

Note sur les risques éventuels à conclure un avenant avec la société EXCOFFIER

Mesdames, Monsieur,

Nous sommes en négociation pour conclure un avenant avec la société EXCOFFIER.

Vous vous êtes interrogé sur le risque que pourraient éventuellement prendre les élus à conclure cet avenant.

Plus précisément, vous vous interrogez sur deux éléments, à savoir :

- Les circonstances imprévisibles qui justifient cet avenant existent-elles ?
- L'avenant envisagé ne bouleverse-t-il pas l'économie du marché,

Je considère pour ma part qu'il n'existe aucun risque particulier à conclure cet avenant, les deux seuls éléments me permettant d'avancer un pourcentage de 99.99 % et non 100 % étant que :

- Les textes en cause, le Code de la commande publique, sont récents et il n'existe pas encore de jurisprudences de principe ;
- In fine une irrégularité est jugé par une juridiction et seul le juge pourrait trancher sachant toutefois qu'un tribunal pourrait avoir une appréciation et un autre tribunal une autre.

Par ailleurs, je pense que votre inquiétude vient des jurisprudences importantes que nous avons sur le fondement de l'ancien Code des marchés publics. En effet, ce dernier avançait expressément qu'un avenant ne pouvait pas bouleverser l'économie d'un marché et de très nombreuses jurisprudences sont venues sanctionner des avenants qui, pour le juge, bouleversaient l'économie.

La notion même de bouleversement de l'économie du marché était par ailleurs soumise à interprétation. Elle était par ailleurs souvent perçue au travers de la notion de pourcentage, en d'autres termes l'acheteur public se demandait si le pourcentage de son avenant au regard du marché initial ne bouleversait pas l'économie de son marché.

Les nouveaux textes issus du Code de la commande publique ont modifié en profondeur les fondements permettant de conclure un avenant. Ces fondements sont maintenant beaucoup plus objectifs puisqu'il existe 5 cas permettant de conclure un avenant.

Pour ma part, je considère qu'il n'existe aucun risque pour les raisons suivantes.

La notion d'imprévisibilité :

Pendant longtemps en droit administratif l'imprévisibilité était liée à la notion de de cas de force majeure. Un évènement était imprévisible s'il constituait un cas de force majeure qui demande deux éléments :

- L'imprévisibilité au sens où l'évènement ne pouvait pas être prévisible ;
- L'irrésistibilité au sens où personne ne pouvait « résister » à la survenance de l'évènement.

Déjà, je pense que l'incendie qui a eu lieu dans l'usine de tri peut être considéré comme un cas de force majeure puisque :

- L'incendie à eu lieu dans un centre neuf doté des normes de sécurité les plus récentes. Je peux penser qu'un jour avant l'incendie, toute personne interrogée sur la possibilité de survenance d'un incendie majeur dans ce lieu aurait souri.
- L'incendie était irrésistible au sens où l'entreprise avait mis en place (et elle y était obligé) les normes de sécurité et les moyens de lutte contre l'incendie les plus moderne. Malgré ces éléments, le feu a été irrésistible.

Par ailleurs, l'avenant n'est même pas fondé par la notion de cas de force majeure qui n'existe dans les textes et la jurisprudence relative au Code de la commande publique mais sur la notion d'imprévisibilité spécifique au Code de la commande publique.

Dans les cas qui permettent de conclure un avenant, il existe en premier lieu un fondement légal tiré de l'article L.2194-1 du Code de la commande publique qui dispose qu'« Un marché peut être conclu sans

nouvelle procédure de mise en concurrence dans les conditions prévues par voie réglementaire, lorsque :
(...) 3° Les modifications sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues ;

Par ailleurs, ce fondement législatif est complété par des textes réglementaires. L'article R.2194-5 du Code de la commande publique « Le marché peut être modifié *« lorsque la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir. Dans ce cas, les dispositions des articles R.2194-3 et R.2194-4 sont applicables. »*

Notre projet d'avenant est fondé sur ce texte et je pense :

- Qu'aucun acheteur diligent, en l'occurrence le groupement de commandes, ne pouvait prévoir l'incendie qui a eu lieu ;
- Sachant que, par ailleurs, l'incendie me semble même être un cas de force majeure qui est une notion beaucoup plus stricte que le seul événement « qu'un acheteur diligent ne pouvait prévoir ».

Dans ces conditions, il n'existe pour moi aucun doute qu'un événement prévu expressément par le Code de la commande publique justifie et fonde l'avenant projeté.

Article R.2194-7 du Code de la commande publique « Le marché peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence lorsque les modifications, quel que soit leur montant, ne sont pas substantielles.

La notion de bouleversement de l'objet d'un marché

Cette notion n'existait que dans l'ancien Code des marchés publics. Un acheteur ne pouvait pas conclure un avenant qui bouleversait l'économie du marché sachant qu'en pratique la plupart des praticiens considéraient qu'en dessous d'une augmentation de 15 % u avenant ne bouleversait pas l'économie du marché même si par ailleurs le Conseil d'Etat a pu valider des avenant dépassant largement ce seuil de 15 %.

En tout état de cause, cette notion n'existe plus dans le Code de la Commande publique. On la retrouve toutefois indirectement dans l'un des 6 cas permettant de conclure un avenant.

En effet, l'article R.2194-7 du Code de la commande publique dispose que « *Le marché peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence lorsque les modifications, quel que soit leur montant, ne sont pas substantielles (...).*» On retrouve mutatis mutandis dans ce cas les anciens textes sur les avenants bouleversant l'économie du marché même si cette notion a été remplacée par celle de « modification substantielle ».

Toutefois, ce texte n'est même pas le fondement de notre avenant et nous n'avons donc pas à nous interroger sur le fait que notre avenant « bouleverse ou non » l'économie du marché.

L'article R.2194-5 du Code de la commande publique qui est notre fondement ne vise même pas cette notion.

En conclusion

Il ne fait aucun doute pour ma part que la conclusion de l'avenant projeté ne fait prendre aucun risque particulier aux membres du groupement.

Par ailleurs et a fortiori, on peut se demander si l'entreprise EXCOFFIER ne pourrait pas engager la responsabilité des membres du groupement si cet avenant n'était pas signé.

En effet, l'article L6 du Code de la commande publique donne des droits aux entreprises qui n'existaient pas dans l'ancien Code des marchés public.

Cet article dispose que « *S'ils sont conclus par des personnes morales de droit public, les contrats relevant du présent code sont des contrats administratifs (...). A ce titre : (...) 3° Lorsque survient un événement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat, le cocontractant, qui en poursuit l'exécution, a droit à une indemnité ; (...).*

Il existe donc maintenant un véritable droit donné aux entreprises, à savoir un droit indemnitaire si l'économie de leur marché est bouleversée.

Notre avenant a donc deux fondements distincts mais complémentaires.

Il peut être conclu du fait que l'incendie doit être considéré comme un événement qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir.

Il peut (doit) être conclu car l'entreprise EXCOFFIER a me semble-t-il un droit à l'équilibre de son contrat.

Par ailleurs, nous pouvons démontrer, tant par la notion de TRI que la notion de flux financiers que l'avenant envisagé va certes 'rééquilibrer' l'économie du marché mais ce au détriment toutefois de l'entreprise qui :

- N'aura pas le TRI qu'elle aurait pu espérer si l'avenant n'avait pas été conclu ;
- N'aura pas les flux financiers qu'elle aurait pu espérer si l'avenant n'avait pas été conclu ;
- Prend en fait un risque très important puisque l'équilibre financier partiel que « remet » l'avenant n'existera que si l'entreprise obtient une indemnisation conséquente. Or, l'entreprise ne saura pas avant plusieurs mois, voire plusieurs années dans quelles conditions elle sera indemnisée.

Je réitère donc ma position qui est que l'avenant envisagé ne fait prendre aucun risque au groupement.

Votre bien dévoué.

P COSSALTER, Avocat à la Cour

Le 11 juin 2024

