

# MODIFICATION DES MARCHÉS & HAUSSE DES PRIX - ÉTAT DE DROIT À L'AUTOMNE 2022

PARTAGE PUBLICATION D'OCTOBRE 2022

ARTICLE PARU DANS LA REVUE LEXBASE HEBDO ÉDITION PUBLIQUE

lexbase

Anna Maria SMOLINSKA  
Avocat spécialiste droit public & commande publique

06.73.53.38.36  
smolinska@amsavocat.com

## [Focus] Modification des marchés & hausse des prix – état de droit à l'automne 2022

N2894BZ9



par Anna Maria Smolinska, Avocat spécialiste en droit public et de la commande publique

le 12 Octobre 2022

**Mots clés :** marchés publics • inflation • imprévisibilité • surcoûts • rémunération

**Comment gérer les surcoûts imprévisibles dans les contrats de la commande publique ? Cette question alimente la réflexion et les débats au sein de la doctrine, de l'administration et des juridictions depuis quelques mois, dans un contexte économique très tendu.**

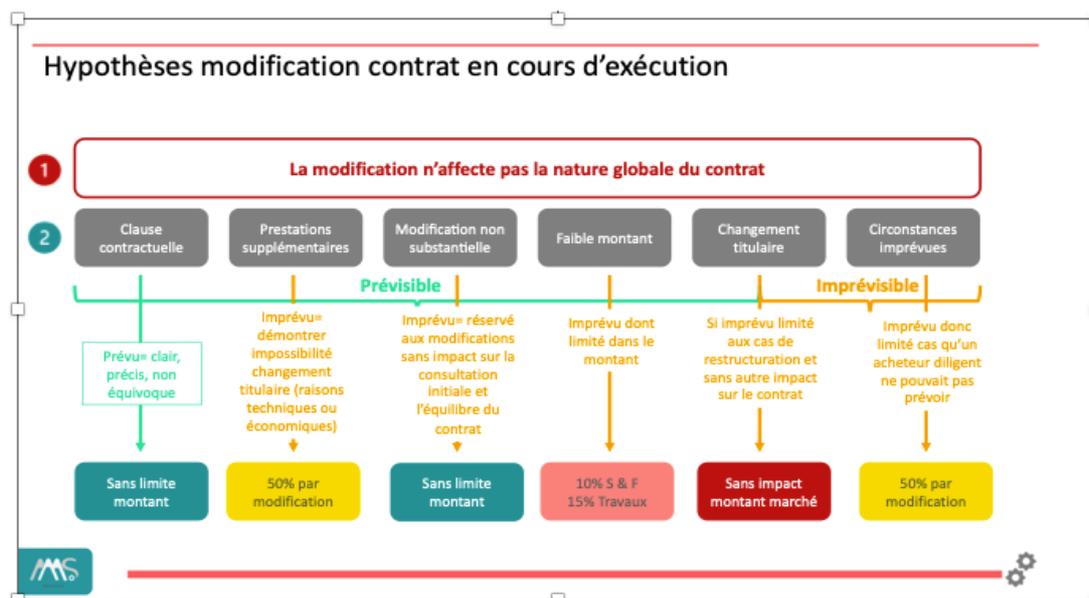
Se sont ainsi succédé deux circulaires du Premier ministre [\[1\]](#), plusieurs publications de la Direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie et, surtout, le très attendu et remarqué avis du Conseil d'État, rendu le 15 septembre 2022.

La commande publique n'est, en effet, pas connue pour sa souplesse et sa capacité d'adaptation en temps de crise. La nécessité d'adapter ce cadre en apportant notamment des dérogations temporaires lors de la crise sanitaire en est l'une des preuves.

Ainsi, pour que les principes fondamentaux de la commande publique qui guident la logique de passation des marchés publics et des concessions ne soient pas méconnus lors de leur exécution, un cadre assez rigide a été posé pour régir la modification des contrats de commande publique en cours d'exécution.

Bien qu'assoupli (concernant les marchés publics) en 2016, ce cadre impose d'une part, que la nature globale du contrat ne soit pas modifiée et, d'autre part, que le fait générateur corresponde à l'une des six hypothèses prévues par le Code de la commande publique (cf. CCP, art. L. 2194-1 [N° Lexbase : L4685LRX](#) et s. pour les marchés publics et L. 3135-1 [N° Lexbase : L7143LQM](#) et s. pour les concessions).

Pour mémoire, schématiquement, ces hypothèses sont les suivantes :



Pour définir la « marge de manoeuvre » des acheteurs soumis au Code de la commande publique, le Conseil d'État a donc tenu compte de ces hypothèses, mais également des dispositions relatives au caractère définitif du prix de celles relatives à la reconduction des marchés.

Après avoir analysé le cadre ainsi posé, le Conseil d'État a clairement distingué deux solutions applicables aux contrats de commande publique face à la hausse des prix : (i) la rémunération et (ii) l'indemnisation.

**En premier lieu, s'agissant de la rémunération complémentaire**, le juge administratif a considéré que rien ne s'oppose à la possibilité de modifier les clauses financières

d'un contrat de commande publique ou celles relatives à sa durée, si ces modifications s'inscrivent dans le cadre précédemment identifié, alors même que la modification serait « sèche », c'est-à-dire limitée à ces seules clauses.

Il n'est pas surprenant que seules deux hypothèses prévues par le Code de la commande publique puissent accueillir une telle démarche : les circonstances imprévisibles et les modifications dites « de faible montant ».

**Le premier des fondements autorisés permet d'opérer des modifications du contrat, en les conditionnant uniquement à leur caractère imprévisible.** Sur ce point la

Haute juridiction formule deux rappels utiles mais qui ne sont pas nouveaux : ce qui doit être imprévisible, c'est soit l'évènement, soit ses conséquences financières.

De même, le rappel de « liberté contractuelle [qui] c'est n'pas sans limite » fait écho à une approche classique qui peut, en réalité, constituer assez rapidement un obstacle à la prétendue souplesse introduite par cet avis.

En effet, il ne faut pas oublier que le juge administratif tient toujours compte, lorsqu'il vérifié le caractère extérieur et imprévisible d'un évènement, de la réaction des parties face à cet évènement [3].

Enfin, l'appel, presque solennel, à respecter l'égalité devant les charges publiques, le bon usage des deniers publics et l'interdiction des libéralités est empreint d'un grand clarissime.

De bon sens, cette rédaction laisse cependant perplexe alors même que le Conseil d'État relève lui-même les difficultés pratiques d'application de ce régime : dès lors, si on peut espérer que chaque acheteur arrêtera et appliquera une « politique » homogène pour l'ensemble de ses contrats, des traitements différenciés selon certainement appliqués par différents acheteurs, créant ainsi une rupture d'égalité, d'autant que, comme souligné à juste titre, il n'existe pas de « droit à l'avenant ».

La position du Conseil d'État n'a ici de nouveauté que l'affirmation claire de la possibilité de modification « sèche » des clauses financières. Pour le reste, elle demeure assez classique et on peut regretter que le juge ne se soit pas saisi de cette consultation par le gouvernement pour définir ce qu'est la « nature globale » du contrat qui, comme il le rappelle, ne doit toujours pas être changée.

**Le second fondement qui permettrait la modification sèche des clauses financières serait celui des modifications dites de « faible montant ».** On peut considérer qu'il sera aussi assez peu opérationnel.

En effet, les « réserves » prévues par les articles R. 2194-8 [N° Lexbase : L4663LR7](#) et R. 3135-8 [N° Lexbase : L4074LRC](#) du Code de la commande publique sont trop peu élevées pour pouvoir absorber les situations véritablement critiques et alors même que ces modifications ne doivent pas compenser l'aléa « normal » du contrat initial.

Sans surprise, **le Conseil d'État semble écarter l'hypothèse des modifications dites « non substantielles »**, alors même qu'il a décidé de ne pas s'embarasser de la jurisprudence de la Cour de justice antérieure aux directives de 2014 et notamment la jurisprudence « Presstext » ayant posé le cadre des modifications dites « non-substantielles » [\[4\]](#).

En tout état de cause, l'esprit de cette jurisprudence semble respecté. En effet, si dans les conclusions de l'avocat général il a été admis que « toute modification, même mineure, des stipulations contractuelles relatives à la rémunération ne doit pas nécessairement être considérée comme une modification substantielle », une modification sèche du prix l'est nécessairement.

On comprend donc aisément que la juridiction administrative ne conseille pas aux acheteurs de recourir à ce fondement juridique pour se soustraire à la limite de 50% du montant initial du contrat, applicable en cas de modification fondée sur les circonstances imprévisibles.

Ni le Conseil d'État ni, tirant des conséquences de son avis, la DAJ de Bercy ou la Première Ministre, n'ont rappelé le **régime particulièrement souple des modifications fondées sur une clause contractuelle prévues dans les documents contractuels initiaux « sous la forme de clauses de réexamen ou d'options claires, précises et sans équivoque »** (CCP, art. R. 2194-1 [N° Lexbase : L4270LRL](#) et R. 3135-1 [N° Lexbase : L3654LRR](#)).

S'il est trop tard pour les contrats déjà en cours, l'utilisation de telles clauses doit être envisagée par les acheteurs pour leurs contrats à venir pour faire face à des situations de crise qui, selon les prévisions peut optimistes mais assez réalistes, vont se multiplier, même si on ne peut « prévoir l'imprévisible ».

**En second lieu, s'agissant de l'indemnisation sur la base de la théorie de l'imprévision**, le juge administratif n'apporte pas de nouveau regard sur le fond. Les principes affirmés dans l'avis sont donc, là encore, bien connus :

- seul le titulaire qui continue à remplir ses obligations malgré le déficit d'exploitation subi peut solliciter le bénéfice d'une indemnisation sur ce fondement ;

- et l'indemnité doit être provisoire.

Le point fort de l'avis, davantage « juridique » qu' « opérationnel » consiste en la distinction tranchée entre les modifications en cours d'exécution – relevant d'un fondement contractuel – et le droit à indemnisation – relevant d'un fondement extracontractuel – et sa conséquence : l'indemnisation obtenue sur le fondement de la théorie de l'imprévision, même si elle fait l'objet d'un accord entre les parties, ne constituerait pas une modification du contrat en cours

Par ce seul point, le Conseil d'État donne aux acheteurs désireux d'adopter une posture bienveillante vis-à-vis de ses co-contractants, une clef permettant d'échapper au cadre strict des modifications des contrats de commande publique en cours d'exécution et qu'il continue lui-même à interpréter strictement.

Il n'est pas certain que cette prise de position résiste à l'épreuve d'un contentieux porté devant le juge de l'Union européenne.

Mail : [smolinska@amsavocat.com](mailto:smolinska@amsavocat.com)

Site [AMS Avocat](#)

[1] Circulaire n° 6338/SG du 30 mars 2022 [N° Lexbase : L9187MCA](#), puis circulaire n° 6374/SG du 29 septembre 2022 [N° Lexbase : L5183MEP](#).

[2] CE 5°-6° ch.-r., 15 septembre 2022, n° 463612, mentionné aux tables du recueil Lebon [N° Lexbase : A24098I3](#).

[3] Cf. par exemple CE, 17 juin 1981, n° 07246 [N° Lexbase : A1868B8P](#) ; cf. aussi la lecture de cet arrêt dans les Conclusions G. Pélissier sur CE 21 octobre 2019, n° 419155 [N° Lexbase : A9739ZR7](#).

[4] C'est-à-dire qui introduisent des conditions qui aurait pu aboutir, si elles avaient été connues dès la passation du marché, à un résultat de la mise en concurrence différent (cf. CJUE, 19 juin 2008, aff. C-454/06, *Pressetext LXB=A2000D9X*).

© *Reproduction interdite, sauf autorisation écrite préalable*