

# Les accords-cadres, épisode V : le retour du maximum obligatoire

Certaines règles du droit de la commande publique sont, comme une mode, un perpétuel recommencement. C'est ce dont témoigne la décision *Simonsen & Weel A/S* du 17 juin 2021 de la Cour de justice de l'Union européenne dans laquelle cette dernière a banni les accords-cadres sans montant maximum.

**S**i cette décision a créé une onde de choc tant la faculté de conclure un accord-cadre sans montant maximum semblait acquise, il faut cependant prendre du recul pour constater que, sur ce point, le droit national a oscillé entre obligation et faculté.

En effet, rappelons qu'avant l'introduction des accords-cadres dans la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 et, par transposition, dans le Code des marchés publics de 2006<sup>(1)</sup>, le droit français connaissait déjà les marchés à bons de commandes depuis 1956 et que le montant maximum dans ces marchés à bons de commandes – devenus accords-cadres à bons de commandes depuis la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 et le Code de la commande publique –, a fait l'objet d'un encadrement en droit interne qui a connu plusieurs épisodes.

## Épisode I (1956-1992) : le montant minimum et le montant maximum obligatoires

On retrouve les premières traces d'une réglementation des marchés à bons de commandes, dénommés à l'époque « marchés à commande », dans l'article 8 du décret n° 56-256 du 13 mars 1956 relatif aux marchés passés au nom de l'État. Ce texte, qui était venu encadrer un contrat développé par la pratique administrative, imposait la fixation d'un montant minimum et d'un montant maximum<sup>(2)</sup>.

## Auteur

**Yvonnick Le Fustec**  
Avocat à la Cour  
SCP Seban et Associés

(1) Décret n° 2006-975 du 1<sup>er</sup> août 2006 portant code des marchés publics (articles 76 et 77).

(2) Il faudra attendre l'introduction du décret n° 62-473 du 13 avril 1962 et de son article 2 pour que l'utilisation de ces marchés à commandes soit offerte aux collectivités territoriales.

### Épisode II (1992-2001) : le montant minimum et le montant maximum facultatifs

Trente-deux ans plus tard, le décret n° 92-1025 du 17 septembre 1992 a modifié l'article 76 du Code des marchés publics pour, notamment, remplacer la notion de « marchés à commandes » par celle de « marchés à bons de commandes » et rendre facultative la fixation d'un minimum et d'un maximum<sup>[3]</sup>.

### Épisode III (2001-2006) : le montant minimum obligatoire et le montant maximum obligatoire et encadré

Un retour vers une obligation a toutefois été opéré à l'article 72-I du Code des marchés publics avec le décret n° 2001-210 du 7 mars 2001. De plus, ce maximum ne pouvait « être supérieur à quatre fois le montant minimum ». Il était toutefois permis de ne pas fixer ces montants « par dérogation dûment motivée dans le rapport de présentation, lorsque le volume du besoin et sa survenance ne peuvent être *a priori* appréciés par la personne publique contractante » (article 72-II). Ce régime avait été repris dans le décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 portant Code des marchés publics.

### Épisode IV (2006-2021) : le montant minimum et le montant maximum facultatifs

Puis, l'état du droit a de nouveau basculé en faveur d'une simple faculté avec la directive 2004/18/CE car cette dernière ne comportait aucune obligation de fixer un montant maximum et que les articles 76 et 77 du Code des marchés publics (version issue du décret n° 2006-975 du 1<sup>er</sup> août 2006) disposaient respectivement que les accords-cadres à marchés subséquents et les marchés à bons de commandes pouvaient « prévoir un minimum et un maximum en valeur ou en quantité ou être conclus sans minimum ni maximum ».

Ce régime a été maintenu lors de la réforme de la commande publique avec la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 et l'article R. 2162-4 du Code de la commande publique.

En revanche, pour permettre aux soumissionnaires de déterminer leur capacité, ou non, à répondre à une procédure de passation d'un accord-cadre, la jurisprudence avait imposé l'obligation de mentionner, dans l'avis de publicité, la valeur estimative sur toute la durée de l'accord-cadre des quantités pouvant être commandées ou du montant des prestations<sup>[4]</sup>.

Plus tard, par une décision *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*<sup>[5]</sup> du 19 décembre 2018, la CJUE avait néanmoins considéré qu'il « est exclu que les pouvoirs adjudicateurs non signataires [d'un] accord-cadre

ne déterminent pas le volume des prestations qui pourra être requis lorsqu'ils concluront des marchés en exécution de celui-ci ou qu'ils le déterminent par référence à leurs besoins ordinaires, sous peine de méconnaître les principes de transparence et d'égalité de traitement des opérateurs économiques intéressés à la conclusion dudit accord-cadre ». Cette décision pouvait donc laisser penser que les acheteurs devaient donner des informations plus précises qu'une simple valeur estimative des besoins, en quantité ou en valeur, sur toute la durée de l'accord-cadre.

Le son de tocsin européen n'était pourtant pas parvenu jusqu'au Conseil d'État lequel a jugé, six mois plus tard, que « l'acheteur public n'est pas tenu de fixer un montant maximum pour l'accord-cadre qu'il entend conclure »<sup>[6]</sup>.

À cet égard, le professeur Ubaud-Bergeron avait pu relever la fragilité de cette décision au vu de la décision précitée de la CJUE : « Reste à savoir si cette solution du Conseil d'État est compatible avec la position de la Cour de justice de l'Union européenne (...). Cette dernière décision de la Cour de Justice, plus exigeante que le droit français quant aux précisions à apporter sur l'étendue exacte d'un accord-cadre, pourrait conduire à terme à une modification du Code de la commande publique »<sup>[7]</sup>.

### Épisode V : le montant minimum facultatif et le montant maximum obligatoire

Et, tout récemment, la CJUE a donc eu le dernier mot en jugeant qu'« au regard des principes d'égalité de traitement et de transparence énoncés à l'article 18, paragraphe 1, de la directive 2014/24 ainsi que de l'économie générale de cette directive, il ne saurait être admis que le pouvoir adjudicateur s'abstienne d'indiquer, dans l'avis de marché, une valeur maximale des produits à fournir en vertu d'un accord-cadre ».

À titre liminaire, retenons de cette décision qu'un accord-cadre ou, le cas échéant, chacun de ses lots, peut donc être conclu avec ou sans montant minimum et obligatoirement avec un montant maximum.

Cette rétrospective étant faite, il sera exposé que, tout aussi sévère qu'elle puisse paraître, cette décision comporte une justification convaincante. Sa mise en œuvre pratique s'avérera néanmoins délicate au vu de la complexité de fixer un montant maximum. Ceci étant, cette nouvelle obligation rend plus aisée la mise en œuvre d'une modification d'un accord-cadre. Enfin, la manière dont cette obligation a été transposée en droit interne doit conduire les acheteurs à s'y conformer dès à présent.

[3] Ce texte disposait en effet que « le marché à bons de commande détermine la nature et le prix des prestations ; il peut fixer un minimum et un maximum de prestations, arrêtés en valeur ou en quantité ».

[4] Voir notamment CE, 24 octobre 2008, Communauté d'agglomération de l'Artois, req. n° 313600 et CAA Marseille 28 novembre 2012, Côte d'Azur Habitat, req. n° 10MA01411.

[5] CJUE 19 décembre 2018, aff. C-216/17.

[6] CE 12 juin 2019, Société Prezioso Linjebjyg, req. n° 427397.

[7] Marion Ubaud-Bergeron, « Communication du prix global de l'offre retenue aux concurrents évincés », *Contrats et Marchés publics* n° 8-9, août 2019, comm. 259.

## Une justification convaincante de l'obligation d'un montant maximum

Certes, cette décision peut paraître sévère en ce sens que les textes et la jurisprudence jusqu'alors applicables à la passation et à l'exécution des accords-cadres semblaient suffisants pour assurer le respect des principes fondamentaux de la commande publique. On pense ici à la durée des accords-cadres, limitée par principe à quatre ans, à l'obligation d'allotissement et, surtout, à l'obligation précitée de faire figurer dans l'avis de marché, le cas échéant pour chaque lot, l'estimation du volume total ou du montant total de l'accord-cadre. Cette dernière règle avait été consacrée afin que les opérateurs disposent d'une information sur l'étendue de l'accord-cadre et qu'ils puissent se positionner au vu de leurs capacités.

Malgré cet encadrement, la CJUE a ajouté, d'une manière détaillée et justifiée comme il sera exposé ci-après, l'obligation de fixer un montant maximum dans un accord-cadre.

En effet, si la CJUE a su reconnaître que les dispositions de la directive 2014/24/UE<sup>(8)</sup> ne permettaient pas d'identifier une telle obligation en retenant que « la seule interprétation littérale desdites dispositions n'est pas concluante aux fins de déterminer si un avis de marché doit indiquer la quantité et/ou la valeur estimée ainsi qu'une quantité et/ou une valeur maximale des produits à fournir en vertu d'un accord-cadre », sa décision a été rendue sur le fondement d'éléments difficilement contestables.

La CJUE a notamment pris en compte l'obligation faite à l'acheteur d'indiquer dans l'avis de marché la quantité ou la valeur des fournitures qui seront couvertes par l'accord-cadre pris dans sa globalité pour en déduire qu'« il ne peut se conformer à cette obligation sans indiquer, à tout le moins, une quantité et/ou une valeur maximale de ces fournitures » (point 59).

Surtout, la CJUE a considéré que cette solution devait s'imposer au regard des principes fondamentaux de la commande publique, en outre la fixation d'une quantité et ou d'une valeur estimée mais aussi maximale des produits à fournir dans un accord-cadre :

– « revêt une importance considérable pour un soumissionnaire, dès lors que c'est sur la base de cette estimation que celui-ci sera en mesure d'apprécier sa capacité à exécuter les obligations découlant de cet accord-cadre » ;  
– et qu'elle permet à un opérateur de s'engager en connaissance de cause ce qui devrait lui éviter, en cours d'exécution, de se retrouver dans l'incapacité de fournir les quantités demandées et de voir sa responsabilité contractuelle être recherchée de ce fait.

Cette argumentation est d'autant plus compréhensible dans un contexte marqué par la mode de la mutualisation des achats ayant conduit à la passation d'accords-cadres devenant, en raison de l'importance de leur volume, difficiles d'accès pour les petites et moyennes entreprises. Cet élément semble d'ailleurs avoir été pris en compte par la CJUE pour rendre obligatoire la fixation d'un montant maximum, celle-ci ayant rappelé, au début de sa décision, le considérant 59 de la directive 2014/24/UE faisant état de cette « forte tendance » au regroupement des achats « afin d'obtenir des économies d'échelles » et de la nécessité de « surveiller attentivement le regroupement et la centralisation des achats pour éviter une concentration excessive du pouvoir d'achat et le risque de collusion et pour préserver la transparence et la concurrence, ainsi que les possibilités d'accès au marché pour les petites et moyennes entreprises ».

Enfin, comme l'a pertinemment relevé le professeur Florian Linditch au sujet de cette décision : « Intérêt en terme de mise en concurrence, sécurité contractuelle, ne sont pas les seuls arguments en faveur de l'indication d'un maximum. Il faut également envisager la question en termes d'opportunité économique, et convenir qu'une plus grande lisibilité des quantités à exécuter (ou du chiffre d'affaires correspondant) présente au moins deux avantages en termes de stratégie d'achat :

- le caractère attractif de la mise en concurrence en sortira renforcé, on peut en escompter plus de candidatures ;
- si l'indication d'un montant maximal est de nature à susciter plus d'intérêt chez les fournisseurs potentiels, on peut escompter que ces derniers seront tentés de faire un effort correspondant sur les prix proposés »<sup>(9)</sup>.

## La détermination du montant maximum : un exercice complexe

Si l'obligation de fixer un montant maximum paraît donc justifiée, sa mise en œuvre apparaît toutefois complexe.

Il en est ainsi, tout d'abord, car les acheteurs devront s'assurer de fixer un montant maximum qui soit suffisamment important pour ne pas être atteint en cours d'exécution puisque l'atteinte de ce montant a pour effet de mettre un terme à l'accord-cadre.

Il est une autre difficulté liée au fait que, dans le cas d'un accord-cadre conclu avec un maximum en valeur, l'acheteur pourrait être tenu d'écarter comme irrégulière une offre d'un montant supérieur à ce maximum. En effet, dans une affaire qui concernait la passation d'un contrat de services relatifs à l'organisation d'activités de communications par la représentation de la Commission en Grèce d'une durée de quatre ans et devant être rémunéré par des prix unitaires dans laquelle la Commission avait prévu de noter le critère prix sur la base d'un tableau des

(8) Il s'agit précisément des développements contenus aux points 46 à 53 de la décision ici commentée.

(9) F. Linditch, « Sur la nouvelle obligation de plafonner les accords-cadres », *JCPA* n° 30-34, 26 juillet 2021, 2245.

prix énumérant notamment les services demandés et fixant un coefficient de pondération applicable à chaque service et avait fixé un montant maximum, le Tribunal de l'Union Européenne a jugé qu'« une offre supérieure au budget maximal [pouvait] être rejetée bien que l'appel d'offres n'ait pas expressément prévu que son dépassement constituait une cause de rejet des offres »<sup>[10]</sup>.

Bien que cette solution n'ait pas été rendue en application des dispositions de la directive 2014/24/UE – celle-ci n'étant « pas directement applicable aux marchés publics (...) passés par l'administration de l'Union » –, nous pensons qu'elle pourrait quand même être retenue au sujet d'un accord-cadre soumis à cette directive et au Code de la commande publique dans le cas d'une offre dont le montant total – établi sur la base du détail quantitatif estimatif (DQE) utilisé par l'acheteur pour noter les offres sur le critère prix –, serait supérieur au montant maximum de l'accord-cadre, à condition bien évidemment que l'acheteur ait respecté l'obligation d'établir ce DQE de manière réaliste<sup>[11]</sup>.

Toutefois, s'il apparaît nécessaire, au vu de ce qui précède, de fixer un montant maximum suffisamment élevé afin, entre autre, d'éviter une fin prématurée de l'accord-cadre, il reste que ce montant ne devra pas être excessivement élevé sous peine d'être remis en cause.

En effet, le juge sera probablement amené à contrôler le caractère réaliste de ce montant dès lors qu'il doit constituer une information devant permettre aux opérateurs économiques de déterminer leur capacité à soumissionner.

Il est encore utile, sur ce point, de partager les propos du professeur Linditch selon lesquels les opérateurs pourront contester le caractère réaliste du montant car ils « disposeront d'éléments permettant de discuter un montant maximal irréaliste : les consommations passées, celles d'acheteurs de taille comparable, et enfin et surtout, le détail quantitatif estimatif »<sup>[12]</sup>.

Cependant, le montant maximum étant un élément de la définition du besoin, il est permis de penser que le juge opérera sur le caractère réaliste ou irréaliste de ce montant un contrôle limité à l'erreur manifeste d'appréciation<sup>[13]</sup>.

Dans ces conditions, on déconseillera de fixer un maximum très élevé qui ne pourrait pas être justifié par des éléments circonstanciés tenant, par exemple, à une prévision d'une forte augmentation des besoins ou d'une hausse très importante des prix en cours d'exécution.

Dans tous les cas, impliquant pour les acheteurs d'avoir une connaissance suffisamment précise de leurs besoins, la définition du montant maximum pourra être un exercice complexe. Tel sera certainement le cas pour les groupements de commande et les centrales d'achat.

La fixation d'un maximum, en valeur notamment, pourra aussi être complexe dans le cas d'une incertitude concernant l'évolution des conditions économiques de l'accord-cadre. On pense notamment aux accords-cadres portant sur la fourniture d'électricité, lesquels doivent tenir compte des fortes évolutions, parfois imprévisibles, du prix de l'électricité. Dans de tels cas, fixer un maximum en quantité pourrait s'avérer plus opportun.

Pour toutes ces raisons, il sera indispensable que les acheteurs procèdent à un suivi de leurs achats afin d'avoir une connaissance précise de leurs consommations (en volume et en prix). Si le retour du montant maximum obligatoire crée une nouvelle contrainte, elle milite, dans le même temps, pour un renforcement des moyens devant être offerts aux acheteurs et pour une reconnaissance de l'importance de la fonction achat, laquelle a, rappelons-le, la mission particulièrement cruciale d'« assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics »<sup>[14]</sup>.

## Un impact sur les modifications des accords-cadres

Outre l'intérêt qu'elle présente dans le cadre de la passation d'un accord-cadre, l'obligation de fixer un montant maximum devrait rendre plus aisée la mise en œuvre des modifications d'un accord-cadre.

Rappelons, d'une part, qu'un accord-cadre conclu par un pouvoir adjudicateur peut être modifié en cas de prestations supplémentaires devenues nécessaires<sup>[15]</sup> ou en cas de circonstances imprévues<sup>[16]</sup> dans la limite de 50 % du montant initial du contrat<sup>[17]</sup> et, d'autre part, que des modifications de faible ampleur sont aussi permises dans la limite de 10 % pour des services et/ou de fournitures et de 15 % pour des travaux<sup>[18]</sup>.

Or, il est difficile de savoir comment appliquer ces textes pour des accords-cadres sans montant maximum faute de pouvoir déterminer un montant initial.

Deux solutions sont envisageables.

Une première, libérale, consiste à considérer que, faute pour l'accord-cadre de fixer un montant définitif dans l'acte d'engagement, l'acheteur pourrait procéder à ces modifications sans être limité par les seuils plafonds précités.

[10] TUE 7 décembre 2020, aff. T-536/19.

[11] Voir sur le contrôle opéré sur un DQE : CE 12 juillet 2019, Sociétés EurofinsBiomnis, Laborizon et eBioSanté, req. n° 429782.

[12] F. Linditch, « Sur la nouvelle obligation de plafonner les accords-cadres », *JCP A* n° 30-34, 26 juillet 2021, 2245.

[13] Rappelons ici que le juge du référé précontractuel exerce ce contrôle sur la définition des besoins de l'acheteur (voir en ce sens CE 2 octobre 2013, Département de l'Oise, req. n° 368846).

[14] CCP, art. L. 3.

[15] CCP, art. R. 2194-2.

[16] CCP, art. R. 2194-5.

[17] CCP, art. R. 2194-3.

[18] CCP, art. R. 2194-8.

Une seconde, plus prudente mais aussi plus contraignante, consiste à prendre en compte la valeur financière estimative de l'accord-cadre en lieu et place du montant initial. Un auteur s'était prononcé en faveur de la prise en compte de cette donnée « comme assiette de calcul de l'incidence financière car c'est la seule donnée à la fois obligatoire au plan juridique mais aussi utile à la préservation des conditions initiales de la mise en concurrence »<sup>[19]</sup>.

Si cette question n'a toujours pas, à notre connaissance, été résolue par la jurisprudence de sorte qu'un flou persiste pour les accords-cadres sans maximum actuellement en cours d'exécution, elle ne devrait plus se poser pour les accords-cadres qui seront conclus postérieurement à la décision de la CJUE car ceux-ci comporteront un montant maximum qui devrait pouvoir être pris en compte pour la mise en œuvre de ces modifications.

[19] P.-A. Zalberg, « Questions pratiques autour des modifications de l'accord-cadre en cours d'exécution : mesure de l'incidence financière et méthodes », *Contrats et Marchés publics* n° 4, avril 2020, étude 4.

## La prompte transposition en droit interne

Enfin, notons que le gouvernement a très rapidement transposé la solution dégagée par la CJUE en modifiant, par le biais de l'article 2 du décret n° 2011-111 du 23 août 2021, les articles R. 2121-8 et R. 2162-4 du Code de la commande publique.

Toutefois, alors que ce décret avait prévu une application de cette modification à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2022, les juges du fond n'ont pas attendu cette date. Si le tribunal administratif de Montreuil a récemment rejeté le référé précontractuel d'un concurrent évincé qui s'était fondé notamment sur l'absence de maximum pour contester la procédure de passation d'un accord-cadre<sup>[20]</sup>, d'autres juridictions<sup>[21]</sup> ont, d'une manière assez sévère, retenu ce motif pour annuler des procédures de passation d'un accord-cadre pourtant lancées avant la décision de la CJUE.

Dans ce contexte, on recommandera aux acheteurs de ne pas attendre le 1<sup>er</sup> janvier 2022 pour fixer un montant maximum dans leurs accords-cadres.

[20] TA Montreuil 9 septembre 2021, req. n° 2110510.

[21] TA Lille 27 août 2021, req. n° 2106335 et TA Bordeaux 23 août 2021, req. n° 2103959.