

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

Moulins, le 30 SEP. 2022

La préfète

à

Destinataires in fine

N° 25.../2022

OBJET : Modifications possibles des conditions financières et de la durée des contrats de la commande publique pour faire face à des circonstances imprévisibles et articulation avec l'indemnité d'imprévision

REF : - Avis du Conseil d'État n°405540 du 15 septembre 2022
- Fiche de la direction des affaires juridiques en date du 21 septembre 2022

Le 30 mars 2022, le Premier ministre a annoncé, par circulaire, des recommandations concernant notamment les modifications des contrats de la commande publique dans un contexte de hausse des prix de certaines matières premières.

Ces recommandations ont été déclinées par la circulaire préfectorale n°15 du 12 avril 2022.

Au vu du contexte actuel de forte augmentation des coûts et des prix aboutissant à des difficultés pour l'exécution des contrats de la commande publique, le Gouvernement a saisi le Conseil d'État d'une demande d'avis portant sur les modalités de modification des contrats de la commande publique et leur articulation avec la théorie de l'imprévision pour faire face à des circonstances imprévisibles.

Dans son avis n° 405540 rendu le 15 septembre 2022, le Conseil d'État a considéré qu'une modification limitée aux seuls prix, aux seuls tarifs ou à la seule durée du contrat (modification dite « sèche ») est possible, dans les conditions et limites prévues par le code de la commande publique.

1- Les possibilités de modification du contrat admises par le Conseil d'État

Par principe, le prix contractualisé est intangible. Il existe, malgré tout, quelques exceptions :

- la clause de réexamen prévue dans le contrat en application de l'article R 2194-1 ou R 3135-1 du code de la commande publique (CCP)

- les modifications pour circonstances imprévisibles sur le fondement des articles R 2194-5 et R 3135-5 du CCP :

* circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir et qui ont engendré une augmentation des dépenses ou une diminution des recettes non raisonnable

* modifications nécessaires pour permettre la poursuite de l'exécution du contrat et limitées dans leur champ d'application et dans leur durée

* compensation calculée par rapport aux justificatifs fournis par le titulaire en se méfiant de ne tomber dans un enrichissement sans cause au profit du titulaire

* compensation ne pouvant excéder 50 % de la valeur du contrat initial actualisé par application de la clause de variation des prix et sachant que lorsqu'il y a plusieurs modifications successives décidées sur le fondement des articles R 2194-5 ou R 3135-5 du CCP, ce seuil est apprécié modification par modification

* obligation de publier un avis de modification au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE) pour les marchés passés en procédure formalisée ou pour les concessions dont le montant est supérieur aux seuils européens

* des modifications pour circonstances imprévisibles ne peuvent s'appuyer sur les articles R 2194-7 ou R 3135-7 du CCP prévus uniquement pour des modifications non substantielles (modifications possibles sans limite de montant)

- les modifications de faible montant conformément aux articles R 2194-8 et R 3135-8 du CCP :

* montant de la modification inférieur aux seuils européens et à un pourcentage du montant du contrat initial, à savoir 10 % pour les marchés de services et de fournitures et pour les contrats de concession ou à 15 % pour les marchés de travaux

* ces pourcentages s'apprécient en cumulant l'ensemble des modifications quel qu'en soit le fait générateur

Il est à rappeler que les modifications pour circonstances imprévisibles ou de faible montant ne sont qu'une faculté laissée à l'acheteur, le titulaire n'a aucun droit en la matière.

Par ailleurs, si la compensation se traduit par une prolongation de la durée du contrat, celle-ci doit être chiffrée afin de pouvoir déterminer si les conditions prévues par le droit de la commande publique sont respectées.

2- L'indemnisation fondée sur la théorie de l'imprévision

Elle peut se combiner avec une modification de contrat si celle-ci n'a pas permis de résorber le préjudice subi par le titulaire.

Elle vise à compenser des charges extra-contractuelles. Elle n'est donc pas une modification du contrat. Elle se traduit par la passation d'une convention d'indemnisation.

Il s'agit ici d'un véritable droit du titulaire à indemnisation dont il peut se prévaloir devant le juge administratif en cas d'absence d'accord avec l'administration.

Afin d'obtenir des informations complémentaires en la matière, je vous invite à consulter :

- l'avis du Conseil d'État n°405540 du 15 septembre 2022 qui a été publié sur le site internet de la direction des affaires juridiques (DAJ) du ministère de l'économie, des finances et de la souveraineté industrielle et numérique et accessible à partir du lien ci-après :

https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/execution-marches/avisCE-numero405540.pdf?v=1663844107

- ainsi que la fiche de la DAJ intitulée « Possibilités offertes par le droit de la commande publique de modifier les conditions financières et la durée des contrats de la commande publique pour faire face à des circonstances imprévisibles et articulation avec l'indemnité d'imprévision », qui est venue préciser la portée et les modalités d'application de l'avis de la haute Juridiction et dont le lien est le suivant :

https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/crisesanitaire/FT_modification_contrats_en_cours.pdf?v=1663844107

Mes services restent à votre disposition pour tous renseignements ou conseils dont vous auriez besoin.

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)