



**PRÉFET
DE L'HÉRAULT**

*Liberté
Égalité
Fraternité*

**Direction des relations avec les collectivités locales
Bureau du contrôle de légalité**

Montpellier, le **25 OCT. 2022**

Affaire suivie par : Coralie ROUCHAUD/ Géraldine MEFFRE
Téléphone : 04 67 61 62 29/ 04 67 61 68 64
Mél : coralie.rouchaud@herault.gouv.fr
geraldine.meffre@herault.gouv.fr

Monsieur le préfet de l'Hérault

à

Monsieur le Président du Conseil Départemental

Mesdames et Messieurs les Maires du
Département

Mesdames et Messieurs les Présidents des
Établissements Publics de Coopération
Intercommunale

Mesdames et Messieurs les Présidents de
syndicats Mixtes

Mesdames et Messieurs les Présidents d'Offices
Publics de l'Habitat

Monsieur le Président de l'Association des Maires
de l'Hérault

Objet : Circulaire relative à l'exécution des contrats de commande publique dans le contexte actuel de la hausse des prix

Réf. : – Circulaire n°6374/SG du 29 septembre 2022 de la Première ministre Élisabeth Borne relative à l'exécution des contrats de commande publique dans le contexte actuel de hausse des prix de certaines matières premières et abrogeant la circulaire n°6338/SG du 30 mars 2022 ;
– CE, avis, 15 septembre 2022 n° 405 540, NOR – ECOM2217151X86 ;
– Fiche de la DAJ du ministère de l'Économie des finances et de la souveraineté industrielle et numérique en date du 21 septembre 2022

La très forte hausse des prix et composants et les difficultés d'approvisionnement pour certaines matières premières (crise du Covid-19 et guerre en Ukraine), ont entraîné un renchérissement important des coûts de production. Cette situation a engendré des difficultés d'exécution des contrats de la commande publique, au regard notamment de leurs clauses financières. Le Conseil d'État (CE) a rendu son avis, en date du 15 septembre 2022, en précisant la possibilité, sous certaines conditions, de modifier les seules clauses financières d'un contrat de la commande publique en application des articles R. 2194-5 et R. 2194-8 (s'agissant des marchés publics) et R. 3135-5 et R. 3135-8 (s'agissant des contrats de concession). Par ailleurs, la circulaire n°6374/SG en date du 29 septembre 2022 de la Première ministre Élisabeth Borne abroge la circulaire du Premier ministre Jean Castex n°6338/SG du 30 mars 2022.

Dans ce contexte, j'appelle votre vigilance sur les points suivants :

1. L'obligation de prévoir des prix révisibles pour de nombreux marchés publics

La Circulaire n° 6374/SG (E.BORNE) du 29/09/2022, rappelle que le droit de la commande publique impose la prise en compte, dans la rédaction des cahiers des charges, des fluctuations économiques pour l'exécution financière de nombreux marchés publics. **Aux termes de l'article R.2112-13 du CCP, les acheteurs sont tenus de conclure des marchés publics à prix révisibles.** C'est notamment le cas des marchés ayant pour objet l'achat de denrées alimentaires, mais aussi l'achat d'énergies lorsque les usages de la profession ne prévoient pas de prix fermes (certains contrats de fourniture de gaz et d'électricité). L'article R.2112-14 précise en outre que pour les marchés de plus de 3 mois qui nécessitent une part importante de fournitures dont le prix est directement affecté par les cours mondiaux, la clause de révision des prix inclut au moins une référence aux indices officiels de fixation de ces cours. C'est le cas de nombreux marchés de travaux ainsi que des marchés de transports.

Ces obligations doivent être impérativement respectées dans les futures procédures de passation marchés. Il faut en particulier veiller à retenir des fréquences et des références ou formules de révision des prix qui soient suffisamment représentatives des conditions économiques. Afin que les clauses de révision de prix puissent refléter fidèlement les variations des coûts réellement subies, à la hausse comme à la baisse, les contrats conclus ne devront pas prévoir de termes fixes au sein de la formule de révision des prix et ne devront pas contenir de clause butoir :

- La formule de révision du prix des matières premières concernées doit inclure une référence aux indices officiels de fixation des cours mondiaux. Ces paramètres doivent être en relation directe avec l'objet du contrat ;
- Le contrat doit faire référence au nom de l'organisme qui assure la publication de l'indice (INSEE notamment) ;
- En cas d'omission, la responsabilité de l'acheteur est susceptible d'être engagée. Il faut donc être vigilant sur ce point.

2. Les modifications pour circonstances imprévisibles (R.2194-5 et R.3135-5 du CCP)

Dans son avis, le CE considère que ces dispositions autorisent une modification d'un contrat de la commande publique dite modification « sèche » du prix ou des tarifs ne portant que sur le prix, les tarifs, les conditions d'évolution des prix ou les autres clauses financières, sans que cette modification soit liée à une modification des caractéristiques et des conditions d'exécution des prestations, lorsqu'elle est rendue nécessaire par des circonstances imprévisibles. Cette modification « sèche » des conditions financières peut notamment consister à modifier les prix d'un contrat, qu'ils soient forfaitaires ou unitaires, ou modifier les clauses de réexamen et notamment de révision des prix convenues initialement au contrat si leur application ne suffit pas à opérer la compensation voulue, ou intégrer une telle clause si elle n'était pas prévue initialement. Une modification pour circonstances imprévisibles peut être envisagée par les parties sur le fondement de l'article R. 2194-5 ou R. 3135-5, alors même qu'elle serait substantielle au sens de l'article R. 2194-7 ou R. 3135-7, lorsque les conditions suivantes sont remplies : **La modification doit être justifiée par des circonstances imprévisibles dont les conséquences onéreuses excèdent ce qui pouvait être raisonnablement prévu par les parties. La modification sur ce fondement suppose ainsi la survenance d'une circonstance imprévisible pour les parties dans son principe et/ou dans son ampleur au moment où le contrat a été passé. Les parties ne doivent pas avoir contribué, en tout ou partie, à la survenance de l'évènement ou à l'aggravation de ses conséquences. La modification envisagée doit par ailleurs être nécessaire pour permettre la poursuite de l'exécution du contrat.**

Une modification du contrat qui ne serait pas strictement nécessaire pour faire face aux effets de la circonstance imprévisible :

- remettrait en cause de manière induue ou injustifiée les conditions de la mise en concurrence initiale ;
- contreviendrait au principe d'ordre public d'interdiction des libéralités et à l'exigence constitutionnelle de bon usage des deniers publics rappelée à l'article L. 3 du code de la commande publique et qui découle des articles 14 et 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ;
- et méconnaîtrait le principe constitutionnel d'égalité devant les charges publiques.

En conséquence, les parties peuvent convenir, pour faire face à une circonstance imprévisible, d'une modification des conditions des clauses financières ou de la durée des contrats de la commande publique dans les hypothèses, conditions et limites prévues par le droit de la commande publique, telles que :

- **La modification doit être justifiée** par des circonstances imprévisibles dont les conséquences onéreuses excèdent ce qui pouvait être raisonnablement prévu par les parties. La modification sur ce fondement suppose ainsi la survenance d'une circonstance imprévisible pour les parties dans son principe et/ou dans son ampleur au moment où le contrat a été passé ; les parties ne doivent pas avoir contribué, en tout ou partie, à la survenance de l'évènement ou à l'aggravation de ses conséquences. La modification envisagée doit par ailleurs être nécessaire pour permettre la poursuite de l'exécution du contrat ;
- **La modification envisagée** doit ainsi être nécessaire et **proportionnée** dans son principe, dans son montant comme dans sa durée pour faire face à la circonstance imprévisible ;
- **La modification du contrat n'est destinée qu'à compenser les seules pertes** dépassant les limites maximales envisagées par les parties lors de la conclusion du contrat ;
- **Le montant de la modification pour circonstances imprévisibles ne peut excéder 50 % de la valeur du contrat initial pour les contrats passés par les pouvoirs adjudicateurs.**

3. L'application de la théorie de l'imprévision

La circonstance imprévisible peut provoquer un bouleversement temporaire de l'économie du contrat de nature à ouvrir droit à une indemnité d'imprévision pour le titulaire. En effet, selon le CE, « les parties peuvent conclure, sur le fondement de la théorie de l'imprévision, une convention d'indemnisation dont le seul objet est de compenser les charges extra contractuelles subies par le titulaire ou le concessionnaire en lui attribuant une indemnité (CE, 17 janvier 1951, Hospices de Montpellier, n° 97 613), afin qu'il puisse poursuivre l'exécution du contrat pendant la période envisagée. Celle-ci ne peut être que temporaire et la convention doit précisément la fixer. Contrairement aux modifications du contrat, il s'agit d'un véritable droit du titulaire à indemnisation dont il peut se prévaloir devant le juge administratif en l'absence d'accord avec l'administration sur le principe et/ou sur l'objet et le montant d'une modification du contrat, sur une indemnité conventionnelle ou sur une combinaison de ces deux solutions pour compenser les pertes anormales, c'est-à-dire la part du déficit subi excédant les pertes maximales raisonnablement envisagées par les parties lors de la conclusion du contrat.

Cette indemnité peut ainsi être versée :

- soit sur le fondement d'un accord indemnitaire conclu avec l'acheteur ;
- soit, en cas de désaccord de l'acheteur sur le principe et le montant de cette indemnité, par le juge du contrat saisi par le titulaire.

Le CE a enfin estimé que la théorie de l'imprévision relève d'un régime juridique autonome des règles de modification du contrat et permet une indemnisation qui n'est pas limitée par le seuil de 50 % par modification. (R. 2194-3 et R. 3135-3 du CCP) pour les marchés publics et les contrats de concession lorsqu'ils sont passés par des pouvoirs adjudicateurs. Dans son avis du 15 septembre 2022, le CE souligne que « cette convention d'indemnisation ne peut être regardée comme une modification d'un marché ou d'un contrat de concession au sens des dispositions du 3° des articles L. 2194-1 et L. 3135-1 et de celles des articles R. 2194-5 et R. 3135-5 du CCP ».

4. Une résiliation amiable de contrat est possible

La circulaire rappelle qu'il est tout à fait loisible aux parties de résilier à l'amiable le contrat et elle précise que dans le cadre d'une résiliation différée, le titulaire a droit à une indemnité d'imprévision si les conditions prévues par les textes sont réunies et pour la partie du contrat qu'il lui reste à exécuter.

5. Le gel des pénalités contractuelles

La Première ministre dans sa circulaire recommande que l'exécution des clauses du contrat prévoyant des pénalités de retard ou l'exécution de prestations aux frais et risques de l'entreprise soit suspendue tant que le titulaire du contrat est dans l'impossibilité de s'approvisionner dans des conditions normales.

6. Les contrats de droit privé

Enfin, concernant les contrats de droit privé, la circulaire précise que ces contrats peuvent être renégociés en application de l'article 1195 du Code civil.

Mes services (direction des relations avec les collectivités locales, bureau du contrôle de légalité) se tiennent à votre disposition pour vous fournir toute précision supplémentaire dont vous pourriez avoir besoin à la boîte fonctionnelle suivante : pref-drcl-contrôle-legalite@herault.gouv.fr

Par ailleurs, vous retrouverez toutes les actualités relatives à la commande publique sur notre site internet : <https://www.herault.gouv.fr/Services-de-l-Etat/Etat-et-collectivites/Contrôle-de-legalite/Commande-publique>

Le préfet,


Hugues MOUTOUH