

# Résiliation du marché : une solution à privilégier ou à éviter... ?

Si un marché public ne comporte pas une clause de révision du prix ou une clause de réexamen, les cocontractants pourraient être tentés de mettre fin à leur relation contractuelle en résiliant le marché public. Pourtant, cette option n'est pas forcément celle à privilégier.

Dans le contexte de crise sanitaire et d'actuelle guerre en Ukraine, la pénurie des matières premières telles que le bois, l'acier, le gaz et le pétrole, a entraîné une forte hausse du prix de leur approvisionnement.

Cette envolée des prix est source de difficultés d'exécution de certains marchés publics et incite les acheteurs et leurs cocontractants à réadapter les conditions d'exécutions de leurs contrats.

Les parties s'interrogent en outre sur la possibilité de répercuter l'augmentation des prix des matières premières sur le prix du marché. Si tel est le cas, cela reviendrait à modifier le prix d'un marché public en cours d'exécution.

Or, une telle possibilité est très encadrée.

En effet, si la circulaire du Premier ministre publiée le 30 mars 2022 relative à l'exécution des contrats de la commande publique face à la hausse des prix de certaines matières premières<sup>(1)</sup> incite les acheteurs à mettre en œuvre les dispositions de l'article R. 2194-5 du Code de la commande publique qui permet une modification des contrats en cours en cas de circonstances qu'un acheteur diligent n'aurait pu prévoir, elle précise qu'une telle modification ne peut porter sur le prix d'un marché public lorsqu'elle n'est pas liée à une redéfinition du périmètre du marché ou à une modification des conditions d'exécutions du contrat.

Cela n'est pas novateur à la lumière du principe d'intangibilité du prix contractualisé que rappelle la Direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie, des Finances et de la Relance (ci-après « DAJ ») dans une

## Auteur

**Alexandra Ouzar**  
Avocate à la Cour  
SELAS Seban & Associés

(1) Circulaire n° 6338-SG du 30 mars 2022 relative à l'exécution des contrats de la commande publique dans le contexte actuel de hausse des prix de certaines matières premières.

fiche technique actualisée le 18 février 2022<sup>[2]</sup>. Le prix du marché public ne peut donc, par principe, évoluer en cours d'exécution sans que les conditions initiales de la mise en concurrence ne soient remises en cause<sup>[3]</sup>.

Pour la DAJ, seule une clause de révision du prix ou une clause de réexamen prévue au sein du marché permettrait de prendre en compte l'augmentation des prix des matières premières<sup>[4]</sup>. Cette clause doit nécessairement être claire, précise et sans équivoque<sup>[5]</sup>.

Dans ces conditions, les parties à un marché public qui ne comporterait pas une telle clause ne pourraient répercuter l'augmentation des prix des matières premières dans le prix du marché en cours d'exécution.

Face à une telle situation, les cocontractants pourraient être tentés de mettre fin à leur relation contractuelle en résiliant le marché public. Pourtant, cette option n'est pas forcément celle à privilégier.

Mais avant même d'analyser l'opportunité de la résiliation des marchés publics dont l'exécution est rendue difficile par la hausse du prix des matières premières, il convient de s'interroger sur les fondements d'une telle résiliation.

## Les fondements de la résiliation d'un marché public dans le contexte de hausse du prix des matières premières

Les acheteurs disposent d'un pouvoir général de résiliation unilatérale qu'ils peuvent mettre en œuvre lorsqu'un motif d'intérêt général le justifie ou en cas de faute particulièrement grave de leur cocontractant. Il s'agit d'une prérogative de puissance publique dont ne bénéficie pas le titulaire.

Avant même d'envisager une résiliation pour motif d'intérêt général, l'acheteur doit s'assurer que le contexte de hausse du prix des matières premières constitue un motif d'intérêt général suffisant pour justifier la mise en œuvre de son pouvoir de résiliation.

Le juge administratif a une approche assez souple du motif d'intérêt général pouvant justifier la résiliation du contrat. Par exemple, il a pu considérer que représente un motif d'intérêt général suffisant l'abandon du projet par une nouvelle équipe municipale<sup>[6]</sup> ou le fait que le cocontractant de l'administration ne présente plus les

garanties nécessaires pour exécuter le contrat à cause d'une modification de son capital social<sup>[7]</sup>.

Cependant, la régularité d'une résiliation fondée sur un motif d'intérêt général lié à la hausse du prix de matières premières créant des difficultés d'exécution financières pour le titulaire du marché peut tout de même questionner. On note en effet que le juge administratif a pu considérer que l'augmentation du coût de l'acier constituait un aléa du contrat qui n'entraînait pas un bouleversement pas l'économie du marché et donc ne pouvait donner lieu au versement d'une indemnité au titre de l'imprévision<sup>[8]</sup>. Le juge pourrait donc également, selon la situation d'espèce, se montrer réservé à considérer que la hausse du prix d'une matière première puisse constituer un motif d'intérêt général justifiant le prononcé de la résiliation du contrat.

Or, tel que présenté ci-après, la circulaire du Premier ministre semble vouloir généraliser l'application de la théorie de l'imprévision à la situation d'envolée du prix des matières premières. Peut-être alors que, dans de telles conditions, le juge administratif pourrait reconnaître plus facilement ce contexte inflationniste comme un motif d'intérêt général justifiant la résiliation du contrat par l'administration.

En tout état de cause, les acheteurs devront rester vigilants car une résiliation unilatérale qui n'est pas fondée sur un motif d'intérêt général peut constituer une faute de nature à engager la responsabilité contractuelle de l'administration<sup>[9]</sup>.

La résiliation pourrait aussi être prononcée par le pouvoir adjudicateur en cas de faute suffisamment grave du titulaire. Par exemple, une telle faute peut-être caractérisée lorsque le titulaire cesse d'exécuter ses obligations contractuelles.

Cependant, si le titulaire ne peut plus exécuter le marché public car il se trouve en situation de force majeure la résiliation du contrat ne pourrait être prononcée pour faute. Dans ces conditions, le titulaire pourrait par contre demander au pouvoir adjudicateur de mettre fin au contrat.

Or, selon la circulaire du Premier ministre susvisée, la possibilité pour les titulaires de marchés publics de demander la résiliation sur le fondement de la force majeure paraît assez limitée.

## Une solution qui n'est pas privilégiée par les pouvoirs publics

La théorie de la force majeure peut être un fondement invoqué par le titulaire d'un marché public pour obtenir la résiliation du contrat lorsqu'il se trouve dans l'impossibilité d'exécuter ses obligations contractuelles.

[2] Ministère de l'Économie des Finances et de la Relance, Direction des affaires juridiques, Fiche technique, « Les marchés publics confrontés à la flambée des prix et au risque de pénurie des matières premières », mise à jour le 18 février 2022.

[3] CE 15 février 1957, Établissement Dickson, req. n° 14891.

[4] C'est d'ailleurs pour cela que la circulaire du Premier ministre recommande aux collectivités publiques d'insérer dans leurs futurs contrats à conclure des clauses de révision des prix.

[5] CCP, art. R. 2194-1.

[6] CE Ass., avis, 26 avril 2018, n° 394398 ; CAA Lyon 22 mars 2018, Société Lapandry, req. n° 16LY00641.

[7] CE 31 juillet 1996, Société des téléphériques du massif du Mont-Blanc, req. n° 126594.

[8] CAA Bordeaux 26 avril 2018, Département des Landes, req. n° 15BX02295.

[9] CAA Paris 17 octobre 2011, Société LEA, req. n° 10PA00598.

En effet, pour rappel, il y a force majeure lorsqu'un événement extérieur à la volonté de parties, imprévisible dans sa survenance ou ses effets rend impossible l'exécution d'un contrat<sup>[10]</sup>. La théorie de la force majeure a été introduite en droit administratif par le Conseil d'État dans son célèbre arrêt *Compagnie des tramways de Cherbourg* rendu en 1932<sup>[11]</sup>.

Dans une autre logique, la théorie de l'imprévision permet aux titulaires des marchés publics d'obtenir le versement d'une indemnité afin de poursuivre l'exécution du contrat.

L'imprévision est prévue par le 3° de l'article L. 6 du Code de la commande publique aux termes duquel lorsque survient un événement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat, le cocontractant a droit à une indemnité lui permettant de poursuivre l'exécution du contrat.

Ainsi, les conditions d'extériorité et d'imprévisibilité sont les mêmes pour la force majeure et l'imprévision, mais dans la seconde théorie la difficulté à laquelle le titulaire du marché est confronté ne doit avoir qu'un caractère temporaire. En effet, pour rappel, sa mise en œuvre suppose qu'une fois la période difficile passée, le contrat pourra de nouveau s'exécuter dans des circonstances normales. Dans ses conclusions sous l'arrêt *Compagnie d'éclairage de Bordeaux*<sup>[12]</sup>, qui a consacré la théorie de l'imprévision en droit administratif, le commissaire du gouvernement Pierre Chardenet décrivait les charges supplémentaires « qui sont telles que, temporairement, momentanément, tant que dureront les événements ayant déterminé ces charges nouvelles » elles empêchent l'exécution normale du contrat<sup>[13]</sup>.

Ce n'est que si l'équilibre du contrat est définitivement compromis que la force majeure sera caractérisée et qu'une résiliation du marché public pourrait être demandée par le titulaire. En effet, la condition d'irrésistibilité n'est remplie que si les effets de l'événement ne peuvent être évités par des mesures appropriées<sup>[14]</sup>.

Pour autant, cette difficulté temporaire doit être particulièrement renforcée et l'économie générale du contrat doit se trouver absolument bouleversée pour que la théorie de l'imprévision soit applicable. Autrement dit, le titulaire ne doit pas souffrir d'un simple manque à gagner mais d'un déficit réellement important dans l'exécution du contrat<sup>[15]</sup>.

Ainsi, lorsque le bouleversement n'est que temporaire, le titulaire a droit à une indemnisation lui permettant de poursuivre l'exécution du contrat, mais lorsque le bouleversement devient permanent, il peut en demander la résiliation.

Dans sa circulaire, le Premier ministre indique explicitement que la hausse exceptionnelle du prix des matières premières ne conduit pas à une situation de force majeure<sup>[16]</sup>. Pour autant, il invite à considérer l'application de la théorie de l'imprévision dans un objectif de maintien des contrats en cours.

Le Premier ministre considère donc que le bouleversement de l'économie générale des marchés publics en cours d'exécution du fait de la hausse du prix des matières premières n'est que temporaire et que les difficultés d'exécution ne sont pas insurmontables.

Toutefois, si les conditions d'imprévisibilité et d'extériorité sont remplies, le Premier ministre précise que la condition relative au bouleversement de l'équilibre du contrat devra être analysée au cas par cas en « tenant compte des spécificités des secteurs économiques et des justifications apportées par l'entreprise ».

En considérant que les conditions de l'imprévision sont remplies en raison de la hausse très importante du coût des matières premières mais pas celles de la force majeure, le Premier ministre encourage donc le versement au titulaire d'indemnités nécessaires à la poursuite du marché public et paraît exclure la possibilité pour celui-ci de demander sa résiliation sur le fondement de la force majeure.

Et, effectivement, la circulaire encourage les collectivités territoriales et leurs établissements publics à utiliser différents outils pour surmonter les difficultés liées à la hausse du prix des matières premières. Parmi ces outils figurent donc le versement d'indemnités au titulaire du marché, mais aussi la modification des contrats en cours lorsqu'elle est rendue nécessaire par des circonstances qui n'auraient pu être prévues par un acheteur diligent<sup>[17]</sup> ainsi que le gel des pénalités et de la suspension de l'exécution de prestations aux frais et risques du titulaire tant que celui-ci ne peut s'approvisionner dans des conditions normales.

La résiliation du marché public n'est donc pas une option envisagée à ce stade par les pouvoirs publics qui souhaitent que les pouvoirs adjudicateurs créent les conditions dans lesquelles les marchés publics en cours d'exécution pourront être exécutés jusqu'à leur terme initial.

[10] C. civ., art. 1218.

[11] CE 9 décembre 1932, *Compagnie des tramways de Cherbourg*, req. n° 89655.

[12] CE 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, req. n° 59928.

[13] Conclusions du commissaire du gouvernement Pierre Chardenet sous l'arrêt CE 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, req. n° 59928.

[14] C. civ., art. 1218.

[15] M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*, commentaire sous l'arrêt CE 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, req. n° 59928.

[16] En outre, la circulaire écarte la « force majeure financière » que l'on peut traduire par la volonté du débiteur d'une obligation d'argent de se soustraire à cette obligation en invoquant une situation de force majeure [Cass. com. 16 septembre 2014, n° 13-20.306. Est donc exclue la possibilité pour le pouvoir adjudicateur d'invoquer un cas de force majeure pour se soustraire à son obligation de rémunérer le titulaire du marché public].

[17] Dans les conditions prévues aux articles R. 2194-5 et R. 3135-5 du Code de la commande publique.

Finalement, la circulaire ne mentionne la possibilité d'une résiliation prononcée par le juge que pour les contrats de droits privés et dans les conditions de l'article 1195 du Code civil qui consacre l'imprévision en droit privé en prévoyant les conséquences d'un changement de circonstance imprévisible, extérieur à la volonté des parties, et rendant l'exécution du contrat excessivement onéreuse.

Toutefois, la circulaire du Premier ministre ne présente que des recommandations adressées aux préfets afin d'orienter l'action des collectivités territoriales et de leurs établissements publics dans l'exécution des contrats de la commande publique. Elle n'a donc pas une valeur impérative et les titulaires de marchés publics en cours pourront, s'ils le souhaitent, demander la résiliation du contrat en tentant d'invoquer une situation de force majeure. Charge à eux cependant de démontrer que les conditions de la force majeure sont remplies. Or, à ce jour, la condition d'irrésistibilité qui suppose que le titulaire soit dans une impossibilité absolue d'exécution le marché public pourrait donner lieu à discussion si l'administration cocontractante compte effectivement mettre en œuvre toutes les recommandations de la circulaire.

En outre il convient de noter que l'indemnité accordée au titulaire en cas d'imprévision ne pourra couvrir l'intégralité du surcoût supporté par le titulaire. En effet, la théorie de l'imprévision permet seulement au titulaire du contrat d'être indemnisé des conséquences pécuniaires excédant l'aléa économique normal<sup>[18]</sup>.

Ce n'est donc que dans le cas où l'indemnisation versée par l'acheteur au titulaire n'est pas suffisante pour que celui-ci poursuive l'exécution du marché public ou si malgré la mise en œuvre par le pouvoir adjudicateur des différents mécanismes visés dans la circulaire le bouleversement économique persiste et devient permanent que le titulaire pourrait obtenir de l'acheteur la résiliation du contrat sur le fondement de la force majeure.

En tout état de cause, si la poursuite des marchés en cours est encouragée par une adaptation des modalités de leur exécution, la résiliation du marché public n'apparaît de toute façon pas comme une solution avantageuse pour le pouvoir adjudicateur.

## Une solution onéreuse pour l'acheteur

Les difficultés d'exécutions rencontrées par le titulaire d'un marché public peuvent inciter le pouvoir adjudicateur à le résilier afin d'en conclure un nouveau avec un opérateur économique ayant la capacité de l'exécuter.

Pour autant, la mise en œuvre de ce pouvoir de résiliation dans le contexte de hausse du prix des matières premières risquerait d'exposer l'acheteur à l'engagement de frais importants.

D'abord, la résiliation pour faute du titulaire pourrait prendre la forme d'une résiliation simple ou d'une résiliation aux frais et risques du titulaire<sup>[19]</sup>.

Toutefois, dans ces deux cas, la résiliation supposerait vraisemblablement la passation par le pouvoir adjudicateur d'un nouveau marché public ou d'un marché public de substitution afin d'assurer la continuité du service public.

Or, dans le contexte de hausse du prix des matières premières, ces nouveaux marchés seraient conclus à des prix très élevés et défavorables pour l'acheteur. Cela est d'autant plus vrai si ces contrats portent sur certains marchés par nature volatiles et exposés à un fort aléa, comme par exemple les marchés d'achat d'électricité.

Au surplus, si l'acheteur décide de résilier le marché pour motif d'intérêt général, il devra engager des frais supplémentaires correspondant au versement de l'indemnisation à laquelle le titulaire résilié a droit<sup>[20]</sup>.

Les CCAG précisent que cette indemnité de résiliation doit correspondre au minimum à 5 % du montant initial hors taxe du marché<sup>[21]</sup>. Ainsi, si la hausse des prix des matières premières entraîne des difficultés financières d'exécution du marché public telles que le pouvoir adjudicateur souhaite mettre fin à la relation contractuelle pour motif d'intérêt général, il devra ainsi verser au titulaire une indemnisation conséquente.

L'acheteur qui souhaiterait résilier pour motif d'intérêt général un marché public exposé à la hausse du prix des matières premières devra donc, *d'une part*, indemniser le titulaire du marché et, *d'autre part*, conclure un nouveau marché public à des prix vraisemblablement très hauts.

Pour ces raisons, la résiliation du contrat ne semble pas être une option à privilégier pour l'acheteur qui aura tout intérêt à œuvrer pour la poursuite du marché public en donnant à son cocontractant la possibilité de mener son exécution à son terme.

L'acheteur devra donc privilégier les différentes solutions présentées par la DAJ dans sa fiche technique et par le Premier ministre dans sa circulaire pour œuvrer, concomitamment avec le titulaire, au maintien de la relation contractuelle et à la poursuite de l'exécution du marché public. L'idée sous-jacente étant d'éviter que le bouleversement économique engendré par la hausse des prix de l'électricité ne devienne tel que seule la résiliation du contrat soit une solution envisageable car, comme exposé, cette solution serait éminemment onéreuse pour le pouvoir adjudicateur.

[19] Dans les conditions prévues par l'article 45 du CCAG-FCS (2021), l'article 48 du CCAG-MI (2021), l'article 54 du CCAG-TIC (2021), l'article 27 du CCAG-PI (2021) et l'article 34 du CCAG-MOE.

[20] CCP, art. L. 6.

[21] CCAG-Travaux (2021), art. 50.4 ; CCAG-FCS (2021), art. 42 ; CCAG-MI (2021), art. 45 ; CCAG-TIC (2021), art. 51 ; CCAG-PI (2021), art. 40 et article 31 du CCAG-MOE.

[18] CE 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, req. n° 59928.

D'ailleurs, les nouveaux CCAG privilégient eux aussi la recherche d'un terrain d'entente entre acheteur et titulaire dans l'idée d'une poursuite des marchés publics dont l'exécution rencontre des difficultés. L'insertion d'une « clause de réexamen » qui prévoit une discussion de bonne foi entre les cocontractants à propos des conséquences, notamment financières, de circonstances que des parties diligentes n'auraient pu prévoir dans leur nature ou

leur ampleur et modifiant significativement les conditions d'exécution du marché œuvre effectivement en ce sens<sup>[22]</sup>.

---

[22] CCAG-Travaux (2021), art. 54 ; CCAG-FCS (2021), art. 25 ; CCAG-MI (2021), art. 25 ; CCAG-TIC (2021), art. 27 ; CCAG-PI (2021), art. 25 et article 26 du CCAG-MOE.