

# CRISE DES MATIERES PREMIERES ET CRISE DE L'ÉNERGIE

Quelles mesures pour les marchés publics  
et les délégations de service public ?



Intervention de **Maître Nicolas CHARREL**



Mercredi 12 octobre 2022



## Maître Nicolas CHARREL

### Avocat associé – Président de la SELAS CHARREL & Associés – Médiateur (D.U. IFOMENE) auprès des juridictions administratives et judiciaires

Avocat fondateur du Cabinet Charrel & Associés, Nicolas Charrel intervient de manière transversale dans la plupart des domaines du droit public des affaires et des institutions publiques. Il bénéficie d'une forte expérience de terrain, à l'écoute des services, des opérationnels et des élus, grâce à son expérience.

Il dispose une forte expérience dans le domaine de la construction publique d'équipements d'infrastructure et de superstructure comme en matière d'aménagement, garantissant les maîtres d'ouvrage d'une réelle capacité d'anticipation des difficultés qui se rencontrent à toutes les étapes de l'opération.

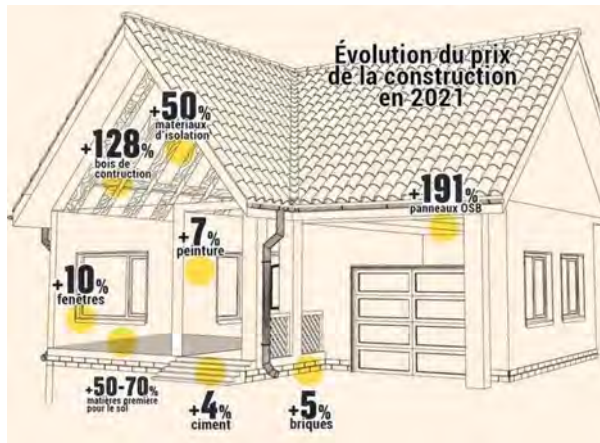
Auteur de nombreux ouvrages dans le domaine de la commande publique (notamment **Code de la commande publique commenté et annoté**, **CCAG-Travaux commenté et annoté**, **CCAG-PI, TCI et MI commenté et annoté** aux Éditions du Moniteur), son expérience de 30 ans dans l'assistance juridique et le contentieux lui permet d'assurer une véritable ingénierie juridique dans la conduite des projets, une capacité d'appréhender la dimension risk management pour les décisions à prendre, de définir la stratégie en cas de contentieux et d'assurer la défense et la représentation devant toutes les juridictions pouvant être saisies.

Médiateur auprès des juridictions administratives et judiciaires, formé à la négociation raisonnée, il œuvre permettre aux parties de trouver des accords dans le cadre de négociations structurées ou pour favoriser la résolution amiable des litiges entre les parties en particulier dans les dossiers complexes de construction.



# Le contexte en quelques chiffres

## DÉJÀ EN 2021



- Augmentation des délais d'approvisionnement et des quantités disponibles
- Hausse des coûts
- Suspension de certains chantiers
- Demandes d'indemnisation pour activité partielle

## ET AUJOURD'HUI?

Dans un contexte où, déjà en 2021, les prix et la disponibilité des matériaux étaient déjà en grande tension du fait de la crise sanitaire, la guerre en Ukraine bouscule les marchés en 2022 :

- Accroissement des difficultés d'accès aux matières premières et augmentation de leur prix : inflation de l'acier (142% sur 15 mois, incidence de 35% sur le prix de revient et rupture réelle), du bitume (40 à 50%), terre cuite très dépendante du gaz, aluminium qui se profile, carrelage (du fait du Kaolin provenant majoritairement d'Ukraine), bois...
- Explosion continue du prix de l'énergie

Peinture : +10 à 15 %  
Carrelage : +20 %  
Plâtre : +22 %  
Du côté des matériaux  
Zinc + 22 %  
Aluminium : + 61 %  
Matériaux mousse : + 48 %  
Ferraille +30 %  
Acier : +57 %  
Cuivre : +51 %,  
Bois brut : +48 %,  
PVC : + 112 %  
Carton + 12 %  
(source : studio d'architecte et de rénovations, Heme, cité par I. Koné – Gras Savoye)

**Le sujet le plus bloquant demeure l'acier** : «il n'y a pas d'engagement sur les prix de la part des fournisseurs et les entreprises sont dans l'incertitude la plus totale. Or, que votre projet soit en bois ou en béton, vous aurez **toujours besoin d'acier.**» Dès lors, l'ouverture des offres est devenue un moment douloureux. Comme pour [cet architecte nordiste qui, pour un lot de charpente métallique à un million d'euros, a reçu une seule réponse](#) à 1 950 000 € ! (M. Mounaud, Economiste, MTP du 04/04/2022).



# La crise actuelle est :

## → **Systemique**

Par ce et ceux qu'elle touche (les acheteurs publics, les entreprises mais également les consommateurs / conséquences sur les marchés sont multiples (problématiques « délais », financières, voire de poursuite du projet)

## → **Globale**

(tous les pays et l'ensemble de la supply chain sont globalement touchés)

## → **Exceptionnelle et peut-être durable**

elle dépasse les crises connues auparavant / Circonstances inédites : les marchés n'ont pas été conçus pour répondre à une telle situation et les règles « classiques » d'exécution des marchés publics peuvent ne pas s'avérer adéquates.



**Il convient donc d'imaginer les solutions**

- **co-construites (MOP, MOE, entreprises)**
- **avec l'aide des outils juridiques dont on dispose,**
- **voire en dépassant les concepts habituels,**
- **ainsi que les moyens de parvenir à un accord entre les parties.**

Quels sont les  
outils  
d'ingénierie  
juridique  
mobilisables ?



CHARRELLASSOCIÉS  
AVOCATS



[Avis du Conseil d'Etat du 15/09/2022 n° 405540 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](#)



DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES

[Fiche technique de la DAJ sur les possibilités offertes par le droit de la commande publique de modifier les conditions financières et la durée des contrats de la commande publique pour faire face à des circonstances imprévisibles et articulation avec l'imprévision](#)



**PREMIÈRE  
MINISTRE**

*Liberté  
Égalité  
Fraternité*

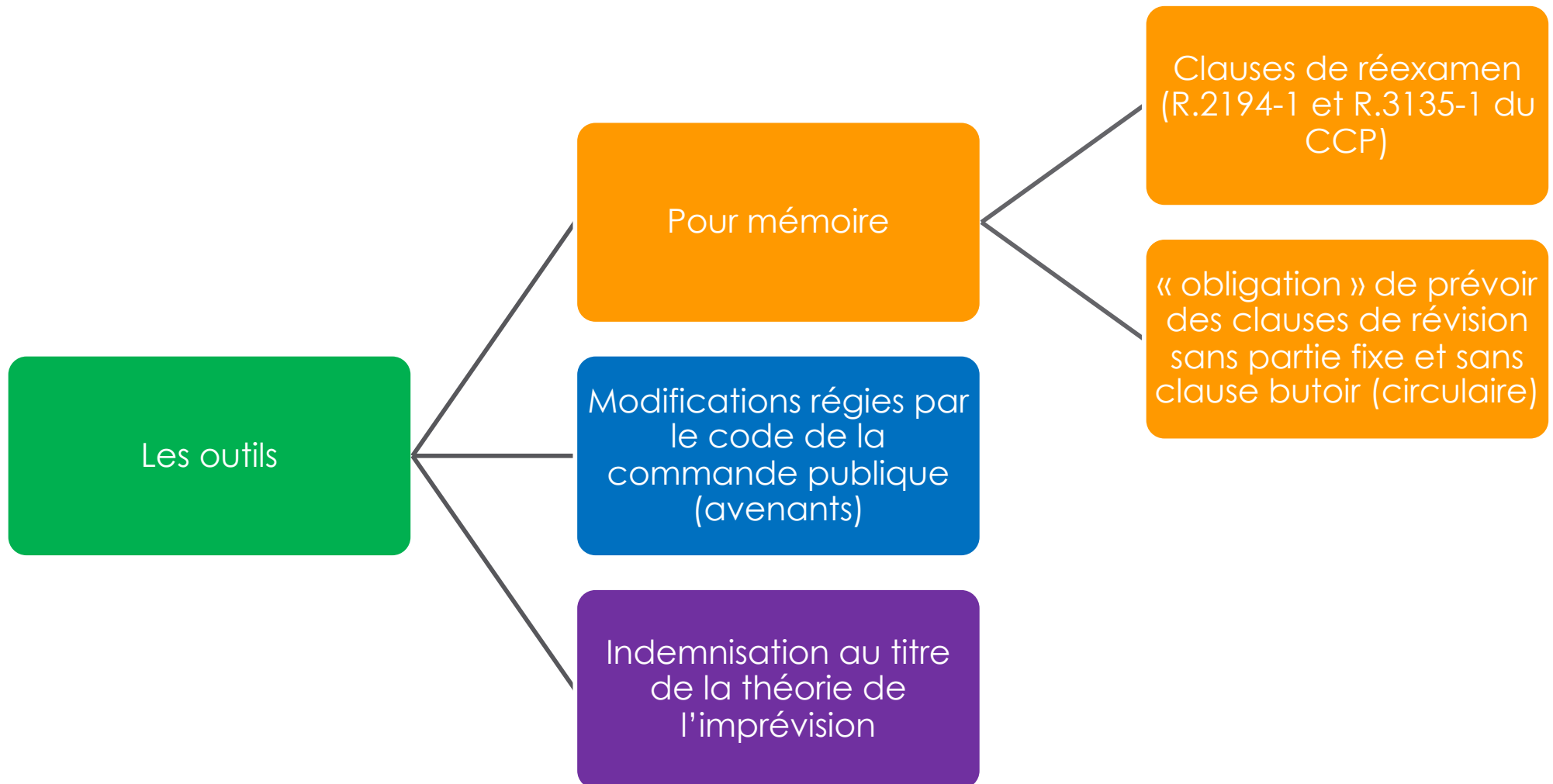
[Circulaire relative à l'exécution des contrats de la commande publique dans le contexte actuel de hausse des prix de certaines matières premières et abrogeant la circulaire n° 6338/SG du 30 mars 2022.](#)



**CHARRELLASSOCIÉS**  
AVOCATS

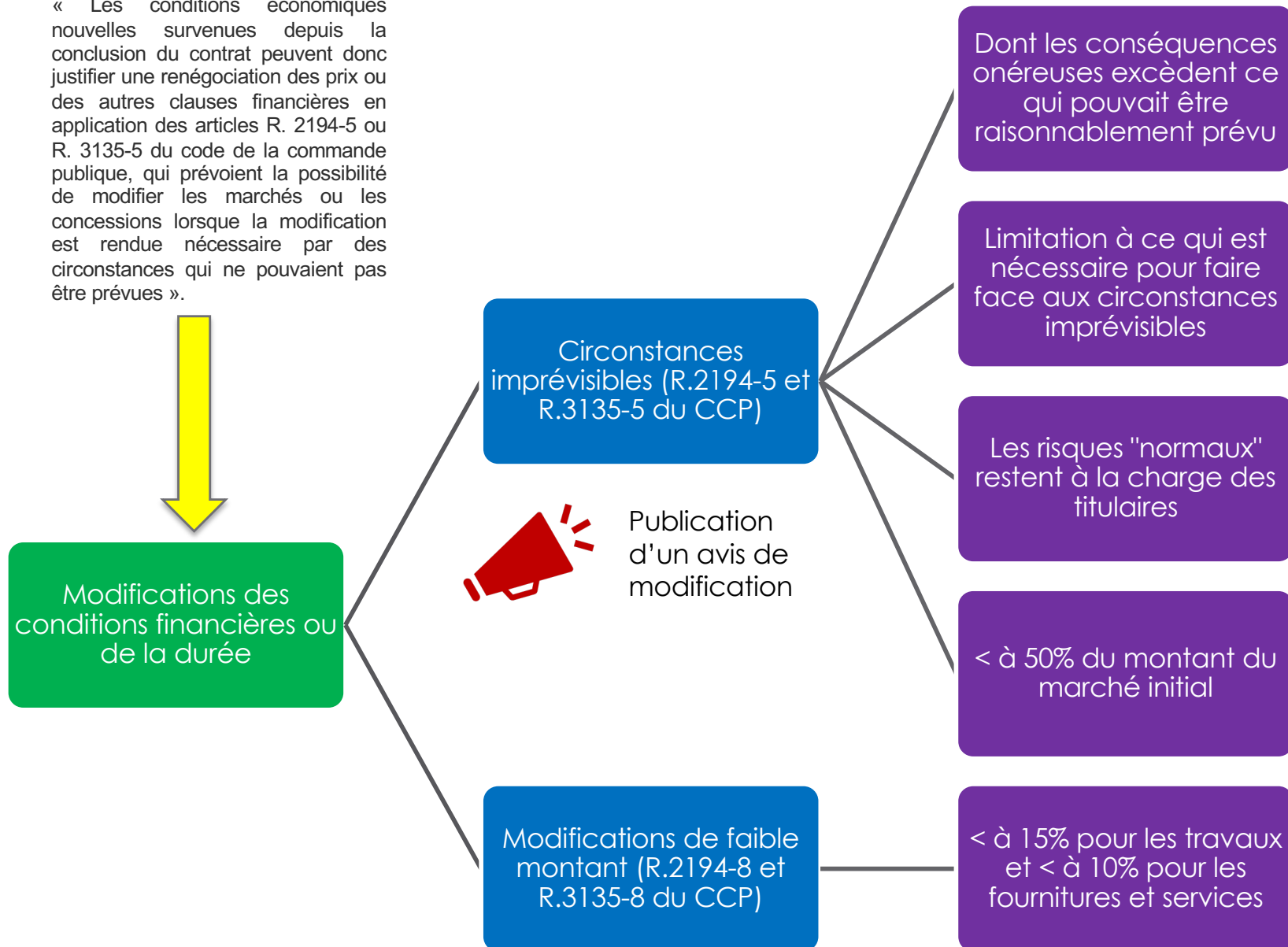


# Quelles sont les possibilités offertes par le droit de la commande publique pour modifier les conditions financières et la durée des contrats pour faire face à des circonstances imprévisibles ?

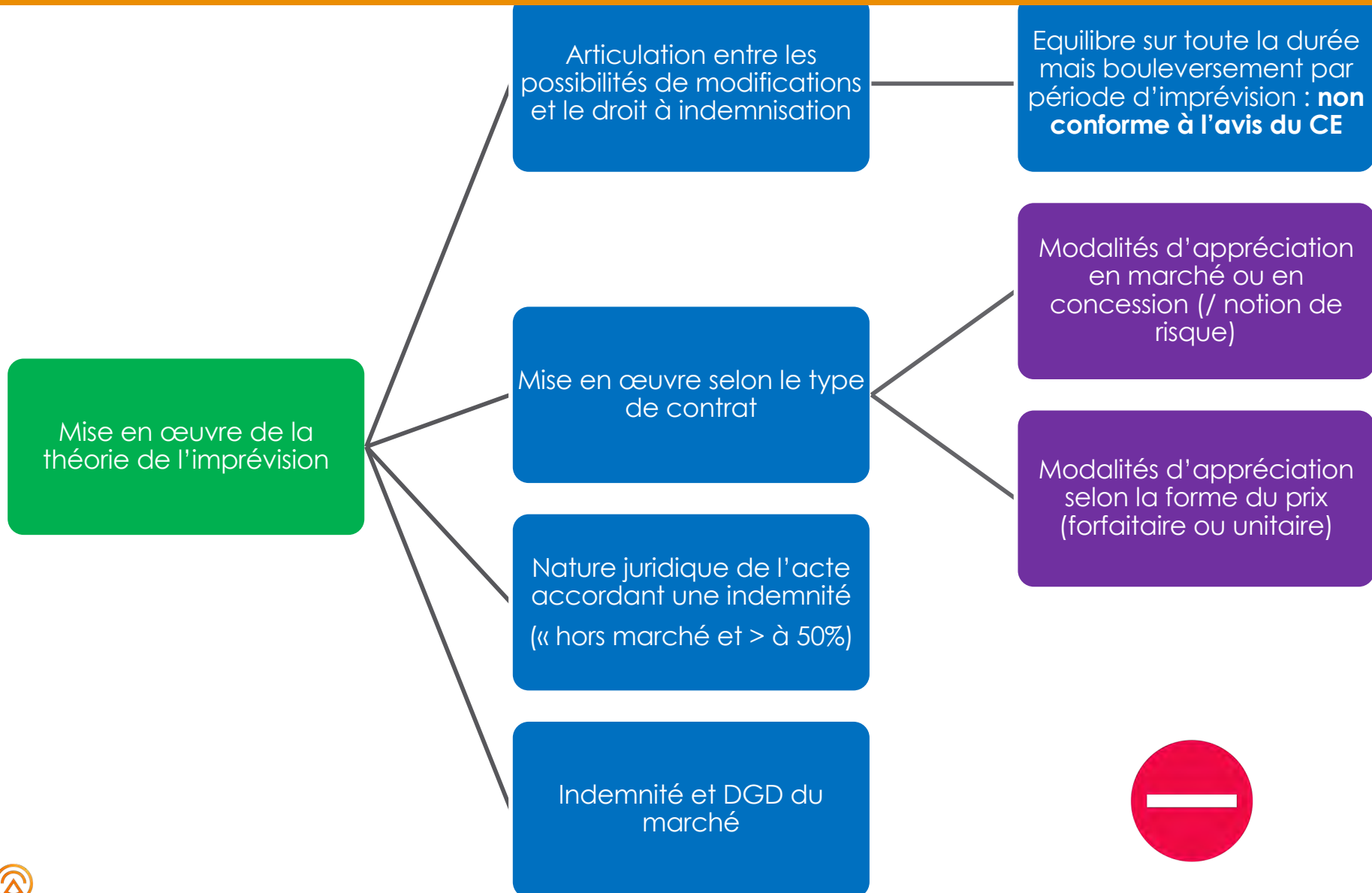


# Les parties peuvent convenir de conclure un avenant

« Les conditions économiques nouvelles survenues depuis la conclusion du contrat peuvent donc justifier une renégociation des prix ou des autres clauses financières en application des articles R. 2194-5 ou R. 3135-5 du code de la commande publique, qui prévoient la possibilité de modifier les marchés ou les concessions lorsque la modification est rendue nécessaire par des circonstances qui ne pouvaient pas être prévues ».



# Les parties peuvent convenir de conclure une convention financière d'indemnisation de l'imprévision



# La théorie de l'imprévision

## Textes :

Fondement dans les marchés publics : art. L.6-3° du CCP  
« Lorsque survient un événement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat, le cocontractant, qui en poursuit l'exécution, a droit à une indemnité », transposant la jurisprudence CE, 30 mars 1916 « Gaz de Bordeaux »)

CCAG-Travaux 2021:  
art.9- Contenu et caractère des prix

DAJ, fiche technique « [Les marchés publics confrontés à la flambée des prix et aux risques de pénurie des matières premières](#) » (29/07/2021)

Fondement dans les marchés privés : art. 1195 du code civil (issu de la réforme de 2016)



Au-delà des deux premières conditions, il faut rappeler que la troisième condition liée au bouleversement de l'économie générale du contrat doit être clairement démontrée par le cocontractant qui s'en prévaut. 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) ». Sur ce point, la jurisprudence en particulier judiciaire pour les marchés de travaux, retient un seuil d'approximativement 25% du montant du marché éventuellement augmenté par des avenants antérieurs. La doctrine administrative a pu retenir le seuil de 10% (ex : circ. 20/11/1974 et Circulaire Castex).

(ex : CAA Bordeaux, 26 avril 2018, Département des Landes, 15BX02295 (**Indemnisation de l'imprévision concernant l'augmentation des prix de l'acier** – Augmentation du coût des aciers après la notification différée du marché constituant un aléa du contrat devant rester à la charge du cocontractant et ne pouvant dès lors motiver l'allocation d'une indemnité au titre de l'imprévision que si, nonobstant l'application de la clause de révision des prix, l'économie du marché s'est trouvée bouleversée – Augmentation du coût des aciers significative mais n'ayant que très partiellement influencé l'indice de révision du prix du contrat, ce que la société ne pouvait ignorer, conduisant à un surcoût estimé par le titulaire à 466 638 euros hors taxes pour un marché, après signature de l'avenant n° 1, de 6 267 415 euros hors taxes, soit 7,4 % du montant du marché – Absence de bouleversement de l'économie du contrat )

# En synthèse

## POUR LES MARCHÉS EN COURS D'EXÉCUTION

### Modification du contrat

- Possibilité de modifier le contrat sur le fondement des articles du CCP portant sur la modification des contrats : prix, périmètre des prestations ou adaptation les conditions d'exécution, si elles sont indispensables pour faire face aux circonstances imprévues

### Imprévision

Droit à indemnisation en cas de théorie de l'imprévision : convention financière et reste à charge des entreprises

### Délais d'exécution et pénalités

Rappel de la possibilité d'aménager les délais et de renoncer aux pénalités

## POUR LES MARCHÉS À PASSER

### Actualisation et révision des prix

- Obligation de conclure les marchés à prix révisables en cas d'exposition aux aléas (R.2112-13 du CCP).
- Actualisation du prix pour les marchés conclus à prix ferme si un délai de plus de 3 mois s'écoule entre l'offre et le début d'exécution

### Clauses relatives à la gestion des délais d'exécution

- Les acheteurs peuvent prévoir dans leurs marchés à venir des clauses exonérant le titulaire de pénalités de retard et prévoyant la prolongation des délais en cas de circonstances échappant à la responsabilité du titulaire et l'empêchant de respecter les délais

### Avances et délais de paiement

- Invitation des acheteurs à prévoir une avance d'au moins 30% sans constitution de garantie financière.
- Respect des délais de paiement voir fixation de délai de paiement inférieurs au minimum réglementaire

# Circulaires Castex du 30 mars 2022 / Borne du 29 septembre 2022

## **MODIFICATION DES CONTRATS : UTILISATION IMPOSSIBLE POUR MODIFIER LE PRIX S'IL N'Y A PAS DE MODIFICATION DU PÉRIMÈTRE OU CONDITIONS D'EXÉCUTION (CASTEX) PUIS FINALEMENT POSSIBLE (BORNE) SUITE À L'AVIS DU CONSEIL D'ÉTAT**

La pénurie des matières premières et la hausse des prix des approvisionnements peuvent rendre nécessaire une modification de leurs spécifications : substitution de matériau, modification des quantités, modification du périmètre des prestations, aménagement des conditions et délais de réalisation.

Utilisation possible de l'article R.2194-5 du CCP mais fermeture de la possibilité d'utiliser ces dispositions pour modifier par voie d'avenant les clauses fixant le prix lors cette modification du prix n'est pas liée à une modification du périmètre, des spécifications ou des conditions d'exécution du contrat (Castex) – Suite à l'avis du Conseil d'Etat, modification sèche du prix sous certaines conditions

## **THÉORIE DE L'IMPRÉVISION : PAS D'AVENANT MAIS UNE INDEMNITÉ QUI PEUT ÊTRE PROVISIONNELLE ET FAISANT L'OBJET D'UNE CONVENTION LIÉE AU CONTRAT AVEC CLAUSE DE RENDEZ-VOUS**

Le droit à indemnité peut être reconnu lorsque, même après application des clauses contractuelles de révision, l'économie du contrat est bouleversée. Le bouleversement doit être apprécié au cas par cas en tenant compte des spécificités du secteur économique et des justifications apportées par l'entreprise sur son prix de revient, sa marge bénéficiaire et les débours du marché, mais globalement 1/15ème (soit 6,67%). La perte ne peut être supportée par l'Administration seule (10%). Invitation à verser l'indemnité le plus possible du moment du bouleversement avec possibilité d'indemnités provisionnelles sur chaque règlement. Elle doit être formalisée par une convention liée au contrat comportant une clause de rendez-vous à l'issue du contrat.

## **GEL DES PÉNALITÉS CONTRACTUELLES : SUSPENSION DES PÉNALITÉS ET DES MESURES D'EXÉCUTION AUX FRAIS ET RISQUES**

A l'instar de l'ordonnance COVID, les clauses contractuelles de pénalités ou d'exécution aux frais risques sont suspendues tant que le titulaire est dans l'impossibilité de s'approvisionner dans des conditions normales.

## **CLAUDE DE RÉVISION DES PRIX : PAS DE TERME FIXE NI CLAUSE BUTOIR**

Respect des articles R.2112-13 et R.2112-14 du CCP avec des formules de révision qui ne contiennent ni de termes fixe ni de clause butoir ou de sauvegarde.

# Les outils juridiques mobilisables pour les marchés en cours d'exécution

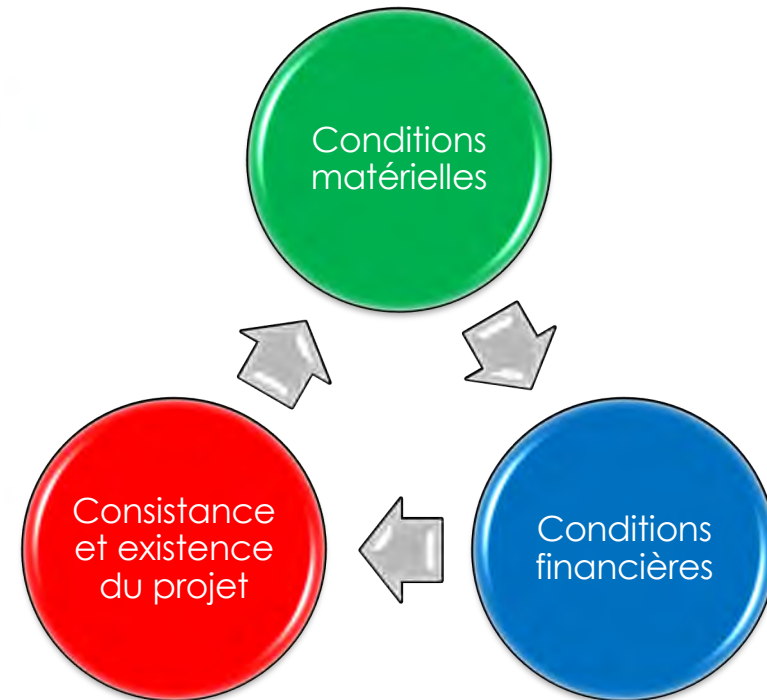
# IMPACT

## Rappels :

### ➤ Pour les acheteurs :

- Veiller à respecter les délais de règlement pour les titulaires et les sous-traitants admis au paiement direct ;
- Veiller au respect par les entreprises des spécifications techniques (car certaines pourraient être tentées de modifier la qualité ou la quantité de matériaux pour rentrer dans leur frais)

- ### ➤ Pour les titulaires :
- l'exception d'inexécution n'existe pas en matière de contrats administratifs : il n'est pas possible de suspendre l'exécution des prestations dans l'attente d'un règlement des difficultés ou de l'aboutissement de négociations



En revanche, la **théorie « classique » de l'imprévision ne semble pas nécessairement adaptée** (elle l'est dans sa logique mais non compte tenu de ses conditions liées au bouleversement de l'économie générale du contrat / prix global du marché / convention financière en section fonctionnement).

## Autres mesures envisageables

### Prolongation de la durée du contrat

- par avenant

- si le terme du marché intervient pendant la période de circonstances exceptionnelles
- et si l'organisation d'une procédure de mise en concurrence ne peut être mise en œuvre :

- le cas échéant la durée ne peut excéder la durée de la période de circonstances exceptionnelles, augmentée de la durée nécessaire à la remise en concurrence à l'issue de l'expiration de cette période ;
- Pas nécessairement utile dans le cadre des opérations de travaux.

### Prolongation des délais d'exécution

- d'une durée équivalente à la période de non-respect du délai
- résultant directement des circonstances exceptionnelles si :

- le titulaire ne peut pas respecter le délai d'exécution ou que cette exécution en temps et en heure nécessiterait des moyens dont la mobilisation ferait peser sur le titulaire une charge manifestement excessive ;
- et s'il en fait la demande avant l'expiration du délai contractuel et de la période de circonstances exceptionnelles.

### Inapplicabilité des pénalités contractuelles et impossibilité d'engager la responsabilité contractuelle du titulaire s'il démontre :

- qu'il ne dispose pas des moyens ou fournitures, suffisants, dans les délais initialement prescrits,
- ou que leur mobilisation / prise en charge ferait peser sur lui une charge manifestement excessive.

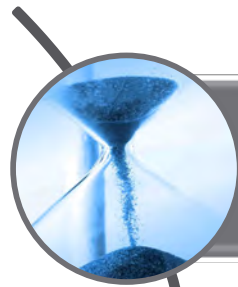
Possibilité de conclure un marché de substitution avec un tiers pour satisfaire les besoins ne pouvant souffrir d'aucun retard (mais pas aux frais et risques du titulaire initial) même en présence d'une clause d'exclusivité si le titulaire démontre :

- qu'il ne dispose pas des moyens suffisants
- ou que leur mobilisation ferait peser sur lui une charge manifestement excessive.





# Les modifications des conditions d'exécution matérielles



Allongement de délai



Ajournement du marché



Modération des pénalités

# Prolongation des délais d'exécution

## Fondements

- Article 19.2.2 du CCAG travaux 2009 et article 18.2.2 du CCAG travaux 2021 : possible sans avenant en cas de survenance ou rencontre de difficultés imprévues au cours de l'exécution des travaux ;
- Article 13.3 du CCAG PI 2009 et article 15.3 du CCAG MOE : si le titulaire est dans l'impossibilité de respecter les délais d'exécution du fait du pouvoir adjudicateur ou d'un événement ayant le caractère d'une force majeure – la demande doit être effectuée dans un délai de 15 jours (30 jours dans le nouveau CCAG) à partir de l'apparition des causes et le pouvoir adjudicateur dispose de 15 jours pour notifier sa décision

## Conséquences

- Même si simple ordre de service, il s'agit d'une modification du marché qui doit être conforme aux dispositions du code de la commande publique ;
- Risque de renchérir le coût de l'opération notamment des coûts fixes (installations de chantier, encadrement, etc.)
  - ✓ Si la modification est effectuée par voie d'ordre de service, les titulaires pourraient arguer d'une modification unilatérale pour solliciter un supplément de prix même en l'absence de réserves effectuées sur les ordres de service (sauf si cet ordre de service règle les conséquences de la prolongation : CE, 28 mai 2001, *Ministre de l'Équipement, des Transports et du Logement*, req. n° 203673) ;
  - ✓ L'indemnisation ne sera pas due si le maître d'ouvrage se borne à tirer les conséquences d'un retard d'exécution (CAA Lyon, 9 janvier 2020, *Société Acem*, req. n° 17LY0090).
- Il ne sera pas possible d'appliquer de pénalités de retard pendant la période couverte par la prolongation (CE, 17 mars 2010, *Commune d'Issy-les-Moulineaux*, req. n° 308676).



# Pénalités

## Possibilité d'y renoncer

- Quoiqu'il en soit, **le maître d'ouvrage peut toujours renoncer à l'application des pénalités** (de manière partielle ou totale) (CE, 17 mars 2010, Commune d'Issy-les-Moulineaux, req. n° 308676 ; rappel récent : CE, 9 novembre 2018, Société Savoie Frères, req. n° 413533)
- Les nouveaux CCAG prévoient d'ailleurs des **plafonds de pénalités de retard = à 10% du montant du marché** (ex art. 19 du CCAG Travaux 2021)
- Attention au **risque de libéralité** et au risque pénal qui y est attaché.

### Applicabilité des pénalités ?

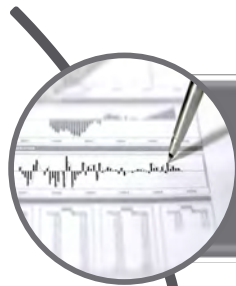
Les pénalités ne sont dues que **si le retard est imputable au titulaire** (CE, 11 février 1983, Société Entreprise Caroni, req. n° 29123 ; CE, 9 mars 1990, Centre hospitalier A. Gayraud, req. n° 74296, Rec., T. ; CE, 11 juin 1990, Entreprise Gailledrat et Fils, req. n° 47493), il n'est donc pas certain que, si le retard est la conséquence d'une crise exceptionnelle et générale impactant l'ensemble des fournisseurs (notamment si elle présente les caractères d'une force majeure : événement extérieur, imprévisible et irrésistible), les pénalités soient applicables.



# Modération des pénalités / primes

- **Le juge peut prononcer la modération des pénalités** (CE, 29 décembre 2008, req. n° 296930, OPHLM de Puteaux) même certaines décisions valident des pénalités à hauteur de 26, 29, 47 et même 61,5% du montant du marché (CE, 19 juillet 2017, Centre hospitalier de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent (CHIPEA), req. n° 392707) compte tenu de l'absence de prise en compte de l'éventuel préjudice couvert par les pénalités.
- **Le maître d'ouvrage peut dès lors également moduler ses pénalités dans le cadre d'une transaction** (toujours sous réserve qu'il n'y ait pas libéralité et qu'il y ait concessions réciproques)
- Possibilité de prévoir **des primes à l'avancement et rattrapage.**

# Les modifications des conditions financières contrat



Révision des prix



Avances



Augmentation du prix du marché



# Clause de révision du prix ?

## Solution possible

Dans le contexte exceptionnel, il est possible de considérer qu'une telle modification est envisageable dans son principe, en particulier suite à l'avis du Conseil d'Etat du 15/09/2022.

Toutefois, dans sa réalisation, certains éléments restent à discuter : interdiction des index statistiques BT et TP 01, fixation des nouveaux index en lien avec l'objet du marché, prise en charge financière par l'acheteur des révisions de prix non prévus budgétairement, renonciation à recours en cas d'avenant...

### Éléments de réflexion

- DAJ – Guide des prix dans les marchés publics – 2013 et fiche technique 2021 : pas possible compte tenu du caractère intangible du prix ;
- Rép. min. n° 49419, JO AN Q, 1<sup>er</sup> avril 2014 : pas possible sauf erreur matérielle grossière ;
- CE, 20 décembre 2017, Société Area Impianti, req. n° 408562 (sur le fondement du code des marchés publics) : semble possible dans certaines circonstances très particulières (passage prix révisable à prix ferme à la fin du marché, l'inverse n'étant pas nécessairement vrai...).
- Et finalement avis du CE en date du 15/09/2022 : la modification sèche est possible sous certaines conditions.

## Fausse bonne idée

Appliquer (ou écrire) des clauses qui capent les hausses (ex : les prix ne pourront évoluer à la hausse ou à la baisse de plus de 2%)



## Clause d'avance

### Modifications non permises avant mais qui pourraient l'être avec l'avis du CE

**Article L. 2191-3 du CCP :**  
les clauses du marché relatives au taux et aux conditions du versement de l'avance ne peuvent être modifiées en cours d'exécution

### Quid en cas de versement d'une indemnité ?

Désormais, l'article 54 du nouveau CCAG travaux (article 26 CCAG MOE), intitulé (faussement) « clause de réexamen », **la prise en charge des surcoûts peut faire l'objet d'une avance** (dans les conditions prévues au marché ou dans un avenant).

# Les modifications de projet

**Modifications impactant le projet** (spécifications techniques, périmètre du projet, commande de prestations complémentaires (ex. gardiennage renforcé pour éviter des vols)

- sauf stipulations particulières (dans le contrat initial ou dans un avenant actant de la modification), la modification implique une indemnisation du préjudice éventuellement subi par le titulaire ;
- ces modifications, quelles que soient leur forme (avenant, OS, FTM, etc.) devront respecter les règles applicables en matière de modifications des marchés (art. L.2194-1 à L.2194-3 du CCP ; R. 2194-1 à R. 2194-10 du CCP).








## Abandon du projet (résiliation pour motif d'intérêt général) :

- sauf stipulations particulières (prévues notamment dans les CCAG), le titulaire peut prétendre à une indemnisation des préjudices éventuellement subis de ce fait
- Attention : une résiliation partielle du marché s'analyse comme une modification du marché



# Les outils juridiques à mobiliser pour les marchés en cours de préparation ou de passation

-  Clauses de réexamen
-  Clauses de révision
-  Augmentation des avances
-  Autoriser les variantes
-  Autres possibilités



# Insérer des clauses de réexamen

## Conditions de régularité

- ✓ Dans le contrat initial, dès le stade de la mise en concurrence ;
- ✓ Proscrire toute formulation trop générale mais rédiger la clause de manière claire, précise et sans équivoque ;
- ✓ Indiquer le champ d'application de la clause de réexamen ainsi que la nature des modifications ou des options envisageables ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage

## Nouveau CCAG Travaux et MOE

Quid de l'article 54 du nouveau CCAG Travaux et art. 26 du CCAG MOE ?

**Clause de revoyure en cas de circonstance que des parties diligentes ne pouvaient prévoir** dans sa nature ou dans son ampleur et modifiant de manière significative les conditions d'exécution du marché portant sur les surcoûts (donc le montant du marché) et les conséquences en termes de délais mais excluant de l'évaluation, les augmentations de prix prises en compte dans les index ou les indices utilisés pour la révision des prix du marché.

→ Clause suffisamment précise pour respecter les conditions de l'article R. 2194-1 du CCP ?

### Fondement :

art. R. 2194-1 du CCP

### Intérêt :

Permet de modifier le marché en cours d'exécution de manière plus libre

# Coin des experts des CCAG 2021

En cas de circonstance que des parties diligentes ne pouvaient prévoir dans sa nature ou dans son ampleur et modifiant de manière significative les conditions d'exécution du marché, les parties examinent de bonne foi les conséquences, notamment financières, de cette circonstance.

Le cas échéant, les parties conviennent, par avenant, des modalités de prise en charge, totale ou partielle, des surcoûts directement induits par cette circonstance sur la base de justificatifs fournis par le titulaire. Il est tenu compte, notamment :

- des surcoûts liés aux modifications d'exécution des prestations ;
- des conséquences liées à la prolongation des délais d'exécution du marché.

Le titulaire est tenu de demander en temps utile qu'il soit procédé à des constatations contradictoires pour permettre au maître d'ouvrage d'évaluer les moyens supplémentaires effectivement mis en œuvre.

Sont exclues de cette évaluation, les augmentations de prix prises en compte dans les index ou indices utilisés pour la révision des prix du marché.

Les surcoûts pris en charge par le maître d'ouvrage peuvent faire l'objet d'une avance dans les conditions fixées par les documents particuliers du marché ou dans l'avenant conclu en application du présent article.

**Dispositions des CCAG relatives à la clause générale de réexamen**

CCAG-PI (chap. 4, art. 25)

CCAG – FCS (chap. 4, art. 25)

CCAG – Travaux (chap. 7, art. 54)

CCAG – TIC (chap. 4, art. 27)

CCAG – MI (chap. 4, art. 25)

CCAG – MOE (chap. 6, art. 26)

**Dispositions du CCP relatives aux modifications des marchés**

R.2194-1 (clause de réexamen)

R.2194-2 (Prestations supplémentaires devenues nécessaires)

R.2194-3 (Plafond de 50% du montant du marché initial)

R.2194-4 (Prise en compte de la variation des prix pour le calcul du plafond)

R.2194-5 (Modifications liées à des circonstances imprévues par un acheteur diligent)





## Soigner la clause de révision

### Rappels et fondements :

#### **art. R. 2112-14 CCP**

Obligation de prévoir une formule de révision de prix « *incluant au moins une référence aux indices officiels de fixation de ces cours* » si la durée d'exécution supérieure à 3 mois et que l'exécution du marché nécessite le recours à une part importante de fournitures notamment de matières premières

### Éléments de réflexion

- Prévoir un terme fixe ? C'est désormais possible mais plus interdit (ce qui n'était pas le cas auparavant compte tenu de la rédaction des textes CE, 9 décembre 2012, Département de l'Eure, req. n° 328803) ; partie fixe interdite en cas de part importante de fournitures et matières premières
- Proscrire une clause capant les évolutions (à la hausse ou à la baisse de l'évolution des prix) ;
- Est-ce suffisant ?



## Augmentation des avances de manière suffisamment importante pour tenir compte des difficultés actuelles

### Rappels

#### Fondements

art. L.2191-2 et L.2191-3 ; R.2191-3 à R.2191-12 du CCP

- ✓ Obligatoire pour certains acheteurs lorsque le montant initial du marché est supérieur à 50.000 euros HT et le délai d'exécution supérieur à 2 mois
- ✓ Entre 5 et 30 % du montant initial TTC et si le titulaire ou le sous-traitant est une PME, minimum :
  - ▣ 20 % pour les marchés passés par l'Etat (recommandation à 30% faite par le Ministre de l'Economie aux assises du BTP en septembre 2022;
  - ▣ 10 % pour les marchés passés par les établissements publics administratifs de l'Etat autres que les établissements publics de santé, dont les dépenses de fonctionnement > 60 millions d'euros ;
  - ▣ 10 % pour les marchés passés par les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements dont les dépenses de fonctionnement > 60 millions d'euros.



## Autoriser les offres variantes

Il s'agit de modifications à l'initiative des candidats des spécifications prévues dans la solution de base décrite dans les documents de la consultation.

### Fondements

art. R2151-8 à  
R2151-11 du CCP

### Rappels

- ✓ **Les variantes peuvent être exigées ou autorisées** (pour les marchés passés selon une procédure adaptée et les marchés des entités adjudicatrices, elles sont autorisées sauf mention contraire ; pour les marchés passés selon une procédure formalisée des pouvoirs adjudicateurs, elles sont en principe interdites sauf mention contraire) ;
- ✓ Si les variantes sont autorisées ou exigées, il convient de préciser :
  - ✓ Les exigences minimales que les variantes doivent être respectées ;
  - ✓ Toute condition particulière de leur présentation.
- ✓ **Prévoir une clause de réexamen pour autoriser les variantes** en cours d'exécution



## Autres possibilités

### Prévoir l'achat des matières nécessaires à la réalisation du marché dès sa notification :

- ✓ suppose de prévoir une avance conséquente (à défaut risque au niveau de la mise en concurrence) ;
- ✓ ne permet pas de bénéficier des éventuelles baisses postérieures du coût ;

### Demander la mise en œuvre d'une protection financière contre le risque matières :

- ✓ exigence coûteuse et qui doit être appliquée à tous les candidats et qui risque d'être répercutée sur les prix du marché ;
- ✓ la part des matières concernées s'ajoute dans la formule de révision, à la partie fixe.



## Réflexions, Exemples et Débats



# Exemple à adapter – Augmentation des prix unitaires

En cas d'augmentation des coûts résultant de circonstances extérieures aux parties et conduisant le titulaire à exposer pour l'exécution du marché des sommes représentant plus de quinze (15) % du prix stipulé au bordereau des prix unitaires et révisé conformément à l'article XX, en application de l'article R.2194-1 du code de la commande publique, les parties pourront décider de modifier les prix du marché dans les conditions définies ci-après, étant précisé que la présente clause s'applique prix unitaire par prix unitaire.

La mise en œuvre de la présente clause relève de la seule décision de l'Acheteur mais est initiée par le seul Titulaire.

Le Titulaire adresse à l'Acheteur, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou tout moyen permettant de déterminer avec précision la date de sa réception, un mémoire justifiant le dépassement du seuil précisé au premier alinéa du présent article. A cet effet, il produit toutes les pièces justificatives permettant de démontrer l'existence de ce dépassement et de justifier de ses causes.

A la suite de la réception de cette demande et sous réserve de sa complétude, l'Acheteur notifie sa décision dans un délai de trente jours. S'il entend mettre en œuvre la présente clause, il notifie dans ce délai au Titulaire un ou plusieurs prix nouveau(x) permettant de tenir compte de l'augmentation des coûts.

En tout état de cause, ce(s) prix nouveau(x) n'excèdera(ont) pas le montant calculé comme suit :

Prix initial révisé + (Prix initial révisé x pourcentage d'augmentation constaté x 90%) (ou 50% si on part sur un partage de risque hors économie générale du contrat)

Le titulaire dispose alors d'un délai de trente jours suivant la notification du(es) prix nouveau(x) pour l'(es) accepter, étant précisé que s'il n'a pas présenté d'observation dans ce délai, il est réputé avoir accepté le(s) prix nouveau(x) fixé(s) par l'Acheteur.

En cas d'acceptation, le(s) prix nouveau(x) s'applique(nt) en lieu et place du(es) prix du bordereau des prix unitaires. En cas de refus, le(s) prix initial(ux) demeure(nt) applicable(s).

L'ensemble des prix nouveaux ainsi notifiés pourra être modifié par l'Acheteur en cas de baisse des coûts au cours de l'exécution du marché et sans l'accord préalable du Titulaire.

Il est précisé que le Titulaire ne pourra en aucune manière prendre prétexte de l'existence de la présente clause de réexamen pour formuler une quelconque réclamation ou refuser l'exécution des prestations.

# Exemple à adapter – Clause de substitution de matériaux ou fournitures

En cas de rupture ou de difficultés d'approvisionnement de l'un des matériaux (ou fournitures) prévu au marché pour des raisons extérieures au titulaire, ce dernier sera autorisé à y substituer un nouveau matériau (ou fourniture) dans les conditions définies ci-après.

La mise en œuvre de la présente clause relève de la seule décision de l'acheteur.

Dans un délai de quinze jours au maximum suivant la survenance de l'événement visé au premier alinéa, le titulaire transmet à l'acheteur, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou tout moyen permettant de déterminer avec précision la date de sa réception, un mémoire justificatif exposant a minima :

Les causes faisant obstacle à l'approvisionnement du matériau susvisé et les justificatifs nécessaires. Parmi ces justificatifs, figure obligatoirement la preuve de ce que le titulaire a fait preuve de diligence lors de la commande du matériau concerné dans des délais et notamment, qu'il a procédé à cette commande dans des délais compatibles avec le respect des délais d'exécution contractuels.

Le ou le(s) matériau(x) de substitution proposé(s).

La conformité du ou des matériau(x) proposé(s) avec les conditions fixées par le marché et notamment avec les catégories, classes et niveaux de performances spécifiés par référence aux normes.

Le titulaire fournit des pièces permettant de justifier des surcoûts liés à la mise en œuvre du ou des matériaux de substitution.

A la suite de la réception de cette demande, sous réserve de sa complétude, l'acheteur dispose d'un délai de quinze jours pour notifier sa décision au titulaire. Lorsqu'il décide de faire droit à cette demande, en cas de pluralité de matériau(x) ou fournitures proposé(s), l'acheteur précise le matériau ou les fournitures dont l'emploi est autorisé en lieu et place des conditions fixées par le marché.

Les prix correspondants ne sont modifiés que si la décision précise que la substitution donne lieu à l'application de nouveaux prix. Ces prix sont établis suivant les modalités prévues à l'article 13 du CCAG TRAVAUX. Par dérogation à cette stipulation, les prix provisoires sont notifiés par ordre de service dans les quinze jours qui suivent la décision de l'acheteur.

En cas de refus de faire droit à cette demande, la décision de l'acheteur s'impose au titulaire qui devra respecter les conditions fixées au marché.

## Exemple à adapter – Clause de suspension des délais et pénalités

En cas de rupture ou de difficultés d'approvisionnement rendant impossible le respect des délais d'exécution contractuels pour des raisons extérieures au titulaire, en application de l'article R. 2194-1 du code de la commande publique, l'acheteur pourra décider de prolonger le délai d'exécution et donc de modérer ou d'annuler les pénalités de retard associées, dans les conditions définies ci-après.

La mise en œuvre de la présente clause relève de la seule décision de l'acheteur.

Dans un délai de quinze jours au maximum suivant la survenance de l'événement visé au premier alinéa, le titulaire signale à l'acheteur, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou tout moyen permettant de déterminer avec précision la date de sa réception, les causes faisant obstacle à l'exécution du délai contractuel. A cette occasion, il indique également la durée de la prolongation sollicitée.

A la suite de la réception de cette demande, l'acheteur notifie sa décision dans les meilleurs délais. S'il entend faire droit à tout ou partie de la demande, la prolongation accordée sera notifiée au titulaire. Le ou les délai(s) ainsi prolongé(s) a (ont) les mêmes effets que le(s) délai(s) contractuel(s). Cette décision n'ouvre pas à droit à indemnité pour le titulaire. A défaut, en cas de refus de faire droit à cette demande, la décision de l'acheteur s'impose au titulaire qui devra se conformer au(x) délai(s) contractuel(s) sans pouvoir prétendre à une modération ou une annulation des pénalités applicables.

Il est précisé que le Titulaire ne pourra en aucune manière prendre prétexte de l'existence de la présente clause de réexamen pour formuler une quelconque réclamation financière ou refuser l'exécution des prestations.

# Quelles solutions en cas de litige ?





# Différends et litiges

**Reprise de la définition jurisprudentielle du différend** : soit une prise de position écrite, explicite et non équivoque émanant du maître d'ouvrage et faisant apparaître le désaccord, soit le silence gardé par le maître d'ouvrage à la suite d'une mise en demeure adressée par le titulaire du marché l'invitant à prendre position sur le désaccord dans un délai qui ne saurait être inférieur à quinze jours.

**Ex : Art. 55 CCAG Travaux**

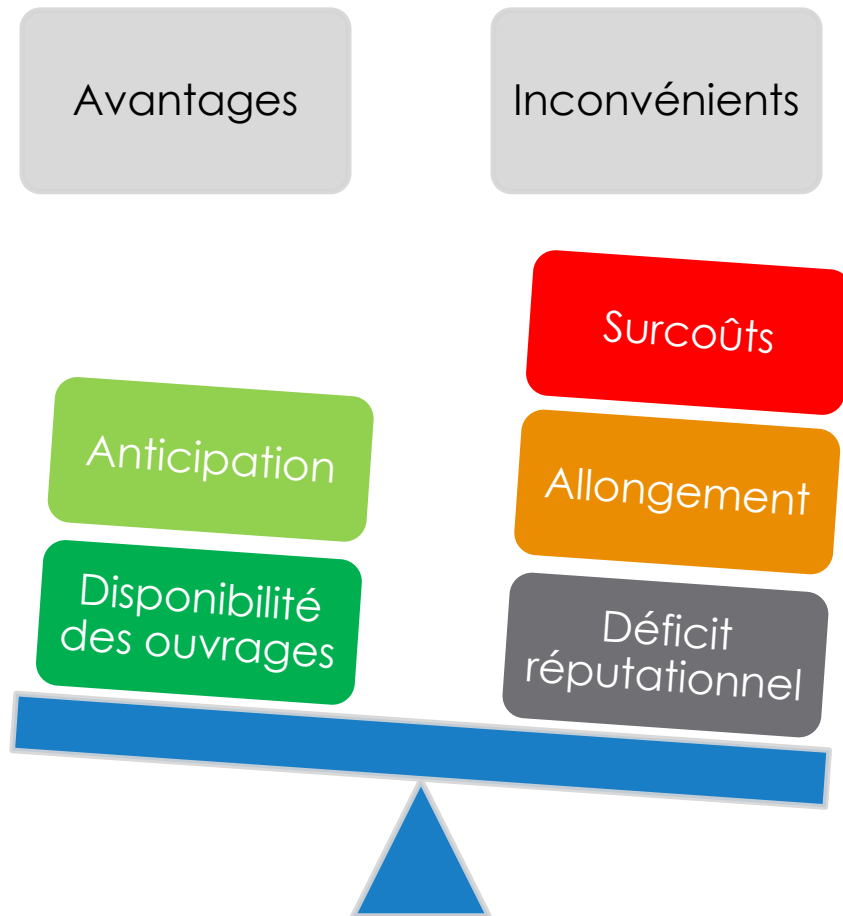
**Suppression de la distinction entre les différends avec le MOE et le MOA**

**Incitation au règlement amiable en particulier par la médiation**

**Procédure contentieuse** : précision (reprise des dispositions légales) sur la compétence du juge judiciaire en ce qui concerne la propriété intellectuelle



# Pour quoi rechercher un accord amiable ?



Il convient de dégager des solutions qui permettent de ménager les différents intérêts pour assurer la pérennité du projet, de ses acteurs tout en leur assurant la sécurité juridique nécessaire.

- ⇒ Recherche de compromis et d'un partage des coûts ;
- ⇒ Recherche de solutions qui peuvent ne pas être exclusivement financières.

# Quand ?

## → Au cours de l'exécution du marché

- En fonction des entreprises titulaires, il s'agit de la seule possibilité sauf à faire courir un risque important au projet.
- Prévoir des phases de conciliation et médiation de chantier.

## → Au terme de l'exécution du marché, lors du règlement des comptes

- Présente l'intérêt de connaître exactement l'impact des difficultés.
- Ouvre à la discussion globale sur le Décompte général.



# Comment ?



→ Mise en œuvre des **clauses de règlement des différends** prévues au contrat (art. 55 du CCAG Travaux 2021 et 50 du CCAG 2009)



→ **Médiation**

- Médiation particulières en cours de chantier : anticipation des conflits, retour du dialogue, apaisement des relations
- Recours au médiateur des entreprises ?
- Médiation judiciaire / conventionnelle ?

→ **Conciliation devant le CCIRA**

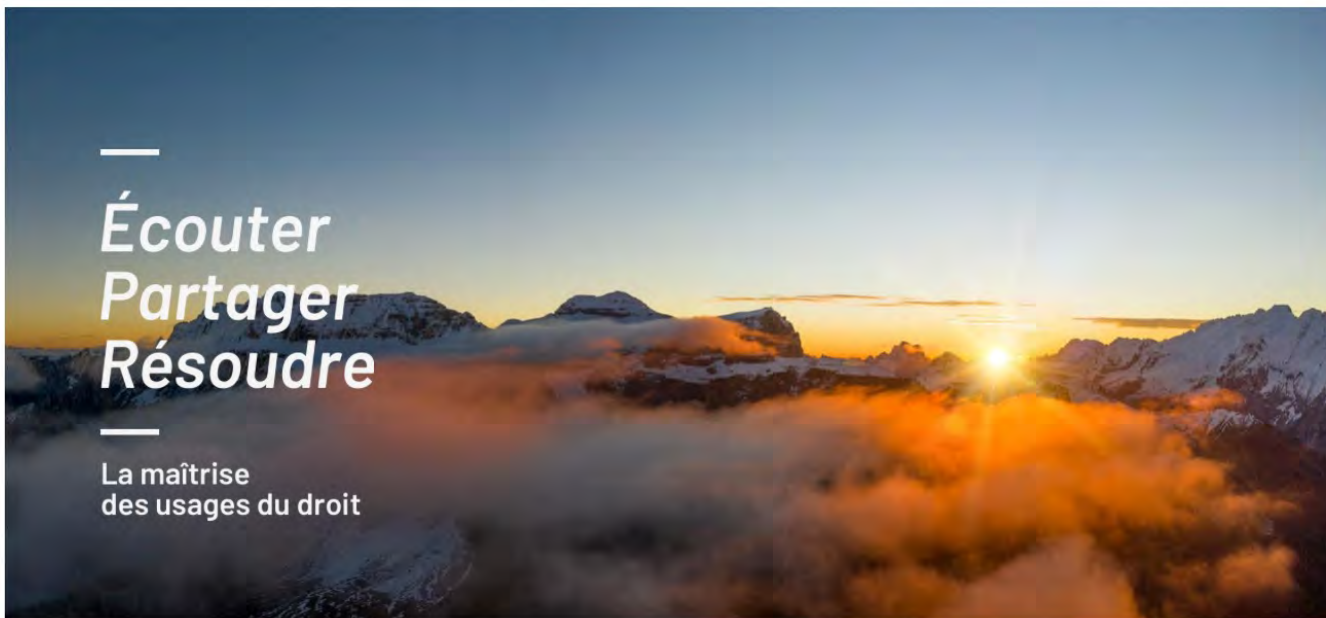


→ **Procédure juridictionnelle** (référé / fond)



Avez-vous des questions ?

# Découvrez nos savoir-faire sur notre site internet



## NOS DOMAINES DE COMPÉTENCES





## Palmarès 2022

- **Or** en Droit public des affaires
- **Bronze** en urbanisme
- Avocats de l'année en Droit public des affaires : N. Charrel et T. Gaspar
- Avocat de l'année en urbanisme : N. Charrel



## Classement 2021

- Contrats administratifs et contentieux afférents : **excellent**
- Urbanisme et aménagement : **excellent**
- Domanialité : **excellent**
- Collectivités territoriales : **forte notoriété**
- Contrats de PPP (structuration – large cap) : **forte notoriété**
- Contrats de PPP (structuration – mid cap) : **forte notoriété**



**STRATÈGEAVOCATS**  
SERVICES

1<sup>ère</sup> marque de services d'avocats en France pour des missions d'appui personnalisées

- Profiter de la **synergie d'un réseau de professionnels** en complémentarité et à **haut niveau** de compétence et les associer aux ressources de son client, pour un **accompagnement transversal** sur chaque projet.
- Offrir une méthodologie de travail basée tout autant sur **la gestion et le management du risque** que sur l'application stricte de la règle de droit.
- Disposer d'une formation en **négociation raisonnée et en médiation** pour savoir appliquer la **systemie** à la résolution des problèmes.

- Garantir une **disponibilité permanente** par un **service d'assistance téléphonique**.
- Pouvoir offrir des réponses ou éléments de réponse immédiats par des **avocats spécialisés dans la matière**.



- Un accompagnement du client passant par **la formation** de ses agents ou ses équipes, afin de connaître ses problématiques, y apporter des solutions, et sécuriser ses pratiques.
- Des formations **thématiques et ciblées**, mais également la création de **plans de formation globaux et sur-mesure** sur le long terme.

- Dépasser la newsletter juridique générale, impersonnelle et accessible par tous sur internet.
- Pour créer un **magazine d'information juridique biannuel, trimestriel ou mensuel personnalisé** au besoin défini par le client.



**CHARRE ASSOCIÉS**  
AVOCATS



Nous contacter



**SELAS CHARREL ET ASSOCIES - Avocats**

5 rue Saint Philippe du Roule  
75008 PARIS

5, rue Boussairolles  
34000 MONTPELLIER

43, boulevard Paul Peytral  
13006 MARSEILLE

116 boulevard de la Corniche  
26000 VALENCE

51 rue d'Alsace Lorraie  
31000 TOULOUSE

Mail : [contact@charrel-avocats.com](mailto:contact@charrel-avocats.com)  
[formation-droit@charrel-avocats.com](mailto:formation-droit@charrel-avocats.com)



sivre Nicolas Charrel, et  
Cabinet Charrel & associés

