FACE AU CONTEXTE INFLATIONNISTE, QUELLES SOLUTIONS LES MAIRES PEUVENT-ILS ADOPTER VIS-À-VIS DE LEURS COCONTRACTANTS ?

Face au contexte inflationniste d'ampleur inédite et à la crise exceptionnelle que traversent certains contrats publics, le Cabinet Symchowicz-Weissberg & Associés explore les solutions que les maires peuvent adopter vis-à-vis de leurs cocontractants.

1.- Première solution : la modification du contrat

Face à la situation de crise, le ministre de l'Économie a saisi le Conseil d'État qui, le 15 septembre 2022, a rendu son avis[1] ***« relatif aux possibilités de modification du prix ou des tarifs des contrats de la commande publique et aux conditions d'application de la théorie de l'imprévision »***. Cet avis confère une marge de manœuvre aux parties en ouvrant un large périmètre de modification contractuelle et en recensant plusieurs fondements juridiques utilisables.

1.1.- Un large périmètre de modifications envisageables qui restent une faculté pour l'administration

Le Conseil d'État valide la modification « sèche » des conditions financières, en indiquant que ***« rien n'empêche que les modifications des marchés et contrats de concession portent uniquement, en vue de compenser les surcoûts que le titulaire ou le concessionnaire subit du fait de circonstances imprévisibles, sur les prix ou les tarifs prévus au contrat ainsi que sur les modalités de leur détermination ou de leur évolution »***. Il en est de même concernant la durée du contrat puisque des prolongations *« sans nouvelle procédure de mise en concurrence, sont possibles si elles peuvent être regardées [...] comme des modifications rendues nécessaires par des circonstances imprévisibles ou des modifications non substantielles ou de faible montant »*.

Le Conseil d'État indique que ***« s'il est toujours loisible à l'entrepreneur, en cas de circonstances imprévisibles bouleversant l'économie du contrat, de présenter à l'autorité contractante une demande de modification des clauses financières du contrat, il n'a pas de droit à obtenir la révision de ces clauses »***.

1.2.- Les fondements non invocables ou d'une portée limitée : la clause de réexamen, les modifications non substantielles ou de faible montant

Les articles R. 2194-1 et R. 3135-1 du code de la commande publique prévoient la possibilité d'insérer dans le contrat des ***« clauses de réexamen ou d'options claires, précises et sans équivoque »*** pour modifier le contrat, et ce *« quel que soit leur montant »*. Mais encore faut-il qu'elles indiquent *« le champ d'application et la nature des modifications ou options envisageables, ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage »*. En réalité, si beaucoup de contrats contiennent des clauses de revoyure ou de réexamen, celles-ci s'avèrent en général insuffisamment précises pour sécuriser juridiquement une modification contractuelle d'ampleur. Même si un examen de chaque contrat s'impose pour y déceler de telles clauses.

Enfin, en ce qui concerne les modifications de faible montant[2], le Conseil d'État indique que ***« les parties sont libres de procéder, si elles le souhaitent d'un commun accord, à la compensation de toute perte subie par le cocontractant même si cette perte ne suffit pas à caractériser une dégradation significative de l'équilibre économique du contrat initial »***. Nul besoin de démontrer

1. https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/execution-marches/avisCE-numero405540.pdf?v=1663844107

2. C'est-à-dire dont le montant de la modification est inférieur aux seuils européens et à 10 % du montant du marché initial pour les marchés de services et de fournitures ou à 15 % du montant du marché initial pour les marchés de travaux, ou à 10 % du montant du contrat de concession initial.

une circonstance imprévisible ou un bouleversement de l'économie du contrat. Il incombe cependant à la commune de s'assurer, compte tenu de ses besoins propres, de la nécessité de telles modifications et d'éviter que, malgré leur faible montant, elles aient pour effet de compenser, même partiellement, la part de l'aggravation des charges qui n'excède pas celle que les parties avaient prévu ou auraient dû raisonnablement prévoir.

1.3.- Les modifications potentiellement conséquentes pour « circonstances imprévues »

Les articles R. 2194-5 et R. 3135-5 du code de la commande publique autorisent une modification rendue nécessaire par des circonstances qu'une autorité concédante diligente (ou un acheteur diligent) ne pouvait pas prévoir. De telles modifications sont potentiellement importantes puisque ne doivent pas, d'une part, dépasser le plafond, apprécié pour chaque modification, de 50 % du montant du contrat initial et, d'autre part, changer la nature globale du contrat. Cette double limite laisse tout de même une marge de manœuvre importante pour les parties au contrat, qui doivent encore respecter deux conditions :

1. La présence d'une circonstance imprévisible pour les parties dans son principe et/ou dans son ampleur au moment où le contrat a été passé. En outre, les parties ne doivent pas avoir contribué, en tout ou partie, à la survenance de l'évènement ou à l'aggravation de ses conséquences. Il faudra vérifier, au cas par cas, si la hausse était prévisible dans son principe ou dans son ampleur : puisqu'une augmentation des prix est par définition envisageable. C'est cette deuxième hypothèse qui risque de se rencontrer fréquemment.

2. La limitation de la modification à ce qui est rendu nécessaire pour faire face aux circonstances imprévisibles. Sur ce point, le Conseil d'État précise que ces dispositions ne doivent pas avoir pour objet ou effet ***« d'assurer au cocontractant la couverture des risques dont il a tenu compte ou aurait dû tenir compte dans ses prévisions initiales et qu'il doit en conséquence supporter.*** *Par suite, la modification du contrat n'est possible que si l'augmentation des dépenses exposées par l'opérateur économique ou la diminution de ses recettes imputables à ces circonstances nouvelles ont dépassé les limites ayant pu être envisagées par les parties lors de la passation du contrat ».* Les parties doivent donc s'assurer que la modification s'avère non seulement nécessaire dans son principe, mais surtout strictement proportionnée aux surcoûts subis par le cocontractant. **Des justificatifs et calculs incontestables seront donc incontournables.**

2.- Deuxième solution : l'indemnité temporaire d'imprévision

Une autre voie est envisageable pour la commune : verser une indemnité dite « d'imprévision » qui n'est pas analysée comme une modification du contrat mais doit respecter un régime spécifique.

2.1.- Une indemnité d'imprévision ne constitue pas une modification du contrat

Les parties peuvent conclure une convention d'indemnisation[3] dont le seul objet est de compenser les charges extracontractuelles subies par l'entreprise en lui attribuant une indemnité afin qu'elle poursuive l'exécution du contrat. Le Conseil d'État souligne que *« cette convention d'indemnisation, de même d'ailleurs qu'une décision unilatérale de l'autorité administrative fournissant une aide financière pour pourvoir aux dépenses extracontractuelles afférentes à la période d'imprévision [...], ne peut être regardée comme une modification d'un marché ou d'un contrat de concession »* au sens des dispositions du code de la commande publique. L'indemnité d'imprévision constitue donc une voie alternative à celle des modifications contractuelles, et n'est pas soumise aux mêmes conditions et limites que celles-ci.

2.2.- Le nécessaire respect du régime spécifique de l'imprévision

L'imprévision suppose la réunion de trois conditions d'origine jurisprudentielle, désormais reprise à l'article L.6 du code de la commande publique :

1. L'extériorité : l'événement considéré n'a pas été causé par les parties au contrat ;

2. L'imprévisibilité : la survenance, l'ampleur ou les conséquences de l'événement étaient imprévisibles ;

3. L'événement doit avoir généré **un bouleversement de l'économie générale du contrat**.

3. CE, 17 janvier 1951, Hospices de Montpellier n°97613/

© Shutterstock.com

> Les voies qui s'ouvrent aux maires pour faire face à la crise exceptionnelle que traversent les contrats publics sont les modifications du contrat et la conclusion d'une convention d'indemnisation dite « d'imprévision ».

Cette théorie demeure cependant rarement admise en jurisprudence car chacune des trois conditions doivent être réunies. On peut tout de même relever un arrêt récent, concernant un contrat de production d'eau potable où il est apparu que la source d'approvisionnement d'eau prévue initialement ayant subi une forte pollution, le prestataire devait se fournir à d'autres sources plus lointaines[4].

Dans cette affaire, la poursuite de l'exploitation n'était pas impossible, mais était rendue seulement irréalisable dans les conditions économiques ayant présidé à la conclusion du contrat. En effet, la société, qui a continué à assurer le service public, a dû vendre l'eau trois fois moins cher que son coût d'approvisionnement. Ce coût d'achat ayant largement dépassé les limites extrêmes des majorations qu'un acteur économique normalement raisonnable aurait pu prévoir, et la commune ayant refusé d'augmenter les tarifs prévus au contrat, la société n'aurait pu, selon les conclusions du Commissaire du Gouvernement Bergeal, être tenue d'assurer un service qui a cessé d'être viable.

Le Conseil d'État souligne à cet égard une différence entre les titulaires des marchés publics qui pourraient revendiquer plus facilement un droit indemnitaire, et les concessionnaires. Pour ces derniers, *« il y a lieu de prendre en considération la part non négligeable de risque de pertes qu'il accepte de courir en contractant et que l'interprétation du contrat de concession conduit à laisser à sa charge. Le concessionnaire peut être réputé avoir accepté, par principe, un dépassement du prix limite de revient plus élevé que le titulaire d'un marché public, sous réserve des clauses du contrat et de la part de risque qu'elles laissent effectivement à sa charge »*. Mais pour les concessionnaires, la direction des affaires juridiques semble retenir une interprétation plutôt « constructive » de l'avis en retenant que, pour les contrats de concession, *« il convient de se référer aux clauses du contrat pour déterminer le seuil en deçà duquel l'équilibre peut être bouleversé »*.

Lorsque ces conditions sont réunies, et si l'entreprise a continué d'exécuter ses obligations contractuelles, alors le concessionnaire a droit à une indemnité versée par la commune. Néanmoins, cette indemnité ne couvre pas le manque-à-gagner, et ne couvre qu'une partie du déficit, souvent de l'ordre de 90 % qui ne peut être que temporaire.

Enfin, contrairement aux modifications du contrat, la perception d'une indemnité dite « d'imprévision » constitue un droit au profit du titulaire qui peut saisir le juge administratif en l'absence d'accord avec l'administration sur le principe et/ou sur l'objet et le montant d'une modification du contrat, sur une indemnité conventionnelle ou sur une combinaison de ces deux solutions pour compenser les pertes anormales.

En conclusion, les voies qui s'ouvrent aux maires pour faire face à la crise exceptionnelle que traversent les contrats publics sont la modification du contrat et la conclusion d'une convention d'indemnisation dite « d'imprévision ».

> "Il convient de se référer aux clauses du contrat pour déterminer le seuil en deça duquel l'équilibre peut être bouleversé"

Ces deux voies, distinctes, peuvent cependant s'avérer complémentaires dans le cas où une modification du contrat n'a pas été de nature à résorber la totalité du préjudice d'imprévision subi par le titulaire. Elles devront s'appuyer sur des justificatifs et calculs incontestables car la commune doit s'attacher au respect des principes généraux d'égalité devant les charges publiques, de bon usage des deniers publics et d'interdiction des libéralités. ■

4. CE 14 juin 2000, Commune de Staffelden, Rec. p. 227, BJCP 2000/13, p. 434, concl. C. Bergeal.

EXPLOSION DES COÛTS POUR UNE ENTREPRISE TITULAIRE D'UN CONTRAT PUBLIC : QUELS LEVIERS JURIDIQUES POUR LES MAIRES ?

La fermeture simultanée des équipements publics comme les piscines a bouleversé le monde des contrats publics et a amené les élus à s'interroger sur les outils à leur disposition pour faire face à une telle situation.

© Shutterstock.com

La nécessaire continuité des projets et du service public

L'entreprise titulaire du contrat pourrait, en raison de l'explosion de ses coûts, être tentée de menacer d'abandonner le chantier ou de fermer l'équipement qu'il exploite. C'est la posture retenue il y a quelques semaines par un exploitant de centres aquatiques, qui a défrayé la chronique. Face à cette attitude radicale, qui met en péril la continuité du service public, les communes ne sont pas démunies, loin de là. En effet, il est interdit aux cocontractants de l'administration de cesser d'exécuter leurs obligations contractuelles, sauf cas de force majeure, c'est-à-dire **uniquement en présence d'un fait imprévisible, irrésistible et extérieur aux parties empêchant la poursuite du contrat,** conditions que ne paraît pas remplir la hausse des prix dans le cas présent.

Premièrement, il est possible **d'appliquer les pénalités,** à condition toutefois que le contrat prévoit bien une sanction pour le manquement **et/ou** de procéder à la résiliation, aux frais et risques du titulaire (également appelée déchéance en concession) si le manquement est qualifiable de faute grave et que ce dernier ne remédie pas à la situation malgré la mise en demeure de la commune.

Deuxièmement, il est possible de **faire exécuter le contrat aux frais et risques du titulaire**, le Conseil d'État ayant jugé que cette faculté résulte des *« règles générales applicables aux contrats administratifs »* et existe même dans le silence du contrat[1]. Et, corollaire de cette faculté, le juge admet la conclusion d'une concession provisoire afin de substituer une entreprise tierce au concessionnaire défaillant, pour assurer la continuité du service public dans l'attente du renouvellement de la concession.

Troisièmement, sur le fondement de l'article L. 521-3 du code de justice administrative, la commune peut introduire un **référé mesures-utiles** à l'encontre de son cocontractant défaillant pour le contraindre à s'acquitter de ses obligations contractuelles, au besoin sous astreinte[2].

Une attitude jusqu'au-boutiste peut engendrer une réponse cinglante, situation qu'il est préférable d'éviter afin de privilégier un dialogue entre les parties. ■

1. CE, 14 février 2017, Société Sea Invest Bordeaux, req. n° 405157

2. CE, 28 novembre 1980, Sté d'exploitation des sous-produits des abattoirs, Lebon p. 452 ; CE, 3 juillet 2002, Cne de Beauregard de Terrasson, req. n°245236.