



**PRÉFET
DE LA CORSE-
DU-SUD**

*Liberté
Égalité
Fraternité*

**Direction des politiques publiques
et des collectivités locales
Bureau du contrôle de légalité**

Ajaccio, le 28 août 2022

CIRCULAIRE MARCHÉ PUBLIC ENVOLÉE DES PRIX

L'instabilité et l'envolée sans précédent des prix de certaines matières premières, tout particulièrement du gaz et du pétrole constituent une circonstance exceptionnelle de nature à affecter gravement, dans plusieurs secteurs d'activité, les conditions d'exécution des contrats voire leur équilibre économique.

La présente circulaire a vocation à vous présenter des recommandations en matière d'exécution des contrats de la commande publique.

Ces recommandations ont pour objet de garantir la continuité de vos contrats tout en veillant à ne pas pénaliser les entreprises.

Pour rappel, les services de la préfecture sont à votre disposition pour vous aider dans vos démarches.

RECOMMANDATION DANS LA PASSATION DES CONTRATS DE COMMANDE PUBLIQUE

1- Rappel des conditions de modification des contrats de commande publique en cours

La pénurie des matières premières et la hausse des prix des approvisionnements sont susceptibles de lourdes conséquences sur les conditions techniques d'exécution des contrats.

Ces conséquences peuvent notamment rendre nécessaire une modification des spécifications des contrats en substituant par exemple un matériau à celui initialement prévu et devenu introuvable ou trop cher ou encore en modifiant les quantités ou le périmètre des prestations à fournir, ou même en aménageant les conditions et délais de réalisation des prestations et ce afin de pallier les difficultés provoquées par cette situation.

Dans ces hypothèses, je vous rappelle qu'il vous est possible de recourir à la modification des contrats en cours d'exécution, procédure prévue par le code de la commande publique, notamment en son article R 2194-5.

Ainsi, dès lors que des modifications sont rendues nécessaires par des circonstances qu'une autorité contractant diligente ne pouvait pas prévoir lorsque le contrat a été passé, le texte autorise des modifications du contrat pouvant atteindre, à chaque modification rendue nécessaire, 50 % du montant initial pour les contrats de commande publique.

En revanche, en votre qualité d'acheteur, il ne vous est pas possible d'utiliser cette disposition pour modifier par voie d'avenant les clauses fixant le prix lorsque cette modification de prix n'est pas liée à une modification du périmètre, des spécifications ou des conditions d'exécution du contrat.

2- Rappel des conditions d'application de l'imprévision aux contrats administratifs

La théorie de l'imprévision, codifiée au 3° de l'article L,6 du code de la commande publique, prévoit, en cas de survenance d'un « événement extérieur aux parties, imprévisibles et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat », que le cocontractant qui en poursuit l'exécution a droit à une indemnité.

Cette indemnité 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 en fonction de la conjoncture économique. Toutefois, le droit du titulaire à indemnité peut être reconnu lorsque, même après application des clauses contractuelles, l'économie du marché est bouleversée.

Dans les faits, bien que la hausse exceptionnelle des prix du gaz et du pétrole constatée depuis le dernier trimestre 2021 est sans conteste imprévisible et extérieure aux parties, la condition tenant au bouleversement de l'économie des marchés doit en revanche tenir compte des 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). Ce bouleversement doit entraîner, dans le cadre de l'exécution du contrat, un déficit réellement important et non un simple manque à gagner.

Afin de répondre aux sollicitations des entreprises, il vous appartiendra 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 causes ayant pu occasionner des pertes à l'entreprise.

Ces charges doivent être appréciées par rapport à l'exécution du marché au coût estimé initialement pour des conditions économiques normales et doivent être déterminées au vu de justifications comptables.

Ainsi, le titulaire du marché doit être en mesure de justifier d'une part le 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.

Il conviendra également de tenir compte de la différence entre l'évolution réelle des coûts et celle résultant de l'application de la formule de révision.

S'agissant de la notion de bouleversement économique du contrat, la jurisprudence ne fixe pas de seuil, mais la condition ne peut être considérée comme remplie que lorsque les charges extra-contractuelles ont atteint environ un quinzième (soit 6,66%) du montant initial hors taxes du marché ou de la tranche.

Lorsque l'état d'imprévision est caractérisé, le montant de l'indemnité ne peut correspondre à la perte subie par l'entreprise dans la mesure où elle est la conséquence

d'événements extérieurs aux parties. Il n'est donc pas envisageable que l'acheteur doive supporter seul la charge.

La situation doit alors s'examiner contrat par contrat, sachant que les charges extra-contractuelles peuvent 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.

La situation des entreprises est à prendre en compte dans la mesure où les PME et les artisans ne dispose pas des mêmes moyens pour anticiper et couvrir les aléas extraordinaires susceptibles d'affecter leurs approvisionnements.

Par ailleurs, 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, il importe, au moins pour partie, que l'indemnité soit 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, il vous est possible d'accorder 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.

Enfin, l'indemnisation de prévision ne pouvant être formalisée dans un avenant, elle devra être formalisée par une convention liée au contrat.

3- Le gel des pénalités contractuelles

L'augmentation des prix ne conduit pas, en elle-même à une situation de force majeure permettant au titulaire de se soustraire à ses obligations contractuelles.

Dans ces conditions et au regard du contexte, je vous invite 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

Au regard des circonstances, je vous rappelle l'obligation prévue par le code de la commande publique de conclure des marchés à prix révisibles 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.

Vous êtes invités également à ne pas insérer de clauses butoirs ou de sauvegarde dans la rédaction de vos cahiers des charges.