



**PRÉFÈTE
DE LA HAUTE-VIENNE**

*Liberté
Égalité
Fraternité*

**Direction de la légalité
Bureau du contrôle de légalité
et de l'intercommunalité**

Limoges, le **- 5 AVR. 2022**

La préfète de la Haute-Vienne

à

**Monsieur le président du conseil départemental,
Mesdames et Messieurs les maires,
Madame et Messieurs les présidents d'EPCI FP,
Mesdames et Messieurs les présidents de syndicats**

En communication à : **Mme la sous-préfète de Bellac et
de Rochechouart**

Objet : Exécution des contrats de commande publique dans le contexte actuel de hausse des prix de certaines matières premières

Réf : circulaire n°6338/SG du Premier ministre en date du 30 mars 2022

L'instabilité et l'envolée des prix de certaines matières premières, tout particulièrement du gaz et du pétrole, constituent une circonstance exceptionnelle de nature à affecter gravement les conditions d'exécution des contrats voire leur équilibre économique, et à mettre en danger la pérennité de nombreuses entreprises ainsi que les emplois de leurs salariés, et par voie de conséquence la continuité même des services publics.

Par circulaire du 30 mars 2022, publiée le 1er avril sur le site internet Légifrance, le Premier ministre demande aux acheteurs de l'Etat de mettre en œuvre les leviers juridiques permettant d'atténuer les effets de ces aléas économiques et d'aider les entreprises à poursuivre l'exécution de ces contrats dont l'équilibre financier serait bouleversé par la dégradation des conditions économiques.

Les collectivités locales et leurs établissements publics pouvant décider de mettre en œuvre des démarches analogues pour leurs propres contrats qui sont affectés par les mêmes phénomènes, vous trouverez exposées ci après les recommandations du Premier ministre qui pourront être reprises par vos services.

1 – la modification des contrats de commande publique en cours, lorsqu'elle est nécessaire à la poursuite de leur exécution

La pénurie des matières premières et la hausse des prix des approvisionnements sont susceptibles d'avoir des conséquences sur les conditions techniques d'exécution des contrats qui devront être aménagées pour faire face à ces circonstances imprévisibles.

Dans cette hypothèse, il est possible de recourir à des modifications des contrats en cours d'exécution, (prévues notamment par les articles R.2194-5 et R. 3135-5 du code de la commande publique (CCP)) dès lors que celles-ci sont rendues nécessaires par des circonstances qu'une autorité contractante diligente ne pouvait pas prévoir lorsque le contrat a été conclu.

Les avenants au contrat passés dans ce cas :

- pourront atteindre, à chaque modification rendue nécessaire, 50 % du montant initial (contrats conclus par des pouvoirs adjudicateurs) ;

- et être sans plafond pour les contrats de la commande publique conclus par des entités adjudicatrices intervenant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

En revanche, il n'est pas possible de renégocier uniquement les prix par avenant.

2. L'application de la théorie de l'imprévision aux contrats administratifs

La théorie de l'imprévision, codifiée au 3° de l'article L.6 du CCP, prévoit, en cas de survenance d'un « événement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat », que le cocontractant qui en poursuit l'exécution a droit à une indemnité. Celle-ci a pour objet de compenser une partie des charges supplémentaires, généralement qualifiées d'« extra-contractuelles », parce que non prévues lors de la conclusion du contrat, qui entraînent le bouleversement de son équilibre.

En principe, il n'y a pas lieu de recourir à la théorie de l'imprévision lorsque le marché comporte un mécanisme de révision de prix en fonction de la conjoncture économique. Toutefois, le droit du titulaire à l'indemnité peut être reconnu lorsque, même après application des clauses contractuelle, l'économie du contrat est bouleversée.

La hausse exceptionnelle du prix du gaz et du pétrole constatée depuis le dernier trimestre 2021, dont l'ampleur est accentuée par la crise en Ukraine, est sans conteste imprévisible et extérieure aux parties, tout comme la flambée du prix de certaines matières premières. En revanche, la condition tenant au bouleversement de l'économie des marchés doit être analysée au cas par cas en tenant compte de spécificités du secteur économique et des justifications apportées par l'entreprise.

L'imprévision n'est admise que si « l'économie du contrat se trouve absolument bouleversée » (CE 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, n°59928). Ce bouleversement doit entraîner dans le cadre de l'exécution du contrat un déficit réellement important et non un simple manque à gagner.

Il convient donc de procéder à la détermination des charges extra-contractuelles qui pèsent sur le contrat du fait de l'augmentation exceptionnelle des prix, qu'il s'agisse de celui de l'énergie ou de celui de certaines matières premières à l'exclusion des autres ayant pu occasionner des pertes à l'entreprise. Ces charges sont appréciées par rapport à l'exécution du marché au coût estimé initialement pour ces conditions économiques normales. Elles doivent être déterminées au cas par cas au vu de justifications comptables. Le titulaire doit donc être en mesure de justifier, d'une part, son prix de revient et sa marge bénéficiaire au moment où il a remis son offre et, d'autre part, ses débours au cours de l'exécution du marché. Le cas échéant, il conviendra de tenir compte de la différence entre l'évolution réelle des coûts et celle résultant de l'application de la formule de révision.

Si la jurisprudence ne fixe pas de seuil unique au-delà duquel elle reconnaît un tel bouleversement, cette condition n'est, en principe, considérée comme remplie que lorsque les charges extra-contractuelles ont atteint environ un quinzième du montant initial HT du marché ou de la tranche. À titre d'exemple, une augmentation supérieure à 7 % du coût d'exécution des prestations, en raison de la hausse forte et imprévisible du prix du carburant en 2000, a été considérée comme bouleversant l'équilibre financier du contrat (CAA Marseille, 17 janvier 2008, *Société Altagna*, n°05MA00492) alors qu'une augmentation de l'ordre de 3 % a été jugée comme n'ayant pas bouleversé l'équilibre d'un contrat (CE 30 novembre 1990, *Société Coignet entreprise*, n° 53636).

Lorsque l'état d'imprévision est caractérisé, le montant de l'indemnité doit être déterminé au cas par cas. La perte effective subie par l'entreprise étant la conséquence d'événements extérieurs aux parties, elle ne peut pas être supportée par l'administration seule. Si la jurisprudence a, en moyenne, fixé la part d'aléa laissée à la charge du titulaire à 10 % du montant du déficit résultant des charges extra-contractuelles, ce taux est néanmoins susceptible de varier entre 5 % et 25 % en fonction des circonstances et notamment des éventuelles diligences mises en œuvre par l'entreprise pour se couvrir raisonnablement contre les risques inhérents à toute activité économique.

Dans l'appréciation de ces diligences, il convient bien sûr de prendre en compte les différences de situation des entreprises : les PME, les TPE et les artisans n'ont pas les mêmes moyens que les grandes entreprises et les grands groupes pour anticiper et couvrir les aléas extraordinaires susceptibles d'affecter leurs approvisionnements.

Si le montant des charges extra-contractuelles doit être évalué sur l'ensemble du contrat, et donc à la fin de l'exécution de celui-ci, cette indemnité doit, au moins pour partie, être versée de façon aussi proche que possible du moment où le bouleversement temporaire de l'économie du contrat en affecte l'exécution. Dès lors, si le bouleversement temporaire du contrat est d'une ampleur telle qu'il est évident qu'une indemnité devra en tout état de cause être attribuée en fin d'exécution du marché ou que la poursuite même de l'activité de l'entreprise est menacée par les difficultés de trésorerie et les pertes subies, les acheteurs accorderont aux titulaires qui en font la demande des indemnités provisionnelles, mandatées avec chaque règlement, à valoir sur l'indemnité globale d'imprévision dont le montant définitif ne pourra être déterminé qu'ultérieurement. Le montant de ces versements provisionnels sera fixé en tenant compte des données de chaque espèce et notamment de la situation du titulaire.

L'indemnisation d'imprévision ne peut pas, en principe, être formalisée dans un avenant au contrat puisqu'elle n'a pas pour vocation d'en modifier les stipulations mais seulement de compenser temporairement des charges extra-contractuelles. Elle sera dès lors formalisée par une convention liée au contrat, applicable pendant la situation d'imprévision et qui pourra comprendre une clause de rendez-vous à l'issue du contrat de manière à fixer le montant définitif de l'indemnité.

3. Le gel des pénalités contractuelles dans l'exécution des contrats de la commande publique

Les acheteurs sont invités à ne pas appliquer les pénalités contractuelles tant que les titulaires sont dans l'impossibilité de s'approvisionner dans des conditions normales.

4. L'insertion d'une clause de révision des prix dans tous les contrats de la commande publique à venir

Enfin, il est demandé de respecter l'obligation prévue par le CCP (articles R.2112-13 et R.2112-14) de conclure des marchés à prix révisables lorsque les parties sont exposées à des aléas majeurs du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la durée d'exécution des prestations et de ne pas insérer de clauses butoirs ou de sauvegarde dans leur cahier des charges.

Le non-respect de cette obligation est susceptible d'engager la responsabilité de l'acheteur.

Je tenais à porter ces différents éléments à votre connaissance afin de vous permettre d'apprécier les modalités de leur déclinaison dans l'exécution des contrats de la commande publique passés pour le compte de votre collectivité ou de votre établissement public.

Bien cordialement,

La préfète


Fabienne BALUSSOU

