

Le prix révisable dans les marchés publics

Longtemps perçu par les acheteurs publics comme une dérogation à la « culture » du prix ferme, le prix révisable reste encore un choix complexe même s'il peut contribuer à un meilleur équilibre économique du marché public tout au long de son exécution.

Héritage du décret « Millerand » du 10 août 1899 sur les conditions du travail dans les marchés passés au nom de l'Etat, puis utilisé de manière irrégulière dans le temps avant l'impulsion d'une instruction ministérielle en 2005⁽¹⁾, le prix révisable constitue l'un des instruments phares de l'évolutivité d'un marché public au cours de son exécution.

Pour témoigner de son importance, son inexistence dans d'autres législations nationales a même été reprochée, en vain. En droit européen, la directive 2014/24/UE du 26 février 2014⁽²⁾ n'envisage la révision des prix des marchés publics qu'au travers de leur modification, et par le biais de la possibilité d'insérer une clause de révision des prix dans les marchés publics.

Récemment, la Cour de justice de l'Union européenne a précisé, dans un arrêt du 19 avril 2018⁽³⁾, que l'ancienne directive 2004/17/CE du 31 mars 2004⁽⁴⁾, et les principes qui la sous-tendent, ne s'opposent pas à ce que la lé-

Auteur

Maxime Gardellin
Avocat à la Cour
SCP Seban & Associés

Mots clés

Clauses de révision • Conditions • Prix ferme • Prix provisoire
• Prix révisable

(1) Instruction du 25 janvier 2005 relative à la prise en compte des évolutions des coûts dans la fixation des prix des marchés publics de bâtiment et de génie civil.

(2) Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE.

(3) Cf. CJUE, 19 avril 2018, Consorzio Italian Management, Catania Multiservizi SpA c. Rete Ferroviaria Italiana SpA, aff. C-152/17.

(4) Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, abrogé par directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

gislation italienne ne prévoit pas la révision périodique et obligatoire des prix des marchés publics. Bien au contraire, l'absence d'une telle législation serait, selon la Cour, de « nature à favoriser » le respect des principes d'égalité de traitement et la transparence dans les marchés publics.

En droit national, le prix des marchés publics et « ses modalités d'évolution » sont encadrés par des dispositions réglementaires, désormais codifiées au sein du Code de la commande publique, applicable aux marchés publics conclus ou dont l'avis de publicité a été publié après le 1^{er} avril 2019, selon un renvoi de l'article L. 2122-6 du Code de la commande publique.

Figurant dans la catégorie des prix définitifs (par opposition aux prix provisoires), le prix révisable est défini à l'article R. 2112-13 du Code de la commande publique⁽⁵⁾ comme « un prix qui peut être modifié (...) pour tenir compte des variations économiques » susceptibles d'avoir des effets sur l'exécution du marché public et pendant toute la durée du marché.

Nonobstant la codification récente, le régime juridique du prix révisable demeure stable dans le temps, ce qui n'a rien d'étonnant dans la mesure où il contribue à la stabilité des marchés publics. Si l'on pourrait opposer révision du prix au principe d'irrévocabilité des prix dans les marchés publics, c'est oublier que le prix révisable est au contraire l'exacte application de ce principe. En effet, il s'agit pour les parties de prévoir, dès la conclusion du contrat, les éléments de fixation du prix qui permettent de l'adapter tout au long de la vie du contrat pour prendre en compte les aléas de son exécution.

C'est donc sa mise en pratique par les acheteurs publics qui peut être source de difficultés, comme en témoigne l'édiction assez attendue d'un guide sur les prix dans les marchés publics en 2013⁽⁶⁾, et d'autant plus que les clauses de révision du prix concernaient déjà plus d'un marché plus de 90 000 euros HT sur deux en 2013⁽⁷⁾. Retenir un prix révisable, d'autant plus si la durée du marché public est longue, requiert au préalable une analyse fine de plusieurs considérations, outre juridiques, économiques et financières.

Ce qui peut donc constituer une opération délicate pour l'acheteur public qu'il convient de maîtriser. L'acheteur public doit tout d'abord identifier, en comparaison des autres types de prix dans les marchés publics, les caractéristiques spécifiques du prix révisable. Puis, lorsque l'acheteur public a porté son choix sur un prix révisable, il devra également veiller au respect de plusieurs condi-

tions tenant à la fois aux modalités de fixation et de mise en œuvre de la révision tarifaire.

Les caractéristiques du prix révisable

Le prix révisable se distingue, à plusieurs égards, des autres types de prix des marchés publics, et plusieurs critères peuvent être identifiés pour guider l'acheteur public lors du choix du type de prix à prévoir dans le marché public.

Distinguer le prix révisable des autres types de prix des marchés publics

Les différents types de prix dans les marchés publics constituent autant de possibilités pour l'acheteur public de faire varier et d'adapter l'évaluation financière de son besoin.

Trois catégories de prix définitifs sont désormais aisément identifiables : le prix ferme mais actualisable, le prix révisable et le prix provisoire.

Le prix révisable se distingue du prix ferme qui est invariable tout au long de l'exécution du contrat. Et, contrairement au prix ferme, le mécanisme de la révision du prix n'a pas pour objet d'actualiser le prix à un moment donné lors de l'exécution du contrat, mais de réviser ce prix, de manière périodique et répétée, tout au long de l'exécution du contrat. L'intérêt du prix révisable est qu'il peut être ajusté périodiquement, tout au long de la durée du contrat, à la hausse comme à la baisse.

Le prix révisable est également à distinguer des prix provisoires qui font l'objet de dispositions spécifiques aux articles R. 2112-15 et suivants du Code de la commande publique.

En outre, la notion de prix « ajustable », visant l'évolution du prix, en une seule fois, sur la base d'une référence précisée par le marché public⁽⁸⁾, a été supprimée par le Code des marchés publics de 2006, clarifiant la notion juridique de « prix révisable » qui englobe l'ancien prix ajustable. En effet, il est prévu que le prix révisable peut être fixé « en fonction d'une référence à partir de laquelle on procède à l'ajustement du prix de la prestation »⁽⁹⁾.

Enfin, si l'identification de trois types de prix a le mérite de la clarté, on regrettera l'abandon (peut-être non-définitif) de la distinction ancienne entre les clauses de variation qui « déterminent directement cette modification par application des coefficients qu'elles comportent » et celles de révision qui visent « à aménager le tarif par un avenant, en fixant les motifs de leur mise en œuvre,

(5) Qui a codifié l'article 18 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

(6) Direction des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances, *Le prix dans les marchés publics, Guide et recommandations*, avril 2013, version 1.1.

(7) Selon le dernier recensement de l'Observatoire économique de l'achat public dans sa lettre n° 21 d'avril 2015.

(8) Cf. Décret n° 2001-738 du 23 août 2001 pris en application de l'article 17 du code des marchés publics et relatif aux règles selon lesquelles les marchés publics peuvent tenir compte des variations des conditions économiques (abrogé depuis le 1^{er} septembre 2006).

(9) Cf. CCP, art. R. 2113-13-1°.

mais sans déterminer elles-mêmes directement le résultat »^[10].

En l'état, une « clause de variation du prix » est visée à l'article R. 2194-1 du Code de la commande publique sur les modifications des marchés publics, alors que l'on vise la « révision » et la « clause de révision » aux articles R. 2112-13 et R. 2112-14 du Code de la commande publique, et ce sans exposer les différences, si elles existent, entre ces deux notions.

Tirer profit du caractère révisable du prix du marché public

L'acheteur public dispose toujours de la faculté de prévoir un prix révisable pour ses marchés publics puisque son recours est, en principe, facultatif. Par exception, il est obligatoire « dans le cas où les parties sont exposées à des aléas majeurs du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations », tels que les marchés portant sur des matières premières agricoles et alimentaires^[11].

Cette précision peut être tautologique avec le recours obligatoire à un prix révisable pour les prix affectés par les fluctuations des cours mondiaux visés à l'article R. 2112-14 du Code de la commande publique (sauf pour les marchés de fourniture de gaz ou d'électricité).

Dans cette dernière hypothèse, son recours est obligatoire lorsque les trois conditions suivantes sont remplies :

- le marché porte pour une « part importante » de fournitures ;
- sa durée d'exécution est supérieure à trois mois ;
- le marché prévoit une évolution du prix sur la base d'au moins une référence aux indices officiels de fixation des cours mondiaux. Une « part importante » doit être considérée comme supérieure de 10 à 15 % du prix total du marché^[12].

En dehors de ces deux exceptions, le choix du prix révisable relève donc de la liberté contractuelle des parties. Cette liberté couvre également l'étendue du prix à réviser. La révision du prix peut uniquement porter sur l'une de ses parties, à condition que ce prix puisse se décomposer en parties, de même que les modalités de révision peuvent être adaptées selon les prestations, notamment en cas de marchés publics à tranches.

Qu'elle soit obligatoire ou spontanée, la décision d'opter pour un prix révisable doit être réfléchie et peut reposer sur trois principaux facteurs que le guide sur les prix des marchés publics de la Direction des affaires juridiques a identifié en 2013.

Le premier facteur est la nature intrinsèque des prestations du marché public : lorsque, de manière générale, ces prestations ne sont pas courantes et que leurs coûts sont susceptibles de fortes évolutions au cours du temps, il est recommandé à l'acheteur public de prévoir un prix révisable.

Le deuxième facteur à prendre en compte est la durée du marché, car plus celle-ci est longue, plus le prix est susceptible de varier.

Le troisième et dernier facteur est l'existence de références pertinentes, fiables et utiles pour déterminer la formule de variation du prix, condition sine qua non pour qu'un prix puisse être révisé périodiquement de façon efficace. En effet, l'inadéquation d'une formule de révision est régulièrement avancée pour critiquer le choix d'un prix révisable.

Enfin, on ajoutera que le recours à un prix révisable peut être utile pour protéger les parties d'un marché public contre les aléas économiques extérieurs à l'exécution même du contrat, et notamment contre une éventuelle action indemnitaire du titulaire fondée sur la théorie de l'imprévision.

Par exemple, le titulaire ne pourra obtenir une indemnité d'imprévision au motif que la formule de révision du prix ne couvre pas suffisamment une hausse de prix sur les marchés^[13], surtout s'il n'est pas démontré que l'augmentation du prix est telle qu'elle provoque un bouleversement de l'économie générale du contrat dont la clause de révision des prix, même après avoir été appliquée, ne peut remédier^[14]. D'ailleurs, la formule contractuelle d'indexation du prix ne peut s'appliquer à l'indemnisation du titulaire^[15].

Les conditions du prix révisable

L'utilisation d'un prix révisable dans un marché public est encadrée dans ses modalités de fixation, et d'un point de vue plus formel, par l'exigence de le prévoir dans le marché public par une clause spécifique.

[10] Cf. *Traité des contrats administratifs*, LGDJ 1984, t. 1, p. 355.

[11] Cf. CCP, art. R. 2112-13. La référence aux marchés des matières premières agricoles et alimentaires a été précisée initialement par le décret n° 2018-1225 du 24 décembre 2018 portant diverses mesures relatives aux contrats de la commande publique modifiant l'article 18 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

[12] Cf. CAA Marseille 16 septembre 2015, Société Cometra c/ La Seyne sur Mer, req. n° 13MA01558 ; voir aussi le guide de la DAJ sur « Le prix dans les marchés publics » sur ce point.

[13] Cf. CAA Nancy 8 avril 2013, Société Constructions Métalliques Savoyardes, req. n° 12NC00503.

[14] Cf. CAA Bordeaux 3 mai 2011, Société Gagne, req. n° 10BX01996 ; voir aussi la circulaire du 20 novembre 1974 relative à l'indemnisation des titulaires de marchés publics en cas d'accroissement imprévisible et de leurs charges économiques qui rappelle que « l'octroi d'une indemnité peut être admis dans la mesure où, même après application des clauses contractuelles de révision, l'économie du contrat apparaît bouleversée ».

[15] Cf. CAA Lyon 17 décembre 2009, Centre Hospitalier Le Vinatier, req. n° 07LY01029.

Prévoir une clause de révision du prix

La révision du prix du marché public doit être prévue par une clause spécifique insérée au sein du cahier des clauses administratives particulières (CCAP). Elle devra être rédigée par l'acheteur public et ce dès l'élaboration des documents de la consultation pour la procédure de passation du marché public, son omission ne pouvant être régularisée après la signature du contrat^[16].

En effet, le prix étant un élément déterminant du marché public, il n'est pas souhaitable que les candidats puissent proposer une formule de révision du prix dans leurs offres.

La clause doit être rédigée avec précaution. Dans l'hypothèse d'un prix révisable obligatoire prévue aux articles R. 2112-13 et R. 2112-14 du Code de la commande publique, son absence constitue un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence en raison de son incidence sur « la formation des offres des candidats, notamment en fonction des capacités financières respectives de ces derniers »^[17].

Ce faisant, l'acheteur public peut toujours décider de faire référence au cahier des clauses administratives générales (CCAG) applicables selon la nature du marché public, mais il est nécessaire que le CCAP le complète en précisant la formule de révision ou pour prévoir des dérogations particulières aux CCAG.

À noter, par exemple, que le CCAG applicable aux marchés publics de travaux prévoit que la demande de révision est formulée par le titulaire et laisse le soin au CCAP du marché public de préciser les modalités de paiement, ce qui n'est pas le cas des CCAG applicables aux marchés publics de fournitures courantes ou de services. En revanche, il reviendra au CCAP (ou, à défaut, au CCAG lorsqu'il le prévoit) d'indiquer qui du titulaire ou de l'acheteur public doit procéder au calcul de la révision du prix.

Par ailleurs, le prix peut toutefois évoluer, dans un certain sens, au cours du marché public. Le Conseil d'État a récemment jugé que les parties peuvent convenir de passer d'un prix révisable à un prix ferme, par la voie d'un avenant sans constituer une modification substantielle du marché public, et ce notamment lorsque le terme du marché public arrive à brève échéance^[18]. Cependant, il n'est pas certain que la réciproque, soit le passage d'un prix ferme à prix variable par la voie d'un avenant en cours d'exécution du marché public, soit admise.

À cet égard, la révision du prix figure désormais parmi les hypothèses de modification non substantielles du marché public par la voie de clause de réexamen à l'article R. 2194-1 du Code de la commande publique. Si tant

est qu'elle puisse être considérée comme une « modification » du contrat, la révision du prix peut constituer une modification automatique, soit une modification qui ne nécessite pas que les parties se rencontrent afin de la mettre en œuvre.

Fixer le prix révisable

Aux termes de l'article R. 2112-13 du Code de la commande publique, une clause de révision du marché public doit contenir « la date d'établissement du prix initial, les modalités de calcul de la révision ainsi que la périodicité de sa mise en œuvre », éléments sans lesquels la clause sera considérée comme irrégulière et inapplicable par les parties.

En dehors de la date d'établissement du prix initial, le rythme de la révision des prix n'est pas imposé mais doit obligatoirement être fixé dans la clause de révision, si possible en fonction des fluctuations des prix de l'activité économique concernée – ce qui peut être plus difficile lorsque l'acheteur public ne dispose d'aucune visibilité sur celles-ci^[19].

Les modalités de calcul de la révision du prix sont également encadrées par l'article R. 2112-14 du Code de la commande publique. Ainsi, le prix peut être, soit ajusté en fonction d'une référence, soit révisé par application d'une « formule représentative de l'évolution du coût de la prestation », ou encore une combinaison des deux. Les modalités pratiques de leur mise en œuvre ont, pour chacune des hypothèses susvisées, été précisées par le guide sur le prix des marchés publics de 2013.

Par utilisation d'une référence, on entend de manière générale un index ou un indice (souvent associé à une formule de calcul) ou un assortissement d'indice, appelé aussi index, dont la plupart sont issus des travaux de l'Institut National des Statistiques et des Etudes Economiques (INSEE). Lorsqu'aucun indice ou index pertinent n'est disponible, il est également possible de s'en remettre à un barème du titulaire. Enfin, il est possible d'utiliser des mercuriales, autre forme d'indice qui recense les cours des prix d'un produit sur les marchés.

Point de vigilance, la Commission consultative des marchés publics avait souligné, dans son rapport d'activité 2010^[20], que la révision d'un prix par utilisation d'un index ne doit pas être en « décalage » par rapport à la date d'établissement du prix initial. En effet, le prix révisable

[16] Rép. min. n° 494, *JOAN Q* 1^{er} avril 2014, p. 3034.

[17] Cf. CE 9 décembre 2009, Département de l'Eure, req. n° 328803.

[18] Cf. CE 20 décembre 2017, Société Area Impianti, req. n° 408562.

[19] À noter qu'il est possible pour l'acheteur de se référer aux CCAG applicables à certains marchés publics qui peuvent prévoir une périodicité de la révision des prix applicable par défaut.

[20] Cette commission a, depuis lors, été supprimée par le décret n° 2013-420 du 23 mai 2013 portant suppression de commissions administratives à caractère consultatif et modifiant le décret n° 2006-672 du 8 juin 2006 relatif à la création, à la composition et au fonctionnement de commissions administratives à caractère consultatif. Pour consulter le rapport d'activité 2010, voir : <https://www.economie.gouv.fr/files/rapport-activite-2010-1.pdf>.

doit « tenir compte des variations économiques » par rapport à la « date d'établissement du prix initial »^[21].

Sont également interdites les indexations fondées sur le salaire minimum de croissance, le niveau général des prix ou des salaires ou encore sur les prix des biens, produits ou services n'ayant pas de relation directe avec l'objet des prestations du marché public en vertu de l'article L. 112-2 du Code monétaire et financier.

Par application d'une « formule représentative de l'évolution du coût de la prestation », il s'agit d'utiliser une formule paramétrique, composée de plusieurs variables, et qui peut donc prendre en compte les coûts sous-jacents d'une prestation. Elle est donc pertinente pour les travaux, fournitures ou services non-standards et personnalisés.

La combinaison des deux méthodes (formule par référence unique ou formule paramétrique), pour distinguer la variation du prix selon des éléments d'une même prestation, est possible mais plus rarement utile dans la pratique.

En conclusion, la clause de révision des prix est, certes, régulièrement utilisée dans la pratique, mais son choix ne doit pas être systématique mais correspondre à une logique économique. De même, la pertinence de la révision du prix doit être remise en question pour chaque marché public. Il est souvent avancé que le prix ferme a l'avantage de la simplicité, et que le prix révisable l'inconvénient de « l'incertitude budgétaire ». Une bonne maîtrise de l'outil permet, au contraire, d'assurer l'équilibre économique d'un marché public dans le temps long, et de constituer un gage de visibilité pour les parties.

[21] Cf. CCP, art. R. 2112-13.