



Hausse des coûts de construction

Marchés publics en cours

Le Code de la commande publique prévoit des dispositions en matière d'actualisation et de révision de prix. Il faut commencer par les appliquer.

A défaut, si aucune mesure préventive n'a été prise ou si de telles mesures s'avèrent insuffisantes face aux augmentations de coût des matériaux, l'entrepreneur peut tenter de négocier une prise en charge ou un partage du surcout.

En marchés publics, plusieurs arguments peuvent être mis en avant, et dans certaines circonstances la théorie de l'imprévision.

Négocier un partage des incidences financières

L'objectif de l'entreprise sera d'obtenir un accord du maître d'ouvrage pour une prise en charge ou un partage.

Si le surcout subi par l'entreprise entraîne un « bouleversement de l'économie du marché », la voie réclamatrice pourra être mise en œuvre, sous conditions, sur le fondement de la théorie de l'imprévision.

La théorie de l'imprévision a été admise, voilà très longtemps, par un arrêt du Conseil d'Etat, Gaz de Bordeaux de 1916. Elle est reprise par l'article L. 6 du Code de la Commande Publique. L'article R. 2194-5 du Code de la Commande Publique ajoute que le marché peut être modifié pour circonstances imprévues.

L'article L6 du code de la commande publique prévoit que :

« S'ils sont conclus par des personnes morales de droit public, les contrats relevant du présent code sont des contrats administratifs, sous réserve de ceux mentionnés au livre V de la deuxième partie et au livre II de la troisième partie. Les contrats mentionnés dans ces livres, conclus par des personnes morales de droit public, peuvent être des contrats administratifs en raison de leur objet ou de leurs clauses.

À ce titre : (...) 3° 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 ».

Pour les marchés publics, cette théorie de l'imprévision est ancienne. Elle a été définie par la jurisprudence des tribunaux administratifs et la circulaire interministérielle du 20 novembre 1974 relative à l'indemnisation des titulaires de marchés publics en cas d'accroissement imprévisible de leurs charges économiques. Les conditions d'application sont donc bien connues.



L'imprévision en marchés publics ne peut être retenue que si le titulaire du marché établit que trois conditions sont réunies :

1. l'événement affectant l'exécution du contrat doit avoir été imprévisible au moment de la conclusion du contrat ;
2. l'événement doit procéder d'un fait étranger à la volonté des parties ;
3. l'événement doit entraîner un bouleversement de l'économie du contrat, c'est-à-dire plus qu'une simple rupture de son équilibre financier.

Apprécié au cas par cas, le seuil de bouleversement est difficile à appréhender. Il est souvent de l'ordre de 10 à 15 % du montant du marché (c'est donc la hausse qui doit représenter 10/15% du montant global du marché...), le minimum pouvant descendre parfois sous les 10 %.

Sur ce point, le Ministère de l'Économie et des finances considère que l'exécution du marché doit provoquer un « réel déficit d'exploitation » : le « simple manque à gagner » ou la perte totale de bénéfice ne pourra suffire à fonder une demande d'indemnisation (note DAJ n°1021 du 20 mai 2021).

L'imprévision ne libère pas l'entreprise de ses obligations sauf cas de force majeure. L'entrepreneur est donc tenu de poursuivre l'exécution du marché en contrepartie d'un droit à indemnisation. Sauf accord amiable préalable, la demande doit faire l'objet d'un mémoire en réclamation à travers lequel le titulaire doit justifier du préjudice subi.

Enfin, et plus généralement, rappelons que le Cahier des Clauses Administratives Générales (CCAG) -Travaux de 2009 prévoit en son article 10.1.1 que :

« A l'exception des seules sujétions mentionnées dans le marché comme n'étant pas couvertes par les prix, ceux-ci sont réputés tenir compte de toutes les sujétions d'exécution des travaux qui sont normalement prévisibles dans les conditions de temps et de lieu où s'exécutent ces travaux ».

En cas d'oubli d'une clause de variation de prix obligatoire

Si un marché public a été conclu sans respecter l'obligation d'actualisation ou de révision des prix prévue au Code de la commande publique, et que des difficultés surviennent en cours d'exécution du contrat du fait de fortes fluctuations de prix des matériaux ou de matières premières, l'acheteur est susceptible d'engager sa responsabilité contractuelle.

En pratique, cela signifie que la faute ainsi commise expose la collectivité à devoir réparer le préjudice subi par l'entreprise.

Par ailleurs, 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.