

Affaire suivie par : Mme Sandrine LANDON  
Tél : 04 70 48 33 75  
Courriel : pref-bcl@allier.gouv.fr

Moulins, le 12 AVR. 2022

**La préfète**

à

Destinataires in fine

N° 15./2022

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

**REF** : Circulaire n°6338/SG du 30 mars 2022

La présente circulaire a pour objet de présenter quelques recommandations concernant les conditions d'exécution, de passation et de modification des contrats de la commande publique (marchés publics et contrats de concession) dans le contexte actuel de hausse des prix de certaines matières premières.

### **1. La modification des contrats de la 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 peuvent avoir des conséquences sur les conditions techniques d'exécution des contrats.

Ainsi, pour pallier les difficultés provoquées par cette situation, il pourra être possible de :

- substituer un matériau à celui initialement prévu et devenu introuvable ou trop cher ;
- modifier les quantités ou le périmètre à fournir ;
- aménager les conditions et délais de réalisation des prestations.

Le code de la commande publique (CCP) prévoit différents cas permettant des modifications de contrats en cours d'exécution (articles R.2194-5 pour les marchés et R.3135-5 pour les contrats de concession) :

- modifications possibles dans la limite de 50 % du montant initial pour les contrats conclus par des pouvoirs adjudicateurs sachant que lorsqu'il y a plusieurs modifications successives, cette limite s'applique au montant de chaque modification ;
- modifications sans plafond pour les contrats conclus par des entités adjudicatrices intervenant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

En revanche, l'acheteur ne pourra pas utiliser ces dispositions pour modifier, par avenant, les clauses fixant le prix lorsque cette modification du prix n'est pas liée à une modification du périmètre, des spécifications ou des conditions d'exécution du contrat.

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

Le 3° de l'article L.6 du CCP prévoit qu'en cas de survenance d'un évènement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat, le cocontractant qui poursuit l'exécution du contrat a le droit à une indemnité.

Cette indemnité vise à compenser une partie des charges supplémentaires qui entraînent le bouleversement de l'équilibre du contrat. Ces charges sont généralement qualifiées d'extracontractuelles puisqu'elles ne sont pas prévues audit contrat.

En principe, la théorie de l'imprévision n'est pas mise en œuvre lorsque le contrat comporte un mécanisme de révision de prix en fonction de la conjoncture économique. Toutefois, il se peut que l'application de ces clauses ne soient pas suffisantes pour empêcher le bouleversement de l'économie du contrat. Dans ces conditions, le droit à indemnité du titulaire pourra être reconnu.

Le bouleversement de l'économie du contrat doit être analysé au cas par cas en tenant compte des spécificités du secteur économique et des justifications apportées par l'entreprise. Ce bouleversement ne doit pas se traduire par un simple manque à gagner mais par un déficit réellement important. Le titulaire doit ainsi être en mesure de justifier son prix de revient et sa marge bénéficiaire au moment où il a remis son offre mais aussi 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.

Ce bouleversement semble être accepté par le juge lorsque les charges extracontractuelles atteignent environ un quinzième du montant initial HT du marché ou de la tranche.

Concernant le montant de l'indemnité, il est déterminé au cas par cas. La part de l'aléa laissée à la charge du titulaire se situe entre 5 et 25 % en fonction de circonstances et notamment des éventuelles diligences mises en œuvre par l'entreprise pour se couvrir raisonnablement contre les risques inhérents à toute activité économique. L'appréciation de ces diligences sera faite en fonction de l'entreprise (PME/TPE/artisans ou grandes entreprises/grands groupes).

A la demande d'entreprises qui seraient menacées par des difficultés de trésorerie et qui subiraient des pertes, des indemnités provisionnelles, mandatées à chaque règlement, leur seront accordées afin que ces versements soient les plus proches possible du moment où le bouleversement temporaire de l'économie du contrat en affecte l'exécution. Le montant de ces versements, destinés à aider les entreprises à faire face aux charges exceptionnelles, sera fixé en tenant compte des données de chaque espèce et notamment de la situation du titulaire. Le montant global et définitif d'imprévision sera déterminé en fin d'exécution du marché.

Enfin, l'indemnité d'imprévision sera formalisée par une convention liée au contrat, et non un avenant car elle ne modifie pas le contrat mais vient compenser temporairement des charges extracontractuelles. Cette convention sera applicable pendant la situation d'imprévision et pourra prévoir 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 clauses des contrats prévoyant des pénalités de retards ou l'exécution des prestations aux frais et risques du titulaire doivent être suspendues tant que l'entreprise n'est pas en mesure 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**

Conformément aux articles R.2112-13 et R.2112-14 du CCP, le recours au prix ferme ne doit pas être utilisé 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. Ainsi, les marchés d'une durée d'exécution de plus de 3 mois et qui nécessitent le recours à une part importante de fournitures dont le prix est directement affecté par les fluctuations des cours mondiaux, devront comporter une clause de révision de prix incluant au moins une référence aux indices officiels de fixation des cours.

De plus, afin de ne pas pénaliser les entreprises, les contrats ne devront pas contenir de terme fixe dans les formules de révision de prix, de clause butoir et de clause de sauvegarde.

Je tenais à porter ces éléments d'information à votre connaissance.

Mes services se tiennent à votre disposition pour tout renseignement complémentaire.

Pour la Préfète et par délégation,  
Le Secrétaire Général



Alexandre SANZ

Liste des destinataires :

- Monsieur le Président du Conseil Départemental
- Mesdames et Messieurs les Maires du Département
- Mesdames et Messieurs les Présidents des Établissements Publics de Coopération Intercommunale
- Madame la Présidente d'Allier Habitat
- Monsieur le Président de l'Office Public de l'Habitat de Montluçon
- Monsieur le Président du Centre de Gestion de la Fonction Publique Territoriale
- Monsieur le Président du conseil d'administration du Service Départemental d'Incendie et de Secours
- Messieurs les Présidents des CCAS de Moulins, Montluçon et Vichy
- Madame la Directrice du Centre National du Costume de Scène à Moulins (CNCS)
- Madame la Présidente de l'Agence Technique Départementale de l'Allier
- Madame la Sous-Préfète de Vichy (en communication)
- Monsieur le Sous-Préfet de Montluçon (en communication)
- Monsieur le Directeur Départemental des Finances Publiques (en communication)

