

# Omission d'une clause de révision des prix : vers une réduction des pénalités

L'absence de clause de révision des prix n'entache pas d'illicéité le contenu d'un contrat. Cependant, le Conseil d'État estime qu'une telle omission constitue une faute de l'acheteur. Cette irrégularité permet au juge de réduire les pénalités infligées au titulaire dont l'exécution a été rendue difficile par la fluctuation des cours.

L'absence de clause de révision des prix dans un marché de fourniture en matière première n'entache pas d'illicéité le contenu du contrat et ne constitue pas un vice d'une particulière gravité justifiant que le contrat soit écarté. Mais, dans ce cas, le refus de l'acheteur public de procéder à la révision du prix peut entraîner une réduction juridictionnelle du montant des pénalités appliquées par l'acheteur public envers son cocontractant pour défaut d'exécution de ses obligations contractuelles.

Ces précisions sont apportées par le Conseil d'État à l'occasion d'un recours au fond formé par la société Nouvelle Laiterie de la Montagne contre les quatre titres exécutoires émis à son encontre par l'établissement national des produits de l'agriculture et de la mer au titre de pénalités pour la non-exécution de ses obligations contractuelles de livraison de denrées alimentaires.

En effet, le pouvoir adjudicateur avait conclu avec la société deux marchés publics de fourniture de thon, destinés à des associations caritatives, ne prévoyant aucune clause de révision des prix.

Or l'augmentation exceptionnelle du cours mondial du thon a rendu l'exécution particulièrement difficile, conduisant la société à solliciter soit une hausse de prix, soit un report de livraison, demandes refusées par le pouvoir adjudicateur.

Constatant l'absence de livraison du thon dans le délai prévu, la société s'est vu appliquer par le pouvoir adjudicateur des pénalités pour inexécution contractuelle d'un montant total de 200 120,93 euros, matérialisées par des titres exécutoires émis en novembre 2018.

Après le rejet de son recours par le tribunal administratif de Montreuil par un jugement du 28 octobre 2021, puis par la cour administrative d'appel de Paris par une décision en date du 5 mars 2024, la société a formé un pourvoi en cassation devant le Conseil d'État.

Deux problématiques juridiques principales, soulevées par la requérante, devaient être résolues par la Haute juridiction dans ce litige :

## Auteur

**François Verger**  
Avocat collaborateur  
Cabinet Seban & Associés

## Références

CE 15 juillet 2025, Société Nouvelle Laiterie de la Montagne, n° 494073  
Conclusions du rapporteur public, M. Nicolas Labrune, 15 juillet 2025, n° 494073

En premier lieu, l'absence de clause de révision du prix constitue-t-elle un vice d'une particulière gravité ou démontre-t-elle le caractère illicite du contenu du contrat, ce qui contraindrait le juge à écarter le contrat et à régler le litige en dehors du terrain contractuel ?

En second lieu, cette absence de clause de révision du prix ainsi que le refus, par l'acheteur public, de réviser le prix à la suite d'une fluctuation importante du cours du marché est-il de nature à atténuer la gravité de l'inexécution du cocontractant et donc réduire le montant des pénalités pouvant lui être imposées ?

Ces deux problématiques traitées par le Conseil d'État dans sa décision seront analysées plus avant.

## Sur l'obligation de prévoir une clause de révision du prix et les conséquences de l'irrespect de cette obligation

Il convient de revenir sur le régime juridique des clauses de révision du prix dans les contrats de la commande publique.

L'article R. 2112-13 du Code de la commande publique définit le prix révisable comme étant un prix pouvant être modifié pour tenir compte des variations économiques.

Ce même article spécifie que la révision du prix ne peut être prévue par les parties que dans le cas où ces dernières « sont exposées à des aléas majeurs du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations ».

Cet article prévoit également que, dès lors qu'un prix révisable a été prévu par les parties, ces dernières doivent spécifier la date d'établissement du prix initial, les modalités de calcul de la révision ainsi que la périodicité de sa mise en œuvre, pour ce faire, elles peuvent se fonder sur un indice de référence, sur une formule représentative de l'évolution de coût de la prestation et prenant en compte les différents éléments du coût de la prestation ou encore en combinant un indice de référence avec une formule.

Enfin, le législateur a également prévu, dans le cas des marchés affectés par les fluctuations des cours mondiaux, l'obligation que la clause de révision du prix fasse référence à un indice de fixation du cours. L'article R. 2112-14 du Code de la commande publique prévoit ainsi que « les marchés d'une durée d'exécution supérieure à trois mois qui nécessitent pour leur réalisation le recours à une part importante de fournitures, notamment de matières premières, dont le prix est directement affecté par les fluctuations de cours mondiaux comportent une clause de révision de prix incluant au moins une référence aux indices officiels de fixation de ces cours, conformément aux dispositions de l'article R. 2112-13 ». Ce même article précise que seuls les marchés de fourniture de gaz ou d'électricité font exception à cette règle.

Les dispositions du Code de la commande publique laissent à voir la difficulté que pose l'introduction d'une révision du prix dans le cadre du droit de la commande publique.

**D'une part, la possibilité de prévoir un prix révisable doit être strictement encadrée**, puisque, dans le cas contraire, elle permettrait de contourner l'interdiction de modifier de manière substantielle un marché prévu par l'article L. 2194-1 du Code de la commande publique, ce qui entrerait en contradiction avec le principe de transparence de la procédure de passation et d'égalité de traitement des candidats prévus par l'article L. 3 du même code.

Le Code de la commande publique a donc encadré strictement le recours au prix révisable, limitant la liberté contractuelle des parties à la fois s'agissant du cas dans lequel il est possible de prévoir un prix révisable, et qui correspond à l'hypothèse d'une exposition des parties à des aléas économiques, et au niveau de l'organisation de la révision du prix, le marché devant prévoir dès sa passation les modalités de calcul de la révision et les références, formules ou combinaison de ces deux éléments étant utilisés pour ce calcul.

**D'autre part, la possibilité de réviser le prix est nécessaire**, dans les marchés exposés à des aléas majeurs du fait de l'évolution prévisible des conditions économiques, son absence est susceptible de poser plusieurs difficultés pour l'acheteur public, tout comme pour son cocontractant.

Pour le pouvoir adjudicateur, le risque est que l'évolution des conditions économiques amène son cocontractant à l'inexécution contractuelle sans que l'usage des pénalités ne puisse le contraindre à reprendre l'exécution du contrat dès lors que ce dernier n'est tout simplement pas en capacité économique de poursuivre l'exécution des prestations. L'application de pénalités n'a donc ici pour effet que d'aggraver la situation en augmentant la pression financière sur le cocontractant, sans que le pouvoir adjudicateur ne dispose d'outil pour contraindre ce dernier à exécuter ses obligations contractuelles.

Pour le cocontractant, le risque est de se trouver contraint à réaliser une prestation à un prix trop faible pour couvrir ses coûts, cette problématique étant décuplée par le fait que l'application de la théorie de l'imprévision ; qui peut servir de valve de décompression dans une telle hypothèse en permettant de modifier les conditions d'exécution du contrat public pour prendre en compte les fluctuations économiques l'impactant ; ne sera selon toute probabilité pas applicable ici.

En effet, l'application de la théorie de l'imprévision, que l'on se fonde sur sa définition inscrite par le législateur au 3° de l'article L. 6 du Code de la commande publique ou sur sa définition prétorienne<sup>(1)</sup>, nécessite que l'évènement bouleversant l'économie du contrat ait été imprévisible par les parties au moment de sa conclusion.

(1) CE 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, n° 59928.

Or, l'article R. 2112-13 du Code de la commande publique précise que le prix révisable ne peut être prévu que « 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 ».

D'ailleurs, dans sa décision du 25 juillet 2025, ici commentée, le Conseil d'État écarte le moyen relatif à l'imprévision présentée par la requérante en raison de l'absence d'imprévisibilité de l'aléa économique.

Ainsi, l'objectif du législateur, en contraignant les parties à un contrat de la commande publique à prévoir une clause de révision du prix dans certaines hypothèses, avait pour objet de protéger ces derniers en prévenant une situation économique inextricable.

Plusieurs interrogations restaient toutefois à résoudre quant à l'application de cette disposition et notamment les conséquences en cas de manquement à l'obligation de prévoir un prix révisable.

Le juge administratif avait déjà eu l'occasion de préciser que l'absence irrégulière d'une clause de révision constitue un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence relevant de la compétence du juge du référé précontractuel et justifiant l'annulation de la procédure de passation<sup>(2)</sup>.

Le juge administratif ne s'était toutefois pas encore prononcé sur le point de savoir si l'absence d'une clause de révision du prix était un vice de nature à contraindre le juge administratif à en écarter l'application dans la résolution des litiges opposant les parties.

L'arrêt dit *Bézier I* prévoit en effet que « lorsque les parties soumettent au juge un litige relatif à l'exécution du contrat qui les lie, il incombe en principe à celui-ci, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, de faire application du contrat ; que, toutefois, dans le cas seulement où il constate une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par lui, tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif, notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, il doit écarter le contrat et ne peut régler le litige sur le terrain contractuel »<sup>(3)</sup>.

Or dans son arrêt du 25 juillet 2025, le Conseil d'État considère que, si le marché conclu aurait dû contenir une clause de révision du prix, « cette illégalité **ne constitue pas un vice d'une particulière gravité ni n'entache d'illicéité le contenu de ces contrats** ».

L'absence de clause de révision du prix, quand bien même cette dernière était obligatoire, ne constitue donc ni un vice d'une particulière gravité, ni une illicéité du contenu du contrat et ne suffit donc pas pour que les dispositions du contrat soient écartées lors du règlement des litiges nés de son exécution.

Cette solution est expliquée par le rapporteur public, M. Nicolas Labrune, dans ses conclusions sous cet arrêt.

Ce dernier écarte rapidement la question du vice d'une particulière gravité en constatant que la jurisprudence ne le retient que dans des cas très limités ne correspondant pas au cas d'espèce.

**Le débat concerne donc avant tout la question du caractère illicite du contenu du contrat**, le rapporteur public rappelant que la jurisprudence fait une interprétation restrictive de ce dernier et que « Seules sont visées les violations de la loi qui s'étendent à l'ensemble du contrat ou à ses caractéristiques essentielles, de sorte que l'exécution du contrat constitue par elle-même, automatiquement, une violation de la loi et que le contrat ne serait plus le même contrat si on le modifiait pour corriger le vice dont il est entaché ».

Or le rapporteur public considère que plusieurs éléments doivent amener à considérer que ces conditions ne sont pas remplies dans le cas d'espèce :

– en premier lieu, il considère que, si le prix est un élément essentiel du contrat, la révision du prix ne l'est pas, précisant que « **la révision du prix ou, en l'occurrence, l'absence de révision de ce prix, nous paraît divisible du prix lui-même** et de son paiement » ;

– en deuxième lieu, il considère que la loi n'est pas « **pas violée du simple fait de l'exécution du contrat** », car le titulaire du contrat percevra bien une rémunération et que « **les effets du vice tenant à l'absence de clause de révision du prix ne sont qu'éventuels** ;

– en troisième lieu, le rapporteur considère que l'absence de clause de révision du prix n'affecte pas l'équilibre général du contrat, puisque le cocontractant avait pleinement conscience des clauses du contrat et du risque posé par la fluctuation des cours ;

– en quatrième et dernier lieu, il considère que le cocontractant de l'administration n'est pas sans ressources face à l'absence irrégulière de clause de révision du prix, puisqu'un avenant peut être conclu à cet effet, et que le cocontractant peut mettre en œuvre la théorie de l'imprévision.

Cette argumentation nous semble toutefois critiquable à certains égards.

Tout d'abord, si le rapporteur public considère que la loi n'est pas violée du simple fait de l'exécution du contrat, dès lors que les dispositions du Code de la commande publique prévoient que le prix doit être révisable en présence d'un aléa économique prévisible, le simple fait que le prix ne prenne pas en compte cet aléa pourrait être considéré comme une violation de la loi, et ceci, peu importe que l'aléa se soit effectivement réalisé ou non.

Ensuite, s'il est vrai que les cocontractants ont accepté de conclure le contrat en connaissance de cause et que cela peut interroger sur la réalité d'un impact sur l'équilibre général du contrat ; on peut regretter que ce raisonnement ignore le fait que le législateur a justement choisi de limiter la liberté contractuelle des parties quant à l'obligation de prévoir une clause de révision des prix afin d'éviter qu'ils se placent dans une situation économique inextricable.

(2) CE 9 décembre 2009, Département de l'Eure, n° 328803.

(3) CE 28 décembre 2009, Commune de Béziers, n° 304802.

Enfin, comme déjà exprimée précédemment, la théorie de l'imprévision ne nous semble pas applicable dans le cas de figure où l'obligation de prévoir une clause de révision s'applique, d'ailleurs, ce moyen sera rejeté par le Conseil d'État dans la décision ici commentée.

Le Conseil d'État a toutefois fait le choix de suivre les conclusions de son rapporteur public et de ne pas sanctionner trop lourdement l'absence d'une clause de révision des prix en dépit du caractère obligatoire de cette dernière, nous verrons néanmoins qu'il veille à maintenir, pour les acheteurs publics, une incitation au respect du caractère obligatoire de cette clause par la modulation des pénalités de retard pouvant être imposées.

## Sur l'impact de l'absence d'une clause de révision des prix sur la modulation du montant des pénalités de retard

Rappelons que le juge administratif dispose de la capacité de moduler les pénalités de retard prévues par le contrat si ces dernières « atteignent un montant manifestement excessif ou dérisoire eu égard au montant du marché » et ce dès lors qu'il est saisi de conclusions en ce sens<sup>(4)</sup>.

L'évaluation du caractère manifestement excessif des pénalités peut également prendre en compte la gravité de l'inexécution contractuelle<sup>(5)</sup>.

En revanche, cette modulation des pénalités ne peut prendre en compte l'absence de préjudice subi par l'acheteur public ou encore se fonder sur la disproportion entre le montant des pénalités et le préjudice subi par ce dernier<sup>(6)</sup>.

La démonstration du caractère manifestement excessif des pénalités est donc faite de manière casuistique.

Le juge administratif ayant toujours refusé de fixer un seuil à partir duquel le caractère manifestement excessif des pénalités par rapport au montant du marché serait patent, les décisions des juridictions administratives offrent des illustrations diverses. Ainsi, le juge administratif a pu considérer que des pénalités représentant 26 % du montant du marché n'étaient pas excessives dans un dossier<sup>(7)</sup> alors qu'il considère que des pénalités représentant 56 % du montant du marché le sont dans un autre<sup>(8)</sup>, tout comme des pénalités représentant 66 % du montant du marché que le juge administratif choisit de ramener à 6 % de ce montant<sup>(9)</sup>.

Dans sa décision du 25 juillet 2025, le Conseil d'État était confronté à un moyen qu'il n'avait pas encore retenu, puisque la société requérante affirmait que l'estimation du caractère excessif des pénalités devait prendre en compte la faute commise par l'acheteur public et ayant contribué à l'inexécution contractuelle et non pas seulement sa disproportion par rapport au montant du marché ou à la gravité de l'inexécution.

En effet, dans le cas présent, les pénalités ne semblaient pas, au regard de la jurisprudence précitée, excessives au vu du montant du marché, puisqu'elles représentaient 15,7 % du montant du premier lot et 10,6 % du montant du second lot ; et ne semblaient pas non plus excessives au vu de l'ampleur de l'inexécution contractuelle, puisque la société requérante n'avait pas livré 62,8 % des prestations prévues pour le premier lot et 42,6 % de celles prévues pour le second lot.

La société requérante avançait néanmoins que la faute commise par l'acheteur public en ne prévoyant pas de clause de révision des prix et en refusant de renégocier les termes du marché était à l'origine, au moins partiellement, de son incapacité à remplir ses obligations contractuelles et devait donc limiter la gravité de son inexécution contractuelle, rendant ainsi les pénalités disproportionnées.

La réduction de l'indemnité due par le cocontractant en raison de la faute de l'acheteur public est déjà admise dans l'hypothèse où la responsabilité contractuelle du débiteur serait engagée du fait de son inexécution contractuelle<sup>(10)</sup>.

Or le Conseil d'État a eu l'occasion de préciser que « Les pénalités prévues par les clauses d'un contrat de la commande publique ont pour objet de réparer forfaitairement le préjudice qu'est susceptible de causer à l'acheteur le non-respect, par son cocontractant, de ses obligations contractuelles »<sup>(11)</sup>.

Si ce caractère forfaitaire des pénalités s'oppose à ce que la gravité du préjudice subi par l'acheteur public soit prise en compte dans l'estimation du caractère dérisoire ou excessif des pénalités appliquées, il ne s'oppose pas à ce que la gravité de l'inexécution soit relativisée dès lors que l'acheteur public y aurait participé en commettant une faute.

Toutefois, le rapporteur public avait conclu au rejet de ce moyen, ce dernier considérant que la faute de l'administration ne saurait « exonérer son cocontractant de son obligation d'exécuter le contrat ».

Le rapporteur concluait qu'il « pourrait sans doute y avoir *in fine* une compensation entre les pénalités infligées au titulaire du marché et l'indemnisation due par l'acheteur public à raison d'une faute qu'il aurait commise, mais c'est là une autre question qui se situe non pas au stade de la fixation du montant des pénalités, mais en aval ».

(4) CE 29 décembre 2008, OPHLM de Puteaux, n° 296930.

(5) CE 12 octobre 2020, Commune d'Antibes, n° 431903.

(6) CE 19 juillet 2017, Centre hospitalier interdépartemental de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent, n° 392707.

(7) CE 20 juin 2016, Société Eurovia Haute-Normandie, n° 376235.

(8) CE 29 décembre 2008, OPHLM de Puteaux, n° 296930.

(9) CAA Marseille 12 novembre 2024, Société anonyme Engie, n° 24MA00115.

(10) CE 7 avril 1967, Entreprise Charles Bouhana, n° 61835.

(11) CE 12 octobre 2020, Société Vert Marine, n° 431903.

Ce dernier ne sera néanmoins pas suivi dans ses conclusions par le Conseil d'État.

En effet, ce dernier considère que le pouvoir adjudicateur a commis une faute en s'abstenant d'insérer une clause de révision du prix dans les marchés en litige et en refusant les solutions que le cocontractant avait proposées pour résoudre la difficulté résultant de l'augmentation des cours mondiaux du thon, et que cette faute avait contribué à placer cette dernière en situation de ne pas pouvoir respecter ses obligations de livraison.

En conséquence, le Conseil d'État constate que la cour administrative d'appel de Paris a commis une erreur de

droit, et, après avoir annulé son arrêt, décide la réduction de moitié du montant des pénalités mis à la charge de la société.

Au total, l'absence de clause de révision du prix et le refus d'adapter le marché, dans l'hypothèse d'un marché de fourniture de matières premières impacté par une hausse des cours mondiaux de nature à bouleverser l'économie du marché, peuvent justifier une réduction des pénalités pour inexécution pouvant être appliquées au fournisseur.

**Cette solution permet donc d'accorder, au moins en partie, un effet contraignant à l'obligation de prévoir une clause de révision des prix dans certains marchés.**