



L'avenir est dans la clause de réexamen

A propos de l'auteur

M. Mathieu Laugier

 [Voir les articles de cet auteur](#)

La clause de réexamen est l'une des grandes nouveautés du décret de 2016. Elle commence doucement à se démocratiser auprès des acheteurs. Pourtant, son concept n'est pas inédit. Mais le cadre juridique institué a de quoi dérouter. D'une part, une augmentation du coût de 200 % est possible. D'autre part, le champ d'intervention de la clause est large, il peut être géographique, matériel ou temporel. Les exigences tiennent plutôt à la préservation de la nature globale du contrat.

Les acheteurs possèdent un formidable outil depuis la réforme de la commande publique, la clause de réexamen. « Prévoir une telle disposition c'est prévoir l'avenir », certifie Me Nicolas Charrel de la société d'avocat Charrel et Associés. Cependant, elle est encore sous-exploitée, constate Thomas Gaspar, associé également de ce cabinet. Pourtant, le concept n'est pas inédit. Depuis longtemps, des dispositions similaires sont intégrées dans les délégations de service public, alors qu'aucune base juridique n'existait.



En effet, au vu de leurs longues durées, les délégants ont envisagé différentes hypothèses susceptibles de se produire, afin de ne pas mettre fin aux relations contractuelles dès le moindre changement, rappelle l'avocate Fanny Michel (photo ci-contre). Côté marchés publics, ce procédé se retrouve déjà dans les articles 14 et 15 du CCAG travaux qui permettent au pouvoir adjudicateur de faire évoluer le contrat en fonction de l'augmentation ou de la diminution de la masse des montants de travaux. De manière plus générale, une stipulation sur la reconduction ou sur une tranche optionnelle sont des clauses de réexamen, ajoute Me Nicolas Charrel. Aujourd'hui, ce dispositif est encadré par l'article 139 1° du décret n°2016-360 du 25 mars 2016. De surcroît, il n'est plus limité à des points particuliers.

Une modification de 200% est envisageable



Les contraintes ne sont pas (ou plus) d'ordre financière. Les coûts susceptibles d'être engendrés (ou réduits) par l'application de cette clause ne sont pas, en soi, un obstacle aux différents scénarios projetés. Aucun plafond n'a été institué. Ainsi, un avenant augmentant le montant initial de la prestation de 30, de 100 ou de 200% est acceptable, se réjouit Me Nicolas Charrel (photo ci-contre). Toutefois, il déplore encore l'interprétation, par certains services, de ce dispositif sous l'empire du code des marchés publics et notamment au regard de l'ancienne règle limitant la hausse du coût de 15 à 20%. « Résilier pour lancer une mise en concurrence sur un périmètre remanié signifie pour le pouvoir adjudicateur d'abord perdre de l'argent déjà engagé le cas échéant dans des études, ensuite indemniser le(s) cocontractant(s) du fait de la résiliation anticipée pour motif d'intérêt général et, pour finir, supporter les frais de la nouvelle procédure. D'autant que cette situation est chronophage. Le but de la clause de réexamen c'est d'éviter, justement, ces effets néfastes ».

Obligation de préserver la nature globale du contrat

Concernant le champ d'intervention (c'est-à-dire les événements dont la survenance permet l'application de la clause), là encore, il n'existe aucune (contre-)indication. Il peut être géographique, matériel ou temporel. Il suffit de le déterminer ainsi que la nature des modifications (ce qui sera changé dans le contrat par la survenance de l'évènement), remarque Me Fanny Michel. En revanche, les exigences vont tenir à la préservation de la nature globale du contrat (article 65 de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015). La jurisprudence européenne Pressetext (CJCE, 19 juin 2008, C-454/06) en donne les contours : « la modification d'un marché public en cours de validité peut être considérée comme substantielle lorsqu'elle introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou auraient permis de retenir une offre autre que celle initialement retenue ». Primo, un marché de travaux ne doit pas être requalifié de marché de service et inversement (idem pour les contrats de fournitures). Deuzio, la clause doit être prévue dans les documents contractuels initiaux. Si un avenant ou une décision unilatérale incorpore une telle disposition dans un marché qui n'en prévoyait pas, elle sera illégale. Enfin, sa mise en œuvre ne doit pas avoir d'impact sur la procédure d'attribution (comme faire basculer le contrat au-

“ la modification d'un marché public en cours de validité peut être considérée comme substantielle lorsqu'elle introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient

dessus des seuils européens si le marché a été passé en procédure adaptée).

Par conséquent, l'ensemble des coûts, en incluant ceux de la clause, sont à considérer dès la préparation du contrat. S'ils ne peuvent être définis, les avocats recommandent d'opter pour la procédure la plus contraignante afin que l'acheteur puisse recourir à ce dispositif pleinement et ne pas être contraint d'y renoncer. Quant à la rédaction de ces clauses, elles doivent être claires, précises et sans équivoque. Autrement dit, ne pas être sujettes à interprétation et il est entendu aucune ambiguïté, insiste Me Fanny Michel. « En vertu des principes de transparence et d'égalité d'accès à la commande publique, il n'est pas possible de prévoir une disposition mentionnant "en cas d'aléas, l'acheteur se réserve la faculté de modifier le contrat à hauteur de 100% du montant initial du marché". Elle donne une latitude importante à l'acheteur. La modification du contrat se fait au regard d'un évènement prévu », renchérit Me Thomas Gaspar. A défaut, le pouvoir adjudicateur risque d'être attaqué devant le juge du contrat ou, si un candidat est lésé, dans le cadre d'un référé précontractuel. A noter qu'il est important aussi de fixer les conditions d'application, à savoir si la clause est mise en œuvre par un avenant ou une décision unilatérale, avance Me Fanny Michel. Dans tous les cas, lors de leur mise en œuvre, il n'y a plus de formalité de publicité.

La prestation et la durée déterminent la complexité de la clause

Passé ces obligations, la complexité de la ou des clauses va dépendre de la prestation et de sa durée. « Il faut tenir compte des circonstances en se fondant notamment sur les retours d'expériences. Il est possible d'imaginer que pour les contrats d'un an, les clauses de réexamen n'ont pas besoin d'être très développées car l'anticipation ne sera pas majeure. A l'inverse, pour un CREM d'une quinzaine d'années, elles doivent aller relativement loin dans le détail pour essayer d'anticiper au maximum la vie du contrat. On imagine bien qu'il faut prévoir une clause de réexamen en cas d'évolution réglementaire. On ne va pas casser un contrat au motif qu'il existe un changement de normes. Ne pas oublier aussi d'anticiper les transformations du projet ou du programme. Penser également, si une enquête publique est prévue, de prendre en compte les variantes qui seront proposées » conseille Me Nicolas Charrel. De plus, ce mécanisme est parfaitement adapté pour intégrer des besoins issus de nouveaux adhérents à un groupement de commandes ou lors d'une augmentation d'utilisateurs, concluent les professionnels du droit (exemple : si la collectivité décide de réaliser une ZAC, cette opération aura des répercussions sur son contrat de réseau de chaleur par l'arrivée de ce flux d'abonné. La tranche optionnelle, dans cette convention, serait une solution).

permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis ”

“ La modification du contrat se fait au regard d'un évènement prévu ”

“ On ne va pas casser un contrat au motif qu'il existe un changement de normes ”