



Clauses applicables en cas de survenance de circonstances imprévisibles

Références dans les CCAG : art. 24 et 25 des CCAG-FCS, MI et PI ; art. 25 et 26 du CCAG-MOE ; art. 26 et 27 du CCAG-TIC ; art. 53.3 et 54 du CCAG-Travaux

Tirant les enseignements des difficultés rencontrées dans l'exécution des marchés publics durant l'épidémie de COVID-19, les CCAG comportent deux clauses destinées à organiser les relations contractuelles en cas de survenance de circonstances imprévisibles en cours d'exécution du marché. La première de ces clauses est applicable lorsque les prestations ne peuvent être poursuivies temporairement en raison de circonstances imprévisibles (clause de « suspension des prestations en cas de circonstances imprévisibles »). La seconde s'applique dans l'hypothèse où ces circonstances rendent l'exécution des prestations significativement plus difficiles (« clause de réexamen »).

Au sens de ces clauses, la notion de circonstance imprévisible doit être entendue d'un événement que des parties diligentes ne pouvaient pas prévoir, soit dans sa survenance, soit dans son ampleur. Tel peut être le cas de catastrophes naturelles ou industrielles ou de crises sanitaires.

Clause applicable en cas d'impossibilité temporaire de poursuivre l'exécution du marché en raison de circonstances imprévisibles
(art. 24 des CCAG-FCS, MI, PI ; 53.3 du CCAG-Travaux ; art. 25 du CCAG-MOE et art. 26 du CCAG-TIC)

Cette clause prévoit que l'acheteur peut suspendre l'exécution de tout ou partie des prestations *« lorsque la poursuite de l'exécution du marché est rendue temporairement impossible du fait d'une circonstance que des parties diligentes ne pouvaient prévoir dans sa nature ou dans son ampleur ou du fait de l'édiction par une autorité publique de mesures venant restreindre, interdire, ou modifier de manière importante l'exercice de certaines activités en raison d'une telle circonstance »*.

La notion de « suspension » implique, contrairement à celle d'« interruption », que l'arrêt momentané des prestations résulte d'une décision de l'acheteur. Si elle est demandée par le titulaire confronté à l'impossibilité de poursuivre l'exécution, l'acheteur doit se prononcer sur le bien-fondé de cette demande dans les plus brefs délais.

A la suite de la décision de suspension des prestations, le CCAG impose aux parties d'instaurer un dialogue, dès que possible, et dans un délai ne pouvant excéder 15 jours à compter de la décision de suspension, afin de :

- définir les modalités de constatation des prestations exécutées ainsi que des immobilisations de matériels et de personnel induites par les circonstances ;
- le cas échéant, en cas de suspension partielle, de convenir des modalités de maintien d'une partie des obligations contractuelles du titulaire pendant la durée de la suspension.

Ensuite, dès que les circonstances le permettent, et dans « *un délai raisonnable* », les parties doivent convenir des modalités de reprise de l'exécution des prestations, et, le cas échéant, des modifications à apporter au marché ainsi que des modalités de répartition des surcoûts.

Afin de préserver la continuité du service public, le titulaire est tenu, à l'issue de la suspension, reprendre les prestations selon les modalités prévues par le marché. En cas de désaccord entre les parties, notamment sur les modalités de reprise des prestations et de répartition des surcoûts, celui-ci est réglé dans les conditions prévues par les CCAG en matière de règlement des différends.

Clause de réexamen applicable en cas de circonstances imprévisibles affectant significativement les conditions d'exécution du marché (art. 25 des CCAG-FCS, MI, PI ; 54 du CCAG-Travaux ; art. 26 du CCAG-MOE et art. 27 du CCAG-TIC)

La clause de réexamen prévoit que les parties examinent ensemble les conséquences, notamment financières, de la survenance de circonstances imprévisibles qui ont pour effet de dégrader de façon significative les conditions d'exécution du marché. Elle peut s'appliquer en combinaison avec la clause de suspension.

La notion de « modification significative des conditions d'exécution » doit être distinguée de celle de « bouleversement de l'équilibre économique du contrat » qui permet de faire jouer, même dans le silence du marché, la théorie de l'imprévision issue de la jurisprudence et reprise à l'article L. 6 du code de la commande publique. La clause peut donc être mobilisée lorsque la dégradation des conditions d'exécution des prestations, sans bouleverser l'économie du contrat, excède néanmoins les aléas du marché.

Le cas échéant, un avenant doit être conclu afin de convenir des modalités de prise en charge des surcoûts directement induits par la mise en œuvre des moyens supplémentaires destinés à faire face aux circonstances imprévisibles au regard des justificatifs fournis par le titulaire. A cet égard, l'avenant tient compte notamment des surcoûts liés aux modifications d'exécution des prestations et des conséquences liées à la prolongation des délais d'exécution. Dans ce cadre, il appartient au titulaire de demander qu'il soit procédé à des constatations contradictoires afin d'évaluer les moyens supplémentaires mis en œuvre pour faire face à ces circonstances. En cas de désaccord entre les parties ne permettant pas la conclusion d'un avenant, ce désaccord est réglé en application des clauses du CCAG relatives au règlement des différends.

La clause de réexamen précise que « *les surcoûts pris en charge par le maître d'ouvrage peuvent faire l'objet d'une avance* ». Le versement de cette avance, qui est un moyen d'assurer dans les

meilleures conditions la poursuite de l'exécution du marché, est indépendant de l'avance forfaitaire versée dans les conditions prévues aux articles R. 2191-3 à R. 2191-10 du CCP. Aux termes de la clause de réexamen, l'avance pouvant être accordée sur les surcoûts est versée « *dans les conditions fixées par les documents particuliers du marché* », à condition que ces documents aient prévu une clause spécifique relative aux modalités de versement d'avance pour les surcoûts liés à des circonstances imprévisibles, « *ou dans les conditions fixées par l'avenant conclu en application [de la clause de réexamen]* ».

Point de vigilance :

La clause de réexamen applicable en cas de survenance de circonstances imprévisibles n'est pas une clause de réexamen au sens de l'article R. 2194-1 du CCP permettant de modifier un marché public sans condition. En effet, la clause de réexamen des CCAG ne peut être regardée comme une clause prévoyant de façon suffisamment précise « *le champ d'application et la nature des modifications ou options envisageables ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage* » afin d'autoriser, en vertu de ces dispositions, la modification du marché quelle qu'en soit le montant.

Par conséquent, dans l'hypothèse où les circonstances imprévisibles appelleraient une modification du marché, cette modification devra entrer dans l'un des cas de modifications autorisées par le code de la commande publique, prévus à ses articles R. 2194-2 à R. 2194-9.

Conseils pratiques :

Ne doivent pas être pris en compte dans le chiffrage des surcoûts ceux d'entre eux qui seraient liés à une défaillance ou à un manque de diligence de l'entreprise

Afin de sécuriser la poursuite de l'exécution des prestations, il doit être procédé dans les plus brefs délais au versement des surcoûts pris en charge par l'acheteur. Le versement d'une avance sur ces surcoûts est à cet égard vivement recommandé.

Il est conseillé de compléter les clauses du CCAG dans les documents particuliers du marché, afin d'anticiper au mieux les difficultés pouvant être rencontrées et d'éviter les situations conflictuelles avec le titulaire. Ces documents peuvent notamment prévoir :

- la grille de répartition des principaux surcoûts ;
- les conditions de versement d'une avance sur le paiement des surcoûts pris en charge par l'acheteur.

En cas de suspension des prestations au cours d'une opération de travaux, l'examen des surcoûts doit notamment permettre de chiffrer les coûts liés aux mesures de mise en sécurité du chantier, de gardiennage, de maintien en condition en vue de la reprise du chantier