villes sont touchées, alors que l'énergie est cruciale pour nos territoires. Elle

permet d'amener les enfants à l'école, de chauffer les classes ou encore d'éclairer les rues. Je vous donne quelques exemples. Le maire d'Oissel en Seine-Maritime a été contraint de fermer sa piscine pendant six semaines. La commune de Saint-Rémy-de-Provence dans les Bouches-du-Rhône a prévu d'optimiser l'ouverture des lieux culturels en fonction de la demande. Saint-Jean-d'Angély, en Charente-Maritime, module l'éclairage public pour faire des économies.

Dans le même temps, les petites villes accélèrent leurs projets locaux d'[énergies renouvelables](#) et leur politique de rénovation énergétique des bâti-

ments. On voit donc déjà les conséquences dans les collectivités, qui n'ont pas d'autre choix que d'adapter ou baisser le niveau de certains services, ou de reporter des investissements qui participent à la relance. Les élus locaux font tout pour éviter une nouvelle hausse de la fiscalité locale.

■ **WEKA :** *Dans un courrier adressé au Premier ministre fin janvier, vous préconisez certaines solutions. Quelles sont-elles et en quoi seraient-elles efficaces ?*

Christophe Bouillon : Dès la fin 2021, nous avons alerté sur ce sujet, crucial pour les petites villes, et nous avons proposé des dispositifs pour permettre aux collectivités de traverser cette crise. Une crise sans précédent qui nécessite des réponses rapides et faciles à mettre en œuvre. C'est pourquoi, nous avons proposé la mise en place d'une dotation énergie exceptionnelle. Elle doit permettre de compenser les pertes des collectivités et de les aider à maintenir leur budget en équilibre. Mais cette dotation pourra aussi être utilisée pour accélérer la politique de rénovation des bâtiments. Nous demandons également l'extension aux collectivités du blocage des prix du gaz en vigueur pour les particuliers. À plus long terme, il est essentiel de repenser notre modèle d'approvisionnement énergétique, trop dépendant de l'étranger, en créant des boucles locales de l'énergie fondées sur la méthanisation ou encore sur l'énergie solaire. Il faut également sécuriser dans le temps les contrats d'approvisionnement énergétique des collectivités.

■ **WEKA :** *Que pensez-vous du « bouclier tarifaire », qui baisse temporairement la taxe intérieure sur la consommation finale d'électricité (TICFE) depuis le 1^{er} février et qui devrait limiter à 4 % l'augmentation de la facture énergétique pour les collectivités ?*

Christophe Bouillon : Le bouclier tarifaire qui comprend la baisse de TICFE est nécessaire mais il est insuffisant pour les petites villes. En effet, cette baisse de TICFE permettra de limiter la hausse à 4 %

pour les particuliers, mais pas pour les collectivités, pour qui l'effet est moindre. Il est important de rappeler que le gouvernement ne s'est pas engagé à limiter la hausse du prix de l'électricité à 4 % pour les collectivités comme il l'a fait pour les particuliers. Les collectivités sont également exclues du plan de résilience et elles ne sont pas concernées par le blocage du prix du gaz. C'est pourquoi, l'APVF continue de demander la mise en place d'un bouclier énergie et d'un plan de résilience spécifiques aux collectivités.

■ **WEKA :** *Quelles ont été les réactions du gouvernement à la suite de votre courrier ? Des mesures ont-elles été prises ou sont-elles prévues pour aider les collectivités à absorber en partie ces hausses tarifaires ?*

Christophe Bouillon : Pour l'instant, le gouvernement n'a pas répondu favorablement aux [demandes et aux propositions des petites villes](#). Il affirme, en effet, que les mesures mises en place (baisse de la TICFE, mécanisme de l'ARENH*) suffisent et qu'elles permettront de limiter à environ 10 % la hausse du prix de l'énergie pour les collectivités. Cela reste à vérifier dans les faits. Il affirme également que l'énergie représente une faible part du budget de fonctionnement des communes. Or, cette part est beaucoup plus importante aujourd'hui, avec des hausses de facture énergétique dépassant même les 500 % dans certains territoires. Selon le gouvernement, les collectivités peuvent encaisser le choc. Il est vrai que les élus locaux ont toujours su s'adapter et trouver des solutions.

Mais cette crise exceptionnelle s'inscrit dans un contexte budgétaire particulièrement difficile. Cette adaptation aura un prix. Un grand nombre de collectivités ont reporté des investissements et d'importants projets, comme la construction d'un stade, et d'autres petites villes ont dû baisser leur niveau de service, comme je vous l'ai expliqué.

Il est essentiel de repenser notre modèle d'approvisionnement énergétique, trop dépendant de l'étranger



L'APVF continue à se mobiliser et à alerter le gouvernement par tous les moyens. Plus de cent cinquante maires de petites villes ont lancé un appel, publié dans la presse nationale, pour demander des mesures d'urgence à destination des collectivités. Plusieurs dizaines de maires de petites communes ont adopté un vœu municipal pour soutenir la dotation énergie portée par l'APVF. Cette mobilisation est d'autant plus essentielle que le prix de l'énergie va continuer d'augmenter, impactant un peu plus chaque jour nos territoires. Il est urgent que le gouvernement entende le cri d'alarme des élus locaux et que les collectivités et l'État travaillent main dans la main pour surmonter cette crise énergétique, économique et territoriale.

Propos recueillis par Martine Cournaud – Del Ry

L'APVF, qui réunit les villes de 2 500 à 25 000 habitants – soit 4 000 communes et 26 millions de personnes – a été la première association d'élus à se mobiliser sur la question des prix de l'énergie, qui a un impact fort sur les petites villes.

* Accès régulé à l'électricité nucléaire historique. Il permet à tous les fournisseurs alternatifs de s'approvisionner en électricité auprès d'EDF dans des conditions fixées par les pouvoirs publics (NDLR)

Le gouvernement
n'a pas répondu
favorablement
aux demandes et
aux propositions
des petites villes



Faire face à des sujétions techniques imprévues

Référence Internet
3187



Saisissez la Référence Internet **3187** dans le moteur de recherche du site www.weka.fr pour accéder à cette fiche

2
outils
associés

Durant la réalisation d'un marché de travaux, l'entrepreneur peut être confronté à la rencontre de difficultés techniques imprévues au moment de la signature du marché. Même s'il doit poursuivre l'exécution des travaux, il a cependant le droit d'être indemnisé des coûts, dès lors que certaines conditions, qui ont été définies par la jurisprudence, sont remplies.

En pratique



Étape 1

Appréhender la notion de sujétion technique imprévue

La théorie des sujétions techniques imprévues résulte d'une création de la jurisprudence qui a été intégrée dans la réglementation des marchés publics.

Elle est d'interprétation stricte : ce sont des difficultés matérielles rencontrées lors de l'exécution d'un marché, qui présentent un caractère exceptionnel, imprévisible lors de la conclusion du contrat et dont la cause est extérieure aux parties (CE, 30 juillet 2003, n° 223445, *Commune de Lens*).

En application de l'article R. 2194-5 du Code de la commande publique, le maître d'ouvrage peut modifier son contrat lorsqu'il est confronté à des circonstances imprévues ou imprévisibles.

Les sujétions techniques imprévues ne sont reconnues que lorsque certaines conditions cumulatives sont réunies :

- l'événement est imprévisible au moment de la signature du contrat ;
- l'événement est extérieur aux parties et à l'ouvrage ;
- l'événement rend plus onéreuse l'exécution des travaux ;
- et pour les marchés à forfait, l'événement bouleverse l'économie du contrat (CAA Marseille, 6^e ch., 12 juin 2017, n° 15MA05005).

En pratique, ce sont des difficultés matérielles d'exécution pouvant résulter soit de l'état du sous-sol, soit d'aléas climatiques (terrestre, fluvial ou maritime), soit même d'un fait de l'homme (vestiges, canalisations...).

Elles impliquent l'utilisation de techniques ou de travaux supplémentaires qui ne pouvaient être prescrits à l'origine.

En revanche, un aléa contractuel normalement prévisible, telle la nécessité de mettre à jour et de corriger les études d'exécution à la suite de modifications apportées aux plans au cours de la phase d'études, ne présente pas un caractère d'imprévisibilité (CAA Lyon, 22 oct. 2009, n° 07LY00556).

De même, la mise en œuvre d'une solution technique alternative irréaliste par l'entrepreneur ne permet pas la mise en œuvre de la théorie des sujétions techniques imprévues (CAA Nantes, 29 mars 2017, n° 15NT01502).

Faire face à des sujétions techniques imprévues

Attention

La modification doit être limitée à 50 % du montant du marché initial et ne doit pas altérer la nature globale du contrat (cf. *Conclure un avenant* [Réf. Internet : 3190]).

Étape 2

Connaître les limites de l'indemnisation

L'entreprise a le droit à une indemnisation totale de son préjudice à condition (CCAG Travaux, art. 17.3) :

- qu'elle ait pris toutes les précautions pour protéger son matériel ;
- qu'elle ait immédiatement dénoncé son préjudice, c'est-à-dire dès qu'elle en a pris connaissance.

Les aléas liés aux intempéries

Il convient de distinguer l'incidence des intempéries sur les délais et sur les prix.

Incidence sur les délais (prolongation) : les intempéries rendant le travail impossible ou dangereux pour la santé et la sécurité des travailleurs (au sens du Code du travail) donnent lieu à une prolongation du délai.

Les autres intempéries ne sont prises en compte que si elles sont prévues et définies par le CCAP.

Incidence sur les prix (indemnisation de l'entreprise) : si le marché ne prévoit rien, il convient d'appliquer la théorie des sujétions imprévues. Si le niveau a été atteint au moins trois fois sur les trente dernières années, il n'y a pas sujétion imprévue car l'intempérie est considérée comme normalement prévisible.

Le marché peut définir les intensités limites au-delà desquelles l'entreprise peut prétendre à indemnisation.

Ce modèle de clause du CCAP fixe le seuil de difficultés climatiques à partir duquel la sujétion est considérée comme imprévue. Deux dispositions doivent figurer dans le contrat :

- la première concerne l'augmentation du délai d'exécution en cas d'intempéries (CCAG Travaux, art. 18.2.3) ;
- la seconde concerne l'indemnisation du surcoût engendré par la plus grande difficulté des travaux et la désorganisation du chantier qui en résultent. L'article du CCAP peut être rédigé ainsi : « *en considérant comme normalement prévisibles les intempéries et autres phénomènes naturels indiqués ci-après tant qu'ils ne dépassent pas les intensités et éventuellement les durées limites ci-après :*

<i>Nature du phénomène</i>	<i>Intensité limite</i>	<i>Durée limite</i>

... »

Faire face à des sujétions techniques imprévues

Si le marché ne prévoit rien (cf. [Avenant en cas de sujétions techniques imprévues](#) [Réf. Internet : [dtou1895](#)]), l'entreprise aura le droit à une indemnisation totale de son préjudice à condition que :

- l'événement soit imprévisible au moment de la signature du contrat ;
- l'événement soit extérieur aux parties et à l'ouvrage ;
- l'événement entraîne le bouleversement de l'équilibre du contrat. Cette condition n'est pas nécessaire quand le marché est à prix unitaire, mais elle l'est quand le marché est à prix forfaitaire (l'événement doit dépasser les aléas normaux d'exécution).

Les aléas liés à la nature géologique du terrain

Lorsque des difficultés géologiques, insoupçonnables au moment de la conclusion du contrat, apparaissent, elles nécessitent la réalisation de travaux supplémentaires, généralement sur prix nouveaux.

Ce chef de réclamation peut être indemnisé au titre des sujétions imprévues ou des travaux supplémentaires.

Les données géologiques et géotechniques sont généralement rendues contractuelles.

Attention

L'aléa imprévisible n'est pas synonyme d'aléa imprévu. En effet, l'aléa imprévisible est l'aléa qui ne pouvait absolument pas être envisagé par l'entrepreneur. À l'inverse, l'aléa imprévu est l'aléa qui aurait pu être prévu mais qui ne l'a pas été. Ainsi, le juge se fonde très souvent sur l'expérience et les compétences acquises par l'entrepreneur pour conclure que ce dernier, eu égard à son professionnalisme et à son expertise, ne pouvait ignorer l'aléa géotechnique en cause et aurait pu le prévoir, ce qui exclut l'indemnisation.

L'aléa ne présente pas un caractère imprévisible dès lors qu'un rapport géotechnique figure dans le dossier de consultation qui vous est remis et qu'il contenait des informations suffisantes pour permettre à l'entrepreneur de détecter la difficulté géotechnique (CE, 27 sept. 2006, n° 269925). En revanche, la seule existence, dans le contrat, d'une clause renvoyant à une étude géotechnique complémentaire ne peut suffire à exclure l'existence de sujétions imprévues (CE, 3 mars 2010, n° 304604, *Sté Presspali SPA*).

Étape 3

Encadrer les cas de sujétions techniques imprévues

Le contrat peut encadrer les cas où il y aura sujétion imprévue (CCAG Travaux, art. 9.1.1), mais il ne peut faire totalement obstacle à la règle de l'indemnisation. Ainsi, le juge rejettera des clauses de prix fixé forfaitairement « *quelle que soit la nature du sol rencontrée* ». Le même raisonnement peut valoir pour une clause excluant toute indemnisation des sujétions imprévues au titre des intempéries.

Étape 4

Formaliser la modification du marché

En pratique, l'indemnisation de l'entrepreneur au titre des sujétions techniques imprévues passe par la formalisation d'un avenant qui modifie le marché initial.



Faire face à des sujétions techniques imprévues

Attention, la modification doit être limitée à 50 % du montant du marché initial et ne doit pas altérer la nature globale du contrat (cf. fiche « Conclure un avenant » [Réf. Internet : 3190]).

En cas de circonstances imprévues, si le marché a été passé selon une procédure formalisée, le maître d'ouvrage doit publier un avis de modification du marché public au *Journal officiel de l'Union européenne*.

L'indemnité prévue doit couvrir la totalité des frais nouveaux engagés si le titulaire du marché démontre l'absence de faute de sa part.

Notre conseil

Maître d'ouvrage : créez une station météo sur le chantier

Vous pouvez mettre en place sur le chantier une station météo qui vous permettra de suivre quotidiennement l'existence effective de jours d'intempéries.

Rendez contractuelles les données géologiques et géotechniques

Dans le cahier des clauses administratives particulières, vous devez indiquer que les données géologiques et géotechniques sont contractuelles afin de vous dégager de toute responsabilité.

Entrepreneur : lisez attentivement les études de sol

Vous ne pouvez sérieusement soutenir que vous vous êtes trouvé confronté à des conditions géotechniques imprévues dès lors que l'étude et le mémoire de synthèse du dossier géologique, géotechnique et hydrogéologique, joints au marché précisait la nature des terrains concernés par les travaux.

Par exemple, il n'y a pas imprévisibilité de l'aléa géotechnique dans l'hypothèse où une étude de sol qui vous est communiquée, portant principalement sur la périphérie de la construction projetée et comportant des recherches assez limitées sur la nature du sous-sol dans l'enceinte du bâtiment, mettait en évidence la présence de remblais et d'argiles faiblement consistantes rendant nécessaire, pour les fondations, l'implantation de plots ou de puits descendus dans les arènes granitiques saines et recommandait de procéder à un contrôle de la qualité géotechnique de la plate-forme avant le coulage des dallages. Un tel document contenait des éléments suffisants pour vous inciter à effectuer, avant de déterminer votre offre, les contrôles supplémentaires qui vous paraissaient utiles. L'aléa en cause était donc prévisible et n'ouvre pas droit à indemnisation pour l'entrepreneur (CAA Bordeaux, 12 oct. 2004, n° 01BX00555).

Engagez la responsabilité du bureau d'études géotechniques

Ce dernier ayant fourni les études de sols, il en est contractuellement responsable à l'encontre du maître d'ouvrage, notamment lorsque du fait d'informations erronées, vous avez été amené à supporter la charge des travaux imprévus. Attention, il s'agit d'une mise en cause de l'ingénieur au titre de sa responsabilité délictuelle et il vous faudra prouver une faute de sa part (oubli d'informations, manque de détails...).

Évitez les erreurs

Maître d'ouvrage

N'intégrez pas dans le CCAP une clause excluant toute indemnité.

Maître d'œuvre : tenez compte des conclusions de l'étude géologique

Si vous vous absteniez de tirer les conséquences des risques géologiques, mis en évidence par une étude de sols présente dans les documents techniques remis aux

Faire face à des sujétions techniques imprévues

entreprises candidates à l'attribution d'un marché de gros œuvre, vous manquerez à vos obligations de maîtrise d'œuvre. Ainsi, vous ne pourrez vous exonérer de votre responsabilité, ni en soutenant que l'entreprise chargée des travaux ne pouvait ignorer la nature du sol et qu'elle devait intégrer dans son devis le surcoût éventuellement, ni en soutenant qu'il appartenait à cette entreprise de demander au maître d'ouvrage la révision du marché en raison de l'apparition de sujétions techniques imprévues (CAA Douai, 20 févr. 2007, n° 05DA01122).

Entrepreneur : n'arrêtez pas les travaux

Les sujétions entraînent une prolongation des délais d'exécution qui se répercute sur la révision du prix et sur les pénalités de retard, calculées à partir du délai prolongé.

Mais elle ne vous autorise pas à cesser les travaux, sauf si le maître d'ouvrage convient avec vous d'une interruption.

Foire aux questions

Un sous-traitant peut-il demander un supplément de prix en invoquant l'apparition de sujétions techniques imprévues ?

Tout comme le titulaire, le sous-traitant est autorisé à demander un supplément de prix en invoquant l'apparition de sujétions imprévues. Ainsi, dans le cadre de la procédure de paiement direct, les règles d'indemnisation trouvent à s'appliquer au sous-traité dans les mêmes conditions que pour le marché principal (CE, 24 juin 2002, n° 240271, *Département de la Seine-Maritime*).

Prudence toutefois, car le sous-traitant direct est payé par le maître d'ouvrage sur la base des sommes qui ont été déclarées dans l'acte spécial (déclaration de sous-traitance – formulaire DC4). Concernant la procédure de paiement direct, reportez-vous à la fiche [Régler les sous-traitants](#) [Réf. Internet : 3218].

La difficulté résulte du fait que lorsque le montant des prestations sous-traitées figurant dans ce document est atteint, le maître d'ouvrage ne peut procéder au règlement sans qu'un nouvel acte modificatif n'ait été établi.

C'est la raison pour laquelle, dès lors que vous constatez qu'un sous-traitant effectue des prestations qui dépassent celles prévues par la déclaration de sous-traitance et dont le prix dépasse le plafond de paiement direct prévu par cet acte, vous devez procéder à une demande de régularisation auprès de l'entrepreneur principal.

En effet, si vous laissez un sous-traitant intervenir dans des conditions irrégulières, sans imposer la régularisation de cette situation, notamment en mettant en demeure le titulaire de s'acquitter de ses obligations déclaratives, vous commettez une faute de nature à engager votre responsabilité. (Concernant la responsabilité du maître d'ouvrage en cas de sous-traitance occulte, reportez-vous à la fiche [Traiter la sous-traitance occulte](#) [Réf. Internet : 0200].)

Exemple : une décision a admis la responsabilité du maître d'ouvrage qui avait laissé le sous-traitant exécuter des travaux supplémentaires pour un montant dépassant celui déclaré dans l'acte spécial, mais a toutefois considéré que cette faute était atténuée par les manquements de l'entrepreneur principal titulaire qui n'avait pas soumis à l'agrément du maître d'ouvrage les nouvelles conditions de paiement du sous-traitant pour ces travaux supplémentaires qui dépassaient les prestations initialement convenues. De même, le sous-traitant était pour partie responsable en négligeant de s'assurer que cet agrément lui avait été donné. En conséquence, le maître d'ouvrage a été condamné à prendre en charge le tiers seulement du préjudice subi par le sous-traitant (CAA Douai, 17 mai 2018, n° 16DA02390, confirmé par CE, 2 déc. 2019, n° 422307).



Faire face à des sujétions techniques imprévues

En cas d'erreur dans l'étude de sol, peut-on mettre en cause la responsabilité du bureau d'études ?

Oui. Les sondages réalisés par une société indiquaient la présence d'une anomalie dans le sol, ce qui ne permettait pas la mise en œuvre des fondations par puits recommandées par cette société ; dès lors, celle-ci a commis une faute de nature à engager sa responsabilité en préconisant la réalisation de fondations inadaptées au sol devant supporter les immeubles à construire (CAA Nantes, 30 juin 2010, n° 09NT02807).

La pénurie de matières premières et la flambée des prix constituent-elles une circonstance imprévisible ?

Depuis le second semestre 2021, plusieurs secteurs économiques dont celui du BTP sont particulièrement touchés par des pénuries d'approvisionnement qui engendrent un renchérissement important des coûts et un allongement des délais de livraison.

Dans ce contexte, le Premier ministre a, le 16 juillet 2021, demandé que les services de l'État aménagent les conditions d'exécution des contrats. (aménagement des délais d'exécution notamment et renonciation à l'application des pénalités de retard)

Les collectivités locales peuvent décider de mettre en œuvre des démarches analogues pour les marchés qui sont affectés par les mêmes phénomènes.

D'un point de vue financier, si les conséquences de l'envolée du cours des matières premières ne peuvent être neutralisées par la clause de révision de prix prévue contractuellement, le caractère intangible du prix fait obstacle à toute modification ultérieure du prix du marché et seule une indemnisation du titulaire sur le fondement de la théorie de l'imprévision est envisageable sous conditions : il appartient au titulaire d'apporter tous les justificatifs nécessaires, et notamment la preuve que l'achat des matériaux concernés était bien postérieur à la période durant laquelle le prix de ces derniers a augmenté de façon imprévisible.

Enfin, les retards provoqués par les pénuries ou même les bouleversements de l'équilibre économique du contrat peuvent justifier la signature d'un avenant sur le fondement de l'article R. 2194-5 du Code de la commande publique afin de modifier le périmètre des prestations ou adapter les conditions d'exécution du marché. Ces modifications ne sont possibles que si elles sont indispensables pour faire face aux circonstances imprévues et permettre la poursuite de l'exécution du contrat.

Pour en savoir plus, se reporter à la fiche DAJ - [Les marchés publics confrontés à la flambée des prix et au risque de pénurie des matières premières](#) [Réf. Internet : [dtou9275](#)].

Pour aller + loin

Références juridiques

- Code de la commande publique, articles R. 2194-5 et suivants (circonstances imprévues et modification du marché)
- CCAG Travaux
 - article 9.1.1
 - article 17.3
 - article 18.2.3
- CE, 2 décembre 2019, n° 422307
- CE, 3 mars 2010, n° 304604, Sté Presspali SPA
- CE, 27 septembre 2006, n° 269925
- CE, 30 juillet 2003, n° 223445, *Commune de Lens*

Faire face à des sujétions techniques imprévues

- CE, 24 juin 2002, n° 240271, *Département de la Seine-Maritime*
- CE, 31 janvier 1997, n° 119430, *Société Campenon Bernard*
- CE, 8 mars 1996, n° 165075, *Commune de Petit-Bourg*
- CE, 23 mai 1962, *Sté Havraise de Constructions*
- CAA Douai, 17 mai 2018, n° 16DA02390
- CAA Marseille, 6^e ch., 12 juin 2017, n° 15MA05005
- CAA Nantes, 29 mars 2017, n° 15NT01502
- CAA Nantes, 30 juin 2010, n° 09NT02807
- CAA Lyon, 22 octobre 2009, n° 07LY00556
- CAA Douai, 20 février 2007, n° 05DA01122
- CAA Bordeaux, 12 octobre 2004, n° 01BX00555

Les plus Internet

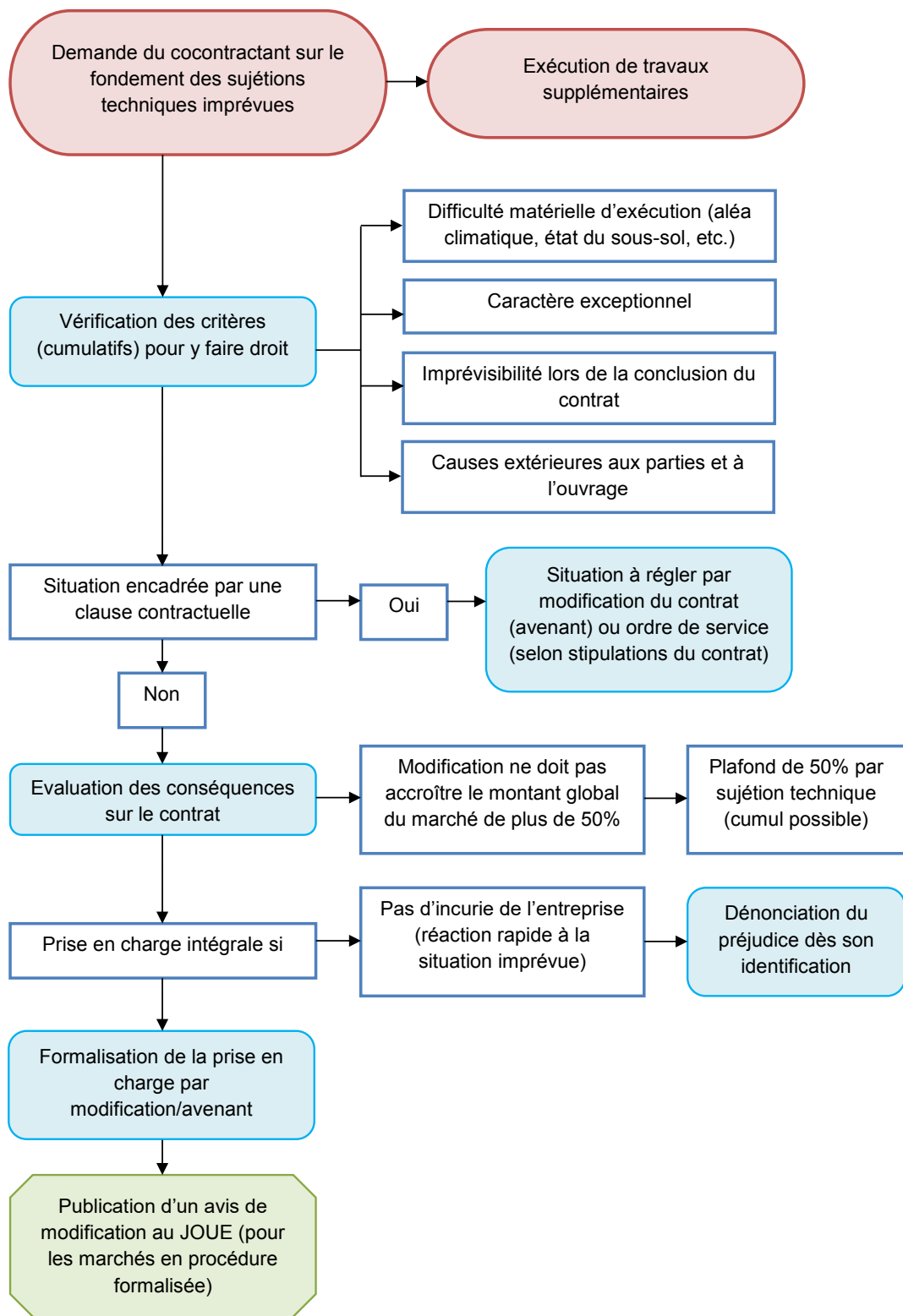
Saisissez la Référence Internet **3187** dans le moteur de recherche du site www.weka.fr pour accéder aux mises à jour de cette fiche ainsi que la Réf. Internet des rubriques suivantes :

Outils téléchargeables

- **dtou1895** – Avenant en cas de sujétions techniques imprévues
- **dtou9275** – Les marchés publics confrontés à la flambée des prix et au risque de pénurie des matières premières



Faire face à des sujétions techniques imprévues



Modifier le contrat en cours d'exécution

Référence Internet
10987



Saisissez la Référence Internet **10987** dans le moteur de recherche du site www.weka.fr pour accéder à cette fiche

Le maître d'ouvrage peut modifier régulièrement son contrat initial en cours d'exécution. Les modifications (ex-« avenants ») à un marché de maîtrise d'œuvre obéissent au droit commun. À ce titre, elles ne peuvent pas modifier l'économie initiale du marché. Cependant, il existe de nombreux cas de recours permettant de modifier le contrat initial, même si ceux-ci restent encadrés.

Dès lors, quels sont les éléments à prendre en compte pour déterminer le seuil de bouleversement et quelle est la procédure à respecter ?

En pratique



Étape 1

Maîtriser la réglementation applicable

La modification des contrats en cours d'exécution est encadrée par le Code de la commande publique (CCP).

Le maître d'ouvrage peut modifier régulièrement son contrat initial en cours d'exécution dans certaines hypothèses, énumérées aux articles R. 2194-1 et suivants du CCP.

Le CCP ne prévoit aucune dérogation à ce principe, qui viendrait s'appliquer aux marchés de maîtrise d'œuvre en raison du fait que ces marchés sont conclus à prix provisoires. Un avenant à un marché de maîtrise d'œuvre ne doit pas, sauf sujétions techniques imprévues, bouleverser l'économie initiale de ce marché (CAA Nantes, 24 mars 2015, n° 13NT02498).



A noter

Les modifications envisagées ne doivent pas, dans tous les cas, altérer la nature globale du contrat.

Ainsi, en introduisant des prestations nouvelles ou non prévues dans le marché originaire et dissociables des prestations initiales, l'avenant peut être considéré comme modifiant l'objet du marché (CE, 30 janv. 1995, n° 151099) ou modifiant dans une proportion importante la nature des prestations (CE, avis, 8 juin 2000, n° 364803).

Exemples : l'augmentation de la rémunération du maître d'œuvre résultant de la seule évolution d'un indice de révision des prix ne peut pas caractériser un bouleversement de l'économie du contrat. De même, l'augmentation de la rémunération du maître d'œuvre liée à la prise en compte des nouvelles normes parasismiques (Eurocode 8) ne peut pas constituer un bouleversement de l'économie du contrat.

Modifier le contrat en cours d'exécution

Pour ne pas encourir la qualification de modification dite « substantielle », la modification envisagée ne doit pas excéder :

- 10 % du montant s'il s'agit d'un marché de fournitures ou de services ou d'un contrat de concession ;
- 15 % du montant s'agissant des marchés publics de travaux.

En outre, les modifications envisagées ne doivent pas dépasser les seuils de passation des procédures formalisées.

Si ces deux conditions sont satisfaites et sous réserve que les modifications envisagées ne s'accompagnent pas d'autres modifications susceptibles d'être substantielles, les parties peuvent conclure librement un avenant qui pourrait ainsi porter sur **tous leurs engagements** : prestations à exécuter, calendrier d'exécution ou règlement financier du marché.

Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, le pouvoir adjudicateur doit prendre en compte la valeur cumulée des modifications successives majorée, par ailleurs, dans certaines hypothèses, par l'application de la clause de variation de prix pour apprécier si les seuils de 10 % ou 15 % ne sont pas dépassés.

Au-delà de ces seuils, la modification ne sera pas nécessairement qualifiée de substantielle et, par conséquent, jugée irrégulière. L'acheteur public devra s'assurer que la modification envisagée n'entre pas dans l'une des hypothèses auxquelles la définition de la modification substantielle renvoie.

▶ Étape 2

Prendre en charge des prestations supplémentaires

Le maître d'ouvrage peut inclure dans un marché existant des travaux, services ou fournitures supplémentaires qui sont devenus nécessaires dans la mesure où ces prestations supplémentaires n'entraîneraient pas une augmentation du marché supérieure à 50 % du montant initial et à la **double condition** qu'un changement de contractant :

- serait impossible pour des raisons économiques ou techniques telles que l'obligation d'interchangeabilité ou d'interopérabilité avec les équipements, services ou installations existants, achetés dans le cadre de leur marché initial ;
- **et** présenterait un inconvénient majeur ou entraînerait une augmentation substantielle des coûts.

A noter

Les modifications d'un contrat, quel que soit leur montant, sont dispensées d'une nouvelle procédure de publicité et de mise en concurrence dès lors que celles-ci ont été prévues dans les documents du contrat initial sous la forme de **clauses de réexamen**.

Ces clauses doivent être rédigées de manière suffisamment précise et claire. À cet égard, le maître d'ouvrage doit prévoir dans les documents contractuels initiaux le champ d'application et la nature des modifications envisagées ainsi que les modalités de leur mise en œuvre.

Le maître d'ouvrage est donc dans l'obligation d'informer les candidats potentiels, dans les documents de la consultation, du réexamen éventuel de certaines conditions d'exécution de son contrat.

Important

La loi n° 2019-486 du 22 mai 2019, dite « loi Pacte », a permis l'insertion de l'article L. 2194-3 au sein du Code de la commande publique afin de confirmer l'**interdiction des ordres de service à zéro euro** : « *Les prestations supplémentaires ou modificatives demandées par l'acheteur au titulaire d'un marché public de travaux qui sont nécessaires au bon achèvement de l'ouvrage et ont une incidence financière sur le marché public font l'objet d'une contrepartie permettant une juste rémunération du titulaire du contrat.* » Cette disposition vise à mettre fin à la pratique tendant à imposer, sans définir de prix, de nouvelles prestations décidées en cours de chantier.

En imposant aux acheteurs de valoriser les ordres de service adressés aux entreprises, le CCP clarifie les conditions d'exécution des marchés publics de travaux.

Étape 3

Maîtriser la cession de contrat

La cession permet la reprise pure et simple, par le cessionnaire qui constitue son nouveau titulaire, de l'ensemble des droits et obligations résultant du précédent contrat par une personne morale distincte du titulaire initial dudit contrat.

La substitution du titulaire d'un marché par un autre opérateur économique constitue en principe une modification substantielle du contrat, et ce transfert doit, par conséquent, faire l'objet d'une nouvelle mise en concurrence.

La cession d'un contrat au profit d'un nouveau titulaire est néanmoins admise dans les deux cas suivants :

- lorsqu'elle intervient en application d'une clause de réexamen ou d'une option univoque du contrat initial ;
- lorsqu'elle intervient à la suite d'une opération de restructuration de société, notamment de rachat, de fusion, d'acquisition ou d'insolvabilité, assurée par un autre opérateur qui remplit les critères de sélection établis initialement sur le plan qualitatif, à condition que cela n'entraîne pas d'autres modifications substantielles du marché et ne vise pas à se soustraire à l'application du droit des marchés publics.

Une cession qui n'entre pas dans une de ces hypothèses ne peut être envisagée au profit d'un nouveau titulaire.

A noter

Même si le changement de cocontractant est prévu dans le cadre d'une clause de réexamen, la cession peut être regardée comme irrégulière si ce changement intervient immédiatement après la conclusion du contrat et avant même le début de l'exécution des prestations sans motif légitime, dans la mesure où l'identité du titulaire est un élément déterminant du contrat.

Si le nouveau cocontractant est en relation de quasi-régie avec l'entreprise cédante, la cession du contrat s'analyse en réalité comme une simple réorganisation administrative, laquelle ne modifie pas de manière essentielle les termes du marché initial et n'entraîne donc pas une obligation de remise en concurrence du marché.



Modifier le contrat en cours d'exécution

Notre conseil

Appréciez au cas par cas la validité des modifications. L'appréciation de la validité des modifications envisagées doit s'effectuer au cas par cas, en fonction des circonstances de fait propres à chaque espèce. Le maître d'ouvrage doit procéder à une évaluation quantitative de l'évolution induite ainsi qu'à une analyse de la portée des modifications qu'il introduit dans le contrat initial.

Calculez correctement le pourcentage de modification de votre marché. Le pourcentage de 10 ou 15 % s'apprécie au regard du montant initial du marché public après application, le cas échéant, de la clause de variation des prix. Ainsi, lorsqu'une clause de variation a augmenté de 4 % le prix initial du marché public, la valeur de la modification est calculée à partir du prix initial augmenté de 4 % (Rép. min. n° 21408 : *JO Sénat*, 16 juin 2016, p. 2692, *Avenants dans les marchés publics*).

Proposez aux maîtres d'œuvre une modification (un avenant) aux contrats pour intégrer la facturation électronique. Avec l'évolution vers la facturation électronique, le choix d'une solution unique, Chorus Pro, pour le dépôt des factures, a pour conséquence d'obliger les tiers, comme les maîtres d'œuvre, à entrer dans la procédure, sans que les contrats aient pu être adaptés pour dématérialiser l'intervention du maître d'œuvre. Une modification du contrat permettra de transformer les conditions d'intervention des maîtres d'œuvre et d'intégrer la facturation électronique. La modification suppose l'accord des deux parties.

Pour les nouveaux contrats, anticipez cette mission dans les cahiers des clauses administratives particulières (CCAP).

Aidez-vous du guide *Modifications des contrats de la commande publique*. L'Association des acheteurs publics (AAP) et le Mouvement des entreprises de France (Medef) ont publié en commun ce guide en janvier 2021.

Après avoir présenté la définition de la modification contractuelle, ce guide dédie une fiche aux problématiques communes à l'ensemble des cas de modification. Viennent ensuite six fiches thématiques :

1. « Modifications prévues dans les clauses du contrat initial » ;
2. « Travaux, fournitures ou services supplémentaires devenus nécessaires » ;
3. « Circonstances imprévues et circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir » ;
4. « Un nouveau titulaire se substitue au titulaire initial du marché ou du contrat de concession » ;
5. « Modifications non substantielles » ;
6. « Modifications de faible montant ».

Le guide se termine par un modèle de rapport de présentation.

Évitez les erreurs

N'oubliez pas de solliciter l'autorisation de la commission d'appel d'offres. Tout projet d'avenant à un marché ou à un contrat de concession d'une collectivité territoriale, d'un établissement public local autre qu'un établissement public social et médico-social entraînant une augmentation du montant global du marché supérieure à 5 % doit être soumis pour avis à la commission d'appel d'offres (CAO) lorsque le marché initial avait été lui-même soumis à la CAO. L'assemblée délibérante, qui statue le cas échéant, est préalablement informée de cet avis (CGCT, art. L. 1414-4).

Modifier le contrat en cours d'exécution

N'oubliez pas de publier un avis de modification du contrat. Dans un souci de transparence des procédures, l'acheteur public ou l'autorité concédante doit publier un avis de modification du marché public ou du contrat de concession au *Journal officiel de l'Union européenne (JOUE)* dans les deux cas suivants :

- pour les travaux, fournitures et services supplémentaires ;
- lorsque des modifications sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues.

Foire aux questions

Quelle est la différence entre un avenant et une modification du contrat en cours d'exécution ?

La nouvelle réglementation ne fait plus référence aux notions d'« avenant » ni de « décision de poursuivre ».

Les parties à un contrat sont généralement incitées à conclure un avenant qui matérialisera leur engagement à procéder aux modifications envisagées en cours d'exécution, sauf dans le cas où celles-ci auraient été prévues dans le contrat initial.

Dans cette dernière hypothèse, la mise en œuvre de ces modifications sera subordonnée à la seule décision du pouvoir adjudicateur.

Quand doit-on considérer la modification d'un marché public comme substantielle ?

La modification d'un marché public en cours de validité doit être considérée comme substantielle et doit par conséquent requalifier celui-ci en nouveau contrat soumis aux règles du droit de la commande publique :

- lorsqu'elle introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou auraient permis de retenir une offre autre que celle initialement retenue ;
- lorsqu'elle étend le marché, dans une mesure importante, à des services non initialement prévus (CJUE, 29 avr. 2010, n° C-160/08, *Commission c/ RFA*) ;
- lorsqu'elle modifie l'équilibre économique du contrat en faveur du titulaire du marché, d'une manière qui n'était pas prévue dans les termes du marché initial ;
- en cas de changement de cocontractant, sauf exceptions.

Les marchés publics et les contrats de concession peuvent faire l'objet, en cours d'exécution, d'adaptations nécessaires, sauf dans le cas où celles-ci se traduisent par des modifications substantielles. La prohibition des modifications substantielles du contrat s'applique quelle que soit la nature de l'acte introduisant des conditions nouvelles.

Quel est l'impact de la crise sanitaire née de l'épidémie de Covid-19 sur les règles de passation, de procédure ou d'exécution des concessions ?

L'épidémie de coronavirus a des conséquences sur l'organisation de chacun et notamment sur la passation et l'exécution des contrats de concession. L'exécution des contrats peut être impactée et les concessionnaires peuvent ne pas accomplir l'intégralité de leurs engagements contractuels.

L'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 propose des **mesures d'adaptation des règles d'exécution des contrats publics** qui seront utilement utilisées pour les concessions en cours.

Ainsi, les contrats arrivant à terme peuvent être prolongés par avenant s'il n'est pas possible d'organiser de nouvelles mises en concurrence (Ord. n° 2020-319, art. 4).



Modifier le contrat en cours d'exécution

Cette prolongation peut concerner également les accords-cadres et, dans ce cas, elle peut aller au-delà de la durée de 4 ans définie dans le CCP (ou de 7 ans pour les accords-cadres concernant des marchés de défense ou de sécurité).

Elle ne peut toutefois excéder la période de la crise sanitaire augmentée de la durée nécessaire à la mise en œuvre d'une procédure de mise en concurrence à l'issue de son expiration.

Concernant les avenants de prolongation des contrats, la Direction des affaires juridiques (DAJ) a également indiqué que la disposition relative à la conclusion d'un nouvel avenant en cas de prolongation de l'état d'urgence sanitaire (initialement fixé à 2 mois) s'applique également lorsqu'une procédure de remise en concurrence a déjà été engagée mais ne peut être menée à son terme avant l'échéance du contrat en cours en raison de l'épidémie (cf. fiche [Les conséquences de la crise sanitaire sur la commande publique. Questions-réponses](#), DAJ, ministère de l'Économie et des Finances).

Pour aller + loin

Références juridiques

- Code de la commande publique, articles L. 2194-3 et R. 2194-1 et suivants
- Code général des collectivités territoriales, article L. 1414-4
- Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, dite « loi Pacte »
- Ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 portant diverses mesures d'adaptation des règles de passation, de procédure ou d'exécution des contrats soumis au Code de la commande publique et des contrats publics qui n'en relèvent pas pendant la crise sanitaire née de l'épidémie de Covid-19
- CJUE, 29 avril 2010, aff. C-160/08, *Commission c/ RFA*
- CE, avis, 8 juin 2000, n° 364803
- CE, 30 janvier 1995, n° 151099
- CAA Nantes, 24 mars 2015, n° 13NT02498
- Rép. min. n° 21408, *JO Sénat*, 16 juin 2016, p. 2692


Sites Internet

- www.economie.gouv.fr/daj : site de la Direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie et des Finances, où télécharger, aux rubriques Commande publique > Conseil aux acheteurs et aux autorités concédantes, les fiches :
 - [Les modalités de modification des contrats en cours d'exécution](#) (rubriques Fiches techniques > Exécution des marchés)
 - [Les conséquences de la crise sanitaire sur la commande publique. Questions-réponses](#) (rubrique Questions-réponses)
- www.medef.com : site du Medef, où télécharger le guide [Modifications des contrats de la commande publique. Guide à l'attention des acheteurs et des entreprises](#), copublié avec l'AAP (janvier 2021)

Modifier le contrat en cours d'exécution

 **Les plus Internet**

Saisissez la Référence Internet **10987** dans le moteur de recherche du site www.weka.fr pour accéder aux mises à jour de cette fiche ainsi que la Réf. Internet des rubriques suivantes :

 **Fiche associée**

- **9348** – Résilier un marché de maîtrise d'œuvre



Réviser le prix d'un marché

Référence Internet
0185



Saisissez la Référence Internet **0185** dans le moteur de recherche du site www.weka.fr pour accéder à cette fiche

La variation de prix permet de tenir compte des modifications des conditions économiques entre le moment où l'entreprise rédige son offre et le moment où elle exécute le marché. Ces modifications peuvent avoir un impact sur l'efficacité globale de votre marché. Vous devez donc maîtriser les mécanismes de variation, d'ajustement et de révision de prix, afin d'optimiser vos achats. Quelles sont les conditions *sine qua non* de cette optimisation ?

En pratique



Étape 1

Maîtriser le mécanisme et les dispositions de la clause de révision des prix

La bonne gestion des deniers publics ne peut se limiter à une simple analyse du besoin technique et financier. Elle doit inclure les conditions de variation des prix et encadrer leurs effets sur votre marché. Cela exige un bilan précis sur tous les aspects du prix (constitution, évolution) et une prise en compte de l'impact des modifications économiques.

Selon l'article R. 2112-8 du Code de la commande publique (CCP), le prix définitif de votre marché « *peut être ferme ou révisable* ». La révision de prix correspond à une réévaluation périodique du prix, qui tient compte des variations économiques survenant tout au long de l'exécution du marché.

L'article R. 2112-14 du CCP impose l'introduction d'une clause de révision des prix pour tous « *les marchés publics d'une durée d'exécution supérieure à trois mois qui nécessitent, pour leur réalisation, le recours à une part importante de fournitures, notamment de matières premières dont le prix est directement affecté par les fluctuations de cours mondiaux [...]* ».



A noter

Selon le Conseil d'État, un avenant qui intervient en fin d'exécution de marché pour **transformer un prix révisable en un prix ferme** ne bouleverse pas l'économie du marché s'il modifie le mécanisme de fixation des prix du marché « *dans un sens désavantageux à son titulaire* ». Selon le juge, les dispositions de la réglementation des marchés publics « *n'ont ni pour objet ni pour effet de faire par principe obstacle à ce que les parties à un marché conclu à prix définitif puissent convenir par avenant, en particulier lorsque l'exécution du marché approche de son terme, de modifier le mécanisme d'évolution du prix définitif pour passer d'un prix révisable à un prix ferme* » (CE, 20 déc. 2017, n° 408562).

Réviser le prix d'un marché

Les clauses contractuelles de révision des prix du marché figurant dans votre cahier des clauses administratives particulières (CCAP) doivent citer la **date d'établissement du prix initial**. Le CCAP doit en effet fixer un mois d'établissement des prix, dit « mois zéro ».

A noter

Dans la pratique, le mois retenu par l'administration est généralement celui de la remise des offres. En l'absence de précisions au marché, c'est le mois précédant celui de la signature de l'acte d'engagement qui est à retenir.

Le CCAP doit aussi mentionner les **modalités de calcul de la révision du prix** qui sont fixées, selon l'article R. 2112-13 du CCP :

- soit en fonction d'une référence (fournitures courantes) ;
- soit par application d'une formule représentative de l'évolution du coût de la prestation ;
- soit en combinant les deux.

Le coefficient de variation du prix est calculé à partir d'une formule qui doit être détaillée dans votre CCAP. Par exemple, cette formule peut comprendre des index et indices officiels dont la valeur est publiée chaque mois par l'Insee. Par conséquent, vous devez choisir une formule de variation du prix ainsi que les indices associés à cette variation.

A noter

En l'absence de bouleversement de l'économie du marché, la modification officielle dans sa structure d'un index travaux figurant dans une formule de révision des prix ne méconnaît pas la commune intention des parties dès lors que l'application par l'acheteur tient compte des évolutions susceptibles d'en modifier les effets (CAA Lyon, 11 mars 2021, n° 19LY02082).

La formule paramétrique est la solution la plus fiable pour calculer la variation des prix de votre marché. Cette formule doit être représentative de la structure des coûts de votre marché eu égard :

- au choix des indices appropriés ;
- au choix des poids respectifs de ces indices dans votre formule.

Attention

La structure de votre formule paramétrique, qui peut comporter une partie fixe, reste identique tout au long du marché. C'est pourquoi il faut attacher une importance particulière à sa construction, au choix des indices et à leurs poids respectifs.

Ainsi, pour les marchés de travaux, lorsque votre marché regroupe plusieurs corps d'état, vous pouvez retenir plusieurs indices en les pondérant en fonction de la part de chacun de ces corps d'état.

Exemple : le lot de votre marché comprend 60 % de peinture et 40 % de revêtement de sol plastique. Vous utiliserez alors la formule suivante : 0,6 BT46 + 0,4 BT10.

La révision de prix sera appliquée sur chaque acompte ou facture par application d'une formule paramétrique pouvant prendre la forme suivante :

$$P = P_0 \times (0,125 + 0,875 BT_n/BT_0)$$



Réviser le prix d'un marché

Dans cette formule :

- P représente le prix révisé HT ;
- P_0 représente le prix initial du marché HT ;
- BT_n correspond à la valeur de l'index BT au mois d'exécution de la prestation ou des travaux ;
- B_{T_0} correspond à la valeur de l'index BT au mois M_0 défini dans le CCAP.

Le guide de la Direction des affaires juridiques, *Le prix dans les marchés publics* (publié en avril 2013), rappelle notamment, à cet égard, plusieurs points :

- Il est nécessaire d'éviter les indices trop globaux tout en se limitant aux prestations véritablement représentatives.
- Il est conseillé de préférer des indices et index publiés par des administrations publiques.
- Il est possible d'avoir plusieurs formules paramétriques lorsque le marché recouvre des prestations de natures différentes (par exemple, une formule pour la partie produit et une formule pour la partie service).
- Il ne faut pas faire référence au salaire minimal de croissance, le niveau général des prix/salaires ou des prix de biens, produits, services étant sans liens avec l'objet du marché.

A noter

Si la clause de révision des prix est licite, un titulaire n'est pas fondé à revendiquer l'application d'un autre indice de révision que celui figurant dans le marché ou à demander que cette clause soit écartée. En l'espèce, l'indice de révision du prix conduisait, compte tenu des fluctuations des cours d'une matière première, à un solde négatif du marché en faveur de l'acheteur. Si l'emploi de la matière première ne représente que 8 % du montant total du lot, cette seule circonstance ne suffit pas à démontrer que l'indice de révision ne serait pas en relation directe avec l'objet du marché (CAA Douai, 3 mai 2018, n° 16DA02206).

Votre CCAP doit enfin comporter :

- une **clause relative à la périodicité de variation du prix**. Vos pièces contractuelles devront ainsi fixer la périodicité de mise en œuvre (hebdomadaire, mensuelle, acompte par acompte, semestrielle, annuelle, etc.) et ce, même si la révision joue de façon automatique ;
- une **clause de sauvegarde** ou une **clause butoir**.

Attention

La révision des prix peut s'appliquer hors délais contractuels : si le marché le prévoit, la clause de révision des prix s'applique pour des travaux réalisés en dépassement du délai prévu dans le marché (CE, 1^{er} août 2012, n° 342337, *Sté Scarpar*).

Réviser le prix d'un marché

▶ Étape 2

Maîtriser le mécanisme du prix révisable selon l'ajustement

Le mécanisme de révision selon l'ajustement du prix est utilisé pour les marchés de fournitures ou de services courants dont le prix est fixé par rapport à l'offre et à la demande (denrées alimentaires, produits pétroliers, etc.).

L'ajustement du prix :

- s'opérera à partir d'une référence (elle est mesurée au moyen d'indices, d'index, de mercuriales ou de tarifs et de barèmes) ;
- peut jouer aussi bien à la hausse qu'à la baisse.

● Attention

Votre marché doit impérativement comprendre une **clause butoir**, qui vous permettra de maîtriser les variations de prix. Accessoirement, elle doit aussi inclure une **clause de sauvegarde**, qui vous donnera la possibilité de résilier votre marché sans indemnité.

▶ Étape 3

Encadrer le décalage de publication des indices et des index

Il existe toujours un décalage entre, d'une part, la période d'exécution des prestations ou travaux et, d'autre part, la date de publication de l'index ou des indices qui permettront de calculer la variation des prix du mois considéré.

Le cahier des clauses administratives générales (CCAG) préconise de procéder à une révision provisoire avec les derniers indices connus. Cette révision doit être revue et devient définitive lorsque les index afférents au mois de l'exécution ou de l'acompte concerné sont publiés.

▶ Étape 4

Qui de l'acheteur ou du titulaire a la charge du calcul de la révision des prix ?

Lorsqu'il est visé, le CCAG Travaux prévoit qu'il appartient au titulaire d'établir sa demande de paiement en joignant le calcul des coefficients de révision des prix. Ensuite, le maître d'œuvre détermine le montant de l'acompte mensuel à régler au titulaire, faisant ressortir l'effet de la révision des prix. Les parties de l'acompte révisables sont dès lors majorées ou minorées en appliquant les coefficients prévus.

Pour les marchés de fournitures courantes ou de services, il convient de se reporter au CCAP, qui doit prévoir expressément les modalités pratiques de mise en œuvre (contenu et présentation de la demande de paiement notamment). Le CCAP mentionnera, notamment, si le titulaire doit ou non, lors de sa demande de paiement, calculer la révision de prix applicable et fournir à l'acheteur public les informations (notamment la valeur des indices) nécessaires au contrôle du calcul. Ainsi, c'est selon les dispositions contractuelles du marché public, les stipulations du CCAG et/ou celles du CCAP qu'il appartiendra ou non au titulaire de procéder au calcul des révisions de prix.



▶ Étape 5

Introduire des clauses limitatives d'évolutions excessives du prix

Pour limiter les évolutions excessives de vos prix, il vous est possible de recourir à des clauses limitatives spécifiques :

- la **clause butoir** permet de plafonner l'évolution des prix à une augmentation maximale de tant pour cent par an ;
- la **clause de sauvegarde** ouvre la possibilité de résilier sans indemnité la partie non exécutée des prestations, dès que le prix ajusté ou révisé dépasse un pourcentage fixé dans le marché.

● Remarque

Le recours à de telles clauses est recommandé en matière de prix ajustable sur tarif ou barème du titulaire pour lequel vous avez peu de maîtrise en termes de variation de prix.

▶ Étape 6

Maîtriser le cas de recours à la théorie de l'imprévision

La construction de votre formule paramétrique de révision du prix revêt une importance fondamentale. Pour autant, il existe des situations conjoncturelles brutales sur lesquelles vous n'avez aucune prise (ex. : *crises pétrolières ou variation du cours de l'acier*).

Dans ce cas, si l'opérateur titulaire du marché subit un préjudice, il est en droit de solliciter une indemnité au titre de la théorie de l'imprévision économique (CE, 19 févr. 1992, n° 47265, *Société anonyme Dragages et travaux publics*).

● A noter

La modification de la composition d'un indice d'une formule de révision des prix ne conduit pas à un bouleversement de l'économie générale du contrat ouvrant un droit à indemnisation au titre de la théorie de l'imprévision (CAA Nantes, 17 sept. 2021, n° 20NT02957).

L'indemnité allouée au titulaire est fonction :

- de l'importance du préjudice provoqué par la conjoncture brutale (pour que votre opérateur économique soit indemnisable, ce préjudice doit atteindre ou dépasser le seuil de 6,66 % du montant total du marché) ;
- des preuves de l'existence et de l'importance du préjudice subi.

Cependant, la théorie de l'imprévision reste exceptionnelle : même si les clauses de révision des prix ne corrigent pas l'évolution des prix des produits pétroliers, le titulaire ne peut obtenir une indemnité d'imprévision couvrant une charge supplémentaire si de telles variations des prix des produits utilisés ne présentent pas un caractère imprévisible compte tenu des fluctuations régulières des cours sur une période de dix ans (CAA Nancy, 27 janv. 2011, n° 10NC00154).

Réviser le prix d'un marché

Notre conseil

Dès le stade de l'analyse du besoin, il vous appartient de **définir les modalités de variation de prix** (formule paramétrique, indices ou index, part de ces indices, etc.). Cette réflexion doit être menée en collaboration avec vos services gestionnaires et/ou votre maître d'œuvre.

Évitez les erreurs

Il existe plusieurs erreurs à éviter :

- ne pas tenir compte de la part de chacun des corps d'état, fournitures ou services dans la détermination de la part des indices dans votre formule paramétrique ;
- ne pas identifier les index ou indices en référence à la nature de votre marché ;
- ne pas introduire de clause butoir ni de clause de sauvegarde dans un marché à prix ajustable sur tarif général public du fournisseur ;
- ne pas introduire de clause de révision de prix alors même que votre marché est pluriannuel ou comprend une part importante de matières premières et excède trois mois.

Foire aux questions

Peut-on insérer une clause de révision des prix en cours d'exécution du marché par avenant ?

L'introduction d'une telle clause serait considérée comme ayant rétroactivement une incidence sur les conditions de la mise en concurrence initiale. Dans cette mesure, une telle clause serait illégale et susceptible d'être annulée (Rép. min. n° 31973 : JOAN, 3 nov. 2009, p. 10428). Une clause de révision de prix ne peut être introduite ou modifiée en cours de marché, et ce, même par voie d'avenant.

Néanmoins, il convient de tempérer cette affirmation dans le cas de la disparition d'un indice. Dans ce cas, il est possible de passer un avenant pour modifier cet indice.

La révision s'applique-t-elle pendant toute la durée du délai contractuel d'exécution ?

La révision du prix n'est possible qu'à la condition que l'administration ait accepté le retard par un avenant ou que ce retard soit dû à un cas de force majeure ou à un fait de l'administration.

Le mécanisme de variation de prix s'applique-t-il aux marchés à tranches ?

Même s'il peut être composé de plusieurs tranches optionnelles, un marché fractionné constitue un marché unique. L'affermissement d'une tranche optionnelle ne permet pas de considérer que cette tranche est un nouveau marché. Dans ce cas, si les conditions sont réunies, les clauses de variation de prix s'appliquent.

Pour aller + loin

Références juridiques

- Code de la commande publique, articles R. 2112-8 à R. 2112-14
- Arrêté du 30 mars 2021 portant approbation du cahier des clauses administratives générales des marchés publics de fournitures courantes et de services (CCAG-FCS)



Réviser le prix d'un marché

- Arrêté du 30 mars 2021 portant approbation du cahier des clauses administratives générales des marchés publics industriels (CCAG-MI)
- Arrêté du 30 mars 2021 portant approbation du cahier des clauses administratives générales des marchés publics de maîtrise d'œuvre (CCAG-MOE)
- Arrêté du 30 mars 2021 portant approbation du cahier des clauses administratives générales des marchés publics de prestations intellectuelles (CCAG-PI)
- Arrêté du 30 mars 2021 portant approbation du cahier des clauses administratives générales des marchés publics de techniques de l'information et de la communication (CCAG-TIC)
- Arrêté du 30 mars 2021 portant approbation du cahier des clauses administratives générales des marchés publics de travaux (CCAG Travaux)
- CE, 20 décembre 2017, n° 408562
- CE, 1^{er} août 2012, n° 342337, *Sté Scarpari*
- CE, 9 décembre 2009, n° 328803, *Département de l'Eure*
- CE, 19 février 1992, n° 47265, *Société anonyme Dragages et travaux publics*
- CAA Nantes, 17 septembre 2021, n° 20NT02957
- CAA Lyon, 11 mars 2021, n° 19LY02082
- CAA Douai, 3 mai 2018, n° 16DA02206
- CAA Nancy, 27 janvier 2011, n° 10NC00154
- Rép. min. n° 03757 : *JO Sénat*, 7 juin 2018, p. 2824
- Rép. min. n° 31973 : *JOAN*, 3 novembre 2009, p. 10428

Conclure un avenant

Référence Internet
0203



Saisissez la Référence Internet **0203** dans le moteur de recherche du site www.weka.fr pour accéder à cette fiche

1
outil
associé

Vous devez modifier un marché par avenant en cours d'exécution. Vous vous demandez quelle est la procédure à suivre avant la conclusion de l'acte. Dans quels cas faut-il saisir, pour avis, la commission d'appel d'offres ? L'autorisation de l'assemblée délibérante et la transmission au contrôle de légalité sont-elles obligatoires ?

En pratique



Étape 1

Vérifier si vous devez saisir la commission d'appel d'offres

Dans certains cas, la réglementation sur les marchés publics impose un certain formalisme à respecter pour conclure un avenant.

Pour les collectivités locales, tout projet d'avenant à un marché de travaux, de fournitures ou de services entraînant une augmentation du montant global du marché de plus de 5 % est soumis pour avis, favorable ou défavorable, à la commission d'appel d'offres (CGCT, art. L. 1414-4). Cette disposition ne s'applique pas aux marchés qui n'ont pas été soumis initialement, lors de leur attribution, à la commission d'appel d'offres.



Attention

Ce seuil de 5 % ne doit pas être confondu avec le seuil d'illégalité de l'avenant. Il ne s'agit pas d'une limite au-delà de laquelle l'avenant serait irrégulier mais d'un **seuil de procédure**. Il permet de déterminer si les membres de la commission d'appel d'offres doivent se prononcer par avis sur un projet d'avenant avant sa conclusion.

La soumission des avenants de plus de 5 % concerne les marchés conclus suite à une **procédure de passation**, et dont l'attribution a donné lieu à l'intervention de la commission d'appel d'offres :

- marchés conclus après une procédure d'appel d'offres ouverte ou restreinte ;
- procédure avec négociation ;
- marchés négociés ;
- dialogues compétitifs ;
- concours de maîtrise d'œuvre avec intervention d'un jury.

À l'inverse, les marchés passés selon une **procédure adaptée**, inférieurs aux seuils, ne sont pas attribués par la commission d'appel d'offres. En conséquence, les avenants augmentant de plus de 5 % le montant initial de ces marchés n'ont pas à être soumis à ladite commission.

Conclure un avenant

A noter

Seuls les avenants en augmentation sont concernés. L'avenant qui diminue la valeur d'un marché n'a pas à être soumis pour avis à la commission d'appel d'offres.

S'ils n'ont aucune incidence financière, les avenants conclus en MAPA ou selon une procédure formalisée ne sont pas non plus soumis à la CAO. Il s'agit par exemple des avenants concernant :

- un changement de raison sociale du titulaire ;
- un changement dans l'identité du titulaire (avenant de transfert).

A noter

Un avenant peut prévoir une clause par laquelle le titulaire renonce à tous les recours contentieux pour des litiges antérieurs à sa signature. En application d'une telle clause, l'entreprise ne peut demander à être indemnisée des travaux supplémentaires portant sur un marché de travaux conclu à prix global et forfaitaire.

Étape 2

Déterminer si l'organe compétent a bien délégué pour signer l'avenant

Pour les **marchés des collectivités locales**, il est important de vérifier les délégations de compétence octroyées par l'assemblée délibérante à l'exécutif local.

L'assemblée délibérante des collectivités territoriales peut accorder une **délégation de compétence** à l'exécutif local afin que ce dernier prenne toute décision concernant :

- la préparation ;
- la passation ;
- l'exécution et le règlement des marchés et des accords-cadres, sans limite de seuil (CGCT, art. L. 2122-22, L. 3221-11 et L. 4231-8).

S'il dispose de cette délégation générale, l'exécutif local peut procéder à la passation et à la signature de tous les avenants.

En revanche, l'assemblée délibérante doit intervenir :

- si la délégation permanente est limitée aux seuls marchés passés selon une procédure adaptée ;
- si elle exclut du champ de la délégation les avenants augmentant de plus de 5 % le montant initial du marché.

A noter

À tout moment, l'assemblée délibérante peut reprendre la délégation donnée à l'exécutif.

▶ Étape 3

Transmettre son avenant au contrôle de légalité

Les avenants aux marchés de travaux, fournitures ou services portant sur des **marchés de plus de 215 000 € HT** doivent être transmis au contrôle de légalité avant leur notification (CGCT, art. L. 2131-2).

Les pièces à fournir à l'appui de cette transmission sont :

- l'avenant signé des deux parties ;
- s'il y a lieu, la délibération autorisant sa signature (CGCT, art. R. 2131-6).

Ne sont pas soumis à ce contrôle :

- les avenants relatifs aux marchés d'un montant inférieur à ce seuil ;
- les avenants n'ayant aucune incidence financière ;
- les avenants diminuant le montant du marché.

Toutefois, les délibérations sur les projets d'avenants sont transmissibles lorsque l'exécutif local ne bénéficie pas d'une délégation.

● Attention

Si le préfet constate une irrégularité dans la passation de l'avenant, il peut saisir le juge administratif à l'occasion d'un déferé préfectoral.

Après la transmission éventuelle de l'avenant au contrôle de légalité, ce document doit être notifié à l'entreprise titulaire du marché afin qu'elle puisse exécuter les prestations demandées.

Notre conseil

- L'avenant de plus de 5 % pour un marché passé selon une procédure formalisée est soumis à l'avis de la CAO. L'intervention de l'assemblée délibérante dépend de l'étendue de la délégation consentie au représentant du pouvoir adjudicateur.
- Vérifiez les autorisations données avant de faire signer l'avenant à l'exécutif local.
- En cas de nécessité d'établir une délibération de l'assemblée délibérante pour autoriser la signature de l'avenant, transmettez préalablement cette délibération au contrôle de légalité, quel que soit le montant de l'avenant.

Évitez les erreurs

- N'oubliez pas le passage de l'avenant devant la commission d'appel d'offres : l'absence d'avis de la CAO, quand celui-ci est obligatoire, vicie la procédure de conclusion de l'avenant et entraîne son irrégularité.
- N'oubliez pas de notifier l'avenant signé. La notification de l'avenant au titulaire du marché entraîne la prise d'effet des modifications.
- Vérifiez les délégations de signature. En cas d'incompétence de signature, le comptable public peut refuser de procéder au paiement des prestations prévues par l'avenant. Il en va de même en cas de novation dans l'identité d'un des cocontractants (titulaire ou collectivité). L'avenant de transfert devra être conclu et communiqué au comptable public qui, dans le cadre de ses contrôles de liquidation et de mandatement



Conclure un avenant

des factures, s'assurera de l'identité du titulaire, de celle du créancier et de celle de la collectivité débitrice.

Foire aux questions

Un avenant de transfert pour changement de dénomination du titulaire doit-il faire l'objet d'un passage en CAO et d'une délibération en conseil municipal ?

S'il s'agit d'un simple changement de nom de l'entreprise, un certificat administratif notifié au comptable public avec, comme justificatif, un extrait du journal d'annonces légales, s'avère suffisant. En effet, l'avenant de transfert est obligatoire seulement s'il y a un changement juridique dans la situation du titulaire.

Si vous optez tout de même pour l'avenant de transfert, celui-ci n'a ni à faire l'objet d'un passage en commission d'appel d'offres, ni à faire l'objet d'une délibération de l'assemblée délibérante.

Cette réponse s'applique tant aux marchés passés selon une procédure adaptée qu'à ceux conclus suite à une procédure d'appel d'offres.

Pour les offices publics de l'habitat, faut-il l'autorisation du conseil d'administration ?

L'intervention du conseil d'administration pour signer un avenant n'est pas obligatoire. Comme pour la signature d'un marché, seul le directeur général a compétence pour signer les avenants conformément au Code de la construction et de l'habitation.

Pour aller + loin

@ [Légende de schéma de procédure](#) [Réf. Internet : [dtou6659](#)] à consulter sur votre fiche en ligne.

Références juridiques

- Règlement délégué (UE) 2021/1952 de la Commission du 10 novembre 2021 modifiant la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les seuils applicables pour les marchés publics de fourniture, de services et de travaux et pour les concours
- Code de la commande publique, article L. 2194-1
- Code général des collectivités territoriales, articles L. 1414-4, L. 2122-22, L. 2131-2, L. 3221-11, L. 4231-8, D. 2131-5-1 et R. 2131-6
- CAA Douai, 29 janvier 2015, n° 13DA00894



Saisissez la Référence Internet **0203** dans le moteur de recherche du site www.weka.fr pour accéder aux mises à jour de cette fiche ainsi que la Réf. Internet des rubriques suivantes :

▶ Outil téléchargeable

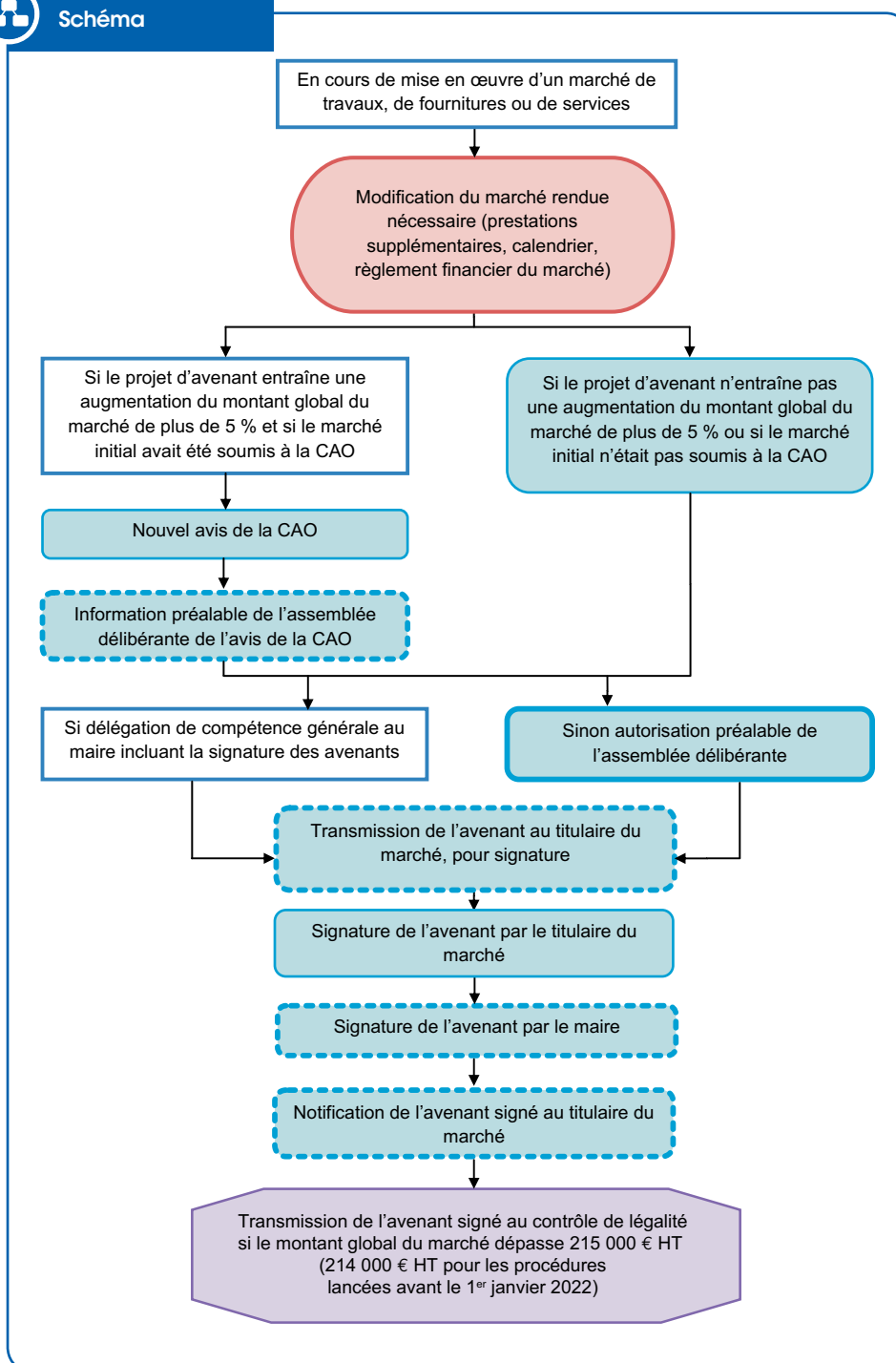
- [dtou6659](#) – Légende de schéma de procédure

Conclure un avenant

Retrouvez ce schéma téléchargeable en saisissant dans le moteur de recherche la Réf. Internet : **0203**



Schéma



INTÉGRAL



Marchés publics

L'intégralité des ressources dédiées aux marchés publics en une seule solution

Vous êtes **Responsable achat ? Acheteur public ? Responsable juridique au sein d'une collectivité ? ...**

L'offre **INTÉGRAL Marchés publics** est conçue pour répondre de manière opérationnelle à toutes les problématiques de votre métier.

INTÉGRAL MARCHÉS PUBLICS C'EST

- +** de **2400 fiches-actions** méthodologiques
- +** de **740 outils** et modèles opérationnels
- +** de **100 auteurs reconnus** pour leur expertise juridique et leur connaissance du terrain
- &** des **juristes spécialisés par téléphone**



weka.fr

INTÉGRAL MARCHÉS PUBLICS

PRÉPARATION, PASSATION,
EXÉCUTION : ORGANISER
ET SÉCURISER VOS
PROCÉDURES DE MARCHÉS

- Élaborer votre DCE
- Négocier avec les candidats
- Prévenir les contentieux

LE CODE DE LA
COMMANDE PUBLIQUE

- Analyse de chaque article avec commentaires d'experts et recommandations opérationnelles

DÉVELOPPEMENT
DE LA PERFORMANCE
DE LA FONCTION ACHAT

- Gérer votre sourcing
- Optimiser vos achats
- Intégrer les enjeux de développement durable dans vos marchés

ANALYSE
DES CONTRATS PUBLICS
ET DE LA JURISPRUDENCE

- Maîtriser les contrats de concession
- Bénéficier d'une veille permanente et de l'intégration des dernières décisions jurisprudentielles

GESTION DES RÈGLES
DE LA MAÎTRISE D'OUVRAGE
PUBLIQUE

- Gérer vos opérations de travaux
- Gérer l'ensemble des règles applicables à la sous-traitance

L'accompagnateur au quotidien des décideurs publics

Depuis 40 ans, Weka met son savoir-faire au service des professionnels des collectivités territoriales et de la fonction publique.

Nous apportons des réponses pratiques et concrètes issues de l'expérience d'experts publics à leurs problématiques quotidiennes, dans les domaines d'intervention suivants :

- Marchés publics
- Finances & comptabilité
- Ressources humaines
- Services à la population
- Culture & communication
- Aménagement des territoires
- Gouvernance locale
- Éducation
- Action sociale
- Santé



Copyright © Éditions Weka – Tous droits réservés. Avril 2022
Toute reproduction ou diffusion partielle ou intégrale des articles de ce numéro est interdite sans le consentement écrit et préalable des Éditions Weka
Graphiste : Christian LE GALL
Éditrice : Mélanie GAROUSTE

Éditions Weka – Pleyad 1 – 39, boulevard Ornano 93288
Saint-Denis Cedex
Tél. : 01 53 35 17 17 – Fax : 01 53 35 17 01
Site internet : www.weka.fr