



FICHE TECHNIQUE

Les marchés publics confrontés à la flambée des prix et au risque de pénurie des matières premières

Plusieurs secteurs économiques, notamment l'automobile, l'informatique, l'industrie agro-alimentaire, le bâtiment, les travaux publics, la métallurgie, la chimie et le mobilier sont particulièrement touchés par des pénuries d'approvisionnement qui engendrent un renchérissement importants des coûts et un allongement des délais de livraison.

Dans ce contexte, le Premier ministre a, le 16 juillet 2021, demandé aux ministères de veiller à ce que les services de l'État aménagent les conditions d'exécution des contrats en cours et d'inviter les opérateurs de l'État placés sous leur tutelle à suivre les mêmes recommandations¹.

Les collectivités locales et leurs établissements publics peuvent décider de mettre en œuvre des démarches analogues pour leurs contrats de la commande publique qui sont affectées par les mêmes phénomènes.

Pour les difficultés rencontrées dans le cadre des contrats en cours d'exécution (I), les acheteurs peuvent mettre en œuvre des mesures visant à adapter les modalités d'exécution des marchés pour ne pas pénaliser les entreprises ne pouvant respecter les délais contractuels (I.1). 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 des titulaires sur le fondement de la théorie de l'imprévision est envisageable sous conditions (I.2).

S'agissant des projets de marchés à passer, l'attention des acheteurs est appelée sur la rédaction de ces futurs marchés, et notamment des clauses relatives aux modalités d'évolution des prix, aux délais d'exécution et aux modalités d'application des pénalités (II).

1. Modalités de prise en compte de ces difficultés dans les marchés en cours d'exécution

1.1. Les délais d'exécution et l'application des pénalités contractuelles peuvent être adaptés

Les acheteurs ont toujours la faculté, en cours d'exécution du marché, d'aménager les délais d'exécution et de renoncer à l'application des pénalités de retard. A cet égard, le

¹ La circulaire n°6293/SG du 16 juillet 2021

gouvernement a récemment demandé aux acheteurs de l'Etat, dans les contrats de la commande publique en cours d'exécution, de veiller à ne pas appliquer de pénalités lorsque les retards de livraison ou d'exécution sont la conséquence des difficultés actuelles d'approvisionnement, qu'elles soient ou non directement liées à la crise sanitaire. Lorsque cela est compatible avec le bon fonctionnement des services publics, le gouvernement a également demandé aux acheteurs d'accorder des reports de délais. Les autres acheteurs, notamment les collectivités locales et les établissements publics, ont été invités à faire de même².

1.1.1. L'aménagement des délais d'exécution

Les acheteurs publics ont toujours la possibilité d'aménager les délais d'exécution lorsque des circonstances extérieures mettent le titulaire dans l'impossibilité de les respecter. En effet, les délais d'exécution peuvent être suspendus ou prolongés. Les clauses contractuelles peuvent par ailleurs anticiper de telles hypothèses, ainsi que le prévoient les différents cahiers des clauses administratives générales (CCAG). Ainsi, dès lors que le titulaire du contrat apporte la démonstration qu'il n'est pas en mesure de respecter certains délais d'exécution, ou que l'exécution des prestations encadrées par ces délais entraînerait pour lui un surcoût manifestement excessif, il lui est possible de solliciter l'autorité contractante afin d'obtenir la prolongation de ces délais spécifiques.

1.1.2. La renonciation aux pénalités de retard

Les acheteurs sont toujours libres de ne pas appliquer les pénalités de retard (CE, 9 novembre 2018, SAS Savoie, n° 413533), sous réserve que cela ne constitue pas une libéralité (CE, 19 mars 1971, Mergui, n°79962). Les acheteurs peuvent même être tenus d'y renoncer en application des clauses du contrat.

Le juge administratif invite d'ailleurs les acheteurs à faire une application raisonnée des pénalités de retard. Celui-ci peut moduler le montant des pénalités, « si ces pénalités atteignent un montant manifestement excessif ou dérisoire eu égard au montant du marché » (CE, 29 décembre 2008, OPHLM de Puteaux, n° 296930).

1.1.3. Les circonstances constitutives de cas de la force majeure

La non-application des pénalités de retard et le report des délais d'exécution s'imposent à l'acheteur lorsque les circonstances peuvent être qualifiées de cas de force majeure, étant rappelé que la force majeure s'entend d'un événement extérieur, imprévisible et irrésistible et que ces conditions ne peuvent s'apprécier qu'au cas par cas, selon les aménagements prévus par les stipulations de chaque contrat.

Le juge administratif considère notamment que l'imprévisibilité s'apprécie à l'aune de ce qu'un contractant normalement diligent peut prévoir, un événement en lui-même prévisible pouvant avoir des conséquences imprévisibles par leur ampleur. De même, l'appréciation du caractère irrésistible de l'événement tient compte des moyens dont dispose le cocontractant pour l'exécution de ses obligations.

² <https://www.economie.gouv.fr/approvisionnement-matieres-premier-mediation-batiment-travaux-publics#>

1.2. Les conditions de prise en compte de l'augmentation des prix des matières premières dans les contrats en cours

1.2.1. Rappel liminaire sur le caractère intangible des prix

Le prix contractualisé est intangible, ainsi que les conditions de son évolution prévues à la signature du contrat. Le prix et ses conditions d'évolution sont des éléments essentiels du marché qui ne peuvent évoluer en cours d'exécution, sauf clause de révision ou clause de réexamen. Ils sont aussi un élément essentiel de la détermination des offres remises par les candidats au stade de la passation du marché.

Ainsi, en l'absence de clause de révision de prix ou de réexamen, une modification du prix porterait atteinte aux conditions de la mise en concurrence initiale (CE, 15 février 1957, Etablissement Dickson). La clause de révision de prix ne peut donc être ni modifiée, ni introduite en cours d'exécution du marché même si celle-ci était obligatoire³.

1.2.2. Le droit à indemnisation ou à résiliation lorsque la théorie de l'imprévision peut être mise en œuvre

Dans l'hypothèse où l'augmentation du prix des matières premières ou des composants indispensables à l'exécution des prestations entraînerait un bouleversement temporaire de l'économie du contrat (CE 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, n° 59928), le titulaire du marché concerné pourrait solliciter une indemnité sur le fondement de la théorie de l'imprévision, à condition de démontrer que cette augmentation était imprévisible, soit dans sa survenance, soit dans son ampleur. Dans la mesure où les prix des matières premières sont par nature soumis à des fluctuations cycliques, une indemnisation sur le fondement de la théorie de l'imprévision ne sera possible que s'il est démontré que la hausse actuelle des matières premières concernées était imprévisible dans son ampleur et qu'elle a provoqué un déficit d'exploitation. A cet égard, le titulaire ne peut invoquer un simple manque à gagner (CE 25 novembre 1921, Compagnie générale des automobiles postales, Rec. p. 980) ou même une disparition totale de son bénéfice (CE 4 octobre 1961, Entreprise Charlet, Rec. p. 539).

Dans le cadre d'une demande d'indemnisation, 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.

Par ailleurs, l'indemnité accordée ne peut couvrir qu'une partie du déficit subi par le cocontractant de l'administration. Ce dernier doit en effet prendre à sa charge le coût de l'aléa économique « normal » inhérent à tout contrat (CE, 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, n° 59928 ; CE, 21 octobre 2019, Société Alliance, n° 419155). Le juge administratif met généralement à la charge de la personne publique 90% du montant de cette charge extra-contractuelle.

La mise en œuvre de la théorie de l'imprévision ne peut être que temporaire. Si les circonstances bouleversent définitivement le contrat, les parties se trouvent alors en

³ Dans une décision du 20 décembre 2017, *Société Area Impianti*, n° 408562, le Conseil d'Etat a admis une modification des règles de détermination du prix initial, mais cette solution était justifiée par des circonstances particulières : la modification est intervenue en fin d'exécution du marché (l'essentiel des prestations avaient donc déjà été payées), et dans un sens favorable à l'acheteur.

présence d'un cas de force majeure administrative permettant au titulaire de solliciter la résiliation du contrat devenu manifestement inéquitable (CE, 9 décembre 1932, Compagnie des tramways de Cherbourg, Rec. p. 1050).

1.3. La modification du contrat

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.

2. Points d'attention sur la rédaction des futurs marchés

2.1. Obligations en matière d'actualisation et de révision des prix

L'article R. 2112-13 du code de la commande publique prévoit que les marchés publics doivent être 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. La méconnaissance de cette obligation constitue un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence susceptible d'entraîner l'annulation de la procédure de passation (CE, 9 décembre 2009, Département de l'Eure, n° 328803).

La clause de révision doit obligatoirement fixer la date d'établissement du prix initial, les modalités de calcul de la révision ainsi que la périodicité de la révision des prix (art. R2112-13 alinéa 3). Le rythme de la révision devra idéalement être fixé en fonction du rythme prévisible des fluctuations des prix de l'activité économique concernée. C'est pourquoi il convient d'éviter l'application systématique d'une échéance annuelle pour les clauses de révision des prix afin de maintenir l'équilibre financier du marché, sans porter préjudice à l'une ou l'autre des parties. Pour rappel, le CCAG Fournitures courantes et services prévoit, dans son article 10.2.2 que « lorsque le marché (...) nécessite pour sa 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, il est procédé à une révision des prix au minimum tous les trois mois à compter de la date de notification du marché »⁴. Le CCAG-Travaux prévoit quant à lui que les acomptes mensuels versés au titulaire comportent l'effet de la révision des prix ; le rythme de la révision des prix est alors mensuel (art. 13.2 du CCAG 2009 ; art. 12.2 du CCAG 2021).

Le code de la commande publique fixe plusieurs modalités de calcul de la révision des prix. Le prix peut être soit ajusté en fonction d'une référence, soit révisé par application d'une « formule représentative de l'évolution du coût de la prestation », ou encore une combinaison des deux, étant précisé que l'introduction d'un terme fixe n'est pas obligatoire, sauf pour les marchés de défense et de sécurité (art. R. 2312-11). Les modalités pratiques de leur mise en

⁴ Stipulation identique dans les CCAG-PI (art. 10.2.2), CCAG-TIC (art. 10.2.2) et CCAG-MI (art. 11.2.2).

œuvre ont, pour chacune de ces hypothèses, été précisées par le guide sur le prix des marchés publics de 2013⁵.

L'article R. 2112-11 impose en outre, s'agissant des marchés conclus à prix ferme, une actualisation du prix si un délai supérieur à trois mois s'écoule entre la date à laquelle le soumissionnaire a fixé son prix dans l'offre et la date de début d'exécution des prestations.

L'attention des acheteurs est appelée sur les difficultés engendrées par la pratique consistant à émettre un ordre de service unique de commencement des travaux, alors même qu'interviennent successivement plusieurs entreprises sur une même opération. En effet, cette pratique défavorise les entreprises qui interviennent en milieu ou fin de chantier dès lors que la prise en compte d'une éventuelle hausse des prix se fait par référence à une date qui n'est pas celle du commencement de l'exécution des prestations, en méconnaissance de l'article R. 2112-11 du code de la commande publique. Il importe donc de respecter, pour l'établissement des ordres de service de commencer les travaux, le calendrier d'exécution des prestations fixé pour l'intervention de chacun des corps de métier.

Les acheteurs doivent donc impérativement respecter ces obligations pour leurs projets de marchés et veiller à l'établissement de formules de révision ou d'actualisation de prix représentatives des différentes composantes du coût des prestations et de leurs facteurs d'évolution. Si des marchés ont été conclus sans respecter cette obligation et que des difficultés surviennent en cours d'exécution du contrat du fait de fortes fluctuations, l'acheteur est susceptible d'engager sa responsabilité contractuelle.

Le fait que certains segments d'achat ne soient pas habituellement soumis à de fortes fluctuations des prix ou des coûts ne prémunit pas contre de tels événements qui, lorsqu'ils surviennent, peuvent aussi bien mettre les entreprises titulaires des marchés en difficulté que conduire les acheteurs à payer plus cher.

Il est donc recommandé de prévoir des prix révisibles pour les marchés répondant à des besoins continus ou réguliers et conclus pour une ou plusieurs années, tels que les accords-cadres à bons de commandes ou à marchés subséquents. Pour les marchés conclus à prix fermes, il est recommandé de prévoir un délai d'actualisation du prix inférieur au maximum de trois mois mentionné à l'article R. 2112-11.

2.2. Les clauses relatives à la gestion des délais d'exécution

Dans un contexte de tension sur les approvisionnements, les acheteurs pourraient utilement prévoir dans leurs marchés à venir des clauses exonérant le titulaire de pénalités de retard et prévoyant la prolongation des délais d'exécution en cas de circonstances, échappant à la responsabilité du titulaire et le mettant dans l'impossibilité de respecter les délais contractuels.

2.3. Les clauses relatives aux avances et aux délais de paiement

Afin de faciliter les approvisionnements et le commencement des prestations sans obérer la trésorerie des entreprises, les acheteurs sont également invités à prévoir dans leurs

⁵https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dai/marches_publics/oeap/concertation/autres_groupes_travail/guide-prix-dans-mp.pdf

documents contractuels une avance d'au moins 30 % du montant du marché conformément aux articles R. 2191-7 et R. 2191-8 du code de la commande publique, sans constitution de garantie financière.

Enfin, comme le rappelle la note du Premier ministre, il est essentiel que les délais de paiement soient respectés. Les retards de paiement ont des effets particulièrement négatifs sur les liquidités et la gestion financières des opérateurs économiques et plus particulièrement sur les petites et moyennes entreprises et les entreprises fragilisées par la crise économique. A cet égard, les acheteurs ont toute liberté pour fixer, dans les documents contractuels, des délais de paiement inférieurs au maximum réglementaire.