



**PRÉFET
DE L'ESSONNE**

*Liberté
Égalité
Fraternité*

**DIRECTION DES RELATIONS AVEC
LES COLLECTIVITÉS LOCALES**

Bureau du contrôle de légalité

Affaire suivie par : Sophie PIGNEROL

☎ : 01.69.91.93.05

Mail : pref-contrôle-mp@essonne.gouv.fr

Evry-Courcouronnes, le

27 JUL 2022

Le Préfet de l'Essonne

à

Mesdames et Messieurs les maires,

Mesdames et Messieurs les présidents des
caisses des écoles et centres communaux
d'action sociale,

Madame et Messieurs les présidents des
Établissements Publics de Coopération
Intercommunale à fiscalité propre,

Monsieur le Président du Conseil
Départemental de l'Essonne,

Mesdames et Messieurs les présidents de
syndicats,

En communication à Messieurs les sous-
préfets de Palaiseau et d'Étampes

Objet : L'exécution des contrats de la commande publique dans le contexte actuel de hausse des prix de certaines matières premières

Considérant l'instabilité actuelle et l'augmentation des prix sans précédent de certaines matières premières, les conditions d'exécution des contrats, voire leur équilibre économique, peuvent se trouver affectés de façon significative. Aussi, je tenais par la présente à appeler votre attention sur les principes et règles ci-après afin de vous permettre de faire face aux situations pouvant se présenter en la matière.

1) Les modifications nécessaires des contrats en cours d'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. Il est alors possible de recourir aux dispositions des articles R. 2194-5 et R. 3135-5 du Code de la commande publique qui prévoient notamment le cas des modifications rendues nécessaires

par des circonstances imprévisibles et extérieures qu'une autorité contractante diligente ne pouvait pas prévoir lorsque le contrat a été passé. Dans ce cadre, de telles modifications peuvent atteindre 50 % du montant initial pour les contrats conclus par les pouvoirs adjudicateurs et sont sans limite pour les contrats conclus par des entités adjudicatrices intervenant dans les secteurs de l'eau, l'énergie, des transports et des services postaux.

En effet, il ressort des éléments de doctrine administrative explicités par la circulaire du Premier Ministre, datée du 30 mars 2022 et relative à l'exécution des contrats de la commande publique dans le contexte actuel de hausse des prix des matières premières, le principe selon lequel lorsque l'exécution d'un contrat de la commande publique est compromise par la hausse du prix ou la pénurie de certaines matières premières, il est possible d'en modifier les caractéristiques (le champ territorial d'application, les clauses techniques, les modalités de livraison, les délais d'exécution...) afin d'y remédier et surtout, de garantir la continuité des services publics. Dès lors, un avenant au marché peut être conclu, sur le fondement des articles L. 2194-1-3° et R. 2194-5 du Code de la commande publique, au titre des circonstances imprévues. Cet avenant permettra de tirer les conséquences en termes de rémunération du cocontractant.

En revanche, si de telles modifications du marché sont autorisées, l'acheteur ne peut modifier par voie d'avenant les clauses du contrat fixant les prix pour tenir compte de circonstances imprévisibles et extérieures. Autrement dit, le principe d'intangibilité du prix contractuel et des conditions de son évolution prévues à la signature du contrat, empêche que ces éléments soient renégociés par voie d'avenant pour tenir compte de la hausse du coût de certaines matières premières sans que cela ne résulte d'un changement des caractéristiques des prestations. À cet égard, l'introduction par voie d'avenant d'un nouveau bordereau de prix unitaires serait donc irrégulière.

Ainsi, dans le contexte actuel de hausse des prix de certaines matières premières, seules les clauses d'actualisation ou de révision des prix figurant au marché doivent trouver application dans un premier temps. En l'absence de telles clauses contractuelles, une modification du prix au titre des circonstances imprévues sans modification du périmètre du contrat porterait donc atteinte aux conditions de la mise en concurrence initiale de votre contrat. Néanmoins, s'il est justifié, le recours à la théorie de l'imprévision pourra être envisagé dans un second temps et dans les conditions explicitées par la circulaire du Premier Ministre susmentionnée.

2) Le recours à la théorie de l'imprévision

Pour rappel, la théorie de l'imprévision est codifiée à l'article L. 6-3° du Code de la commande publique. Ces dispositions prévoient, 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. Cette indemnité a pour objet de compenser une partie des charges supplémentaires, généralement qualifiées d'« extracontractuelles » car non prévues lors de la conclusion du contrat, qui entraînent le bouleversement de son équilibre. Comme rappelé ci-avant, il n'y a pas lieu en principe de recourir directement à cette théorie lorsque le marché comporte un mécanisme de révision de prix. **Toutefois, le droit du titulaire à être indemnisé peut lui être reconnu lorsque, même**

après application de telles clauses contractuelles de révision des prix, l'économie du contrat est bouleversée.

Si les critères d'imprévisibilité et d'extériorité des circonstances actuelles semblent bien remplis, le bouleversement de l'équilibre du contrat doit en revanche être regardé au cas par cas. En effet, il convient de tenir compte tant des spécificités du secteur économique dans lequel se place votre contrat que des justifications apportées par l'entreprise attributaire. Un simple manque à gagner est insuffisant. Par ailleurs, la jurisprudence ne fixe pas de seuil unique au-delà duquel elle reconnaît un tel bouleversement mais cette condition est, en principe, considérée comme remplie lorsque les charges extracontractuelles ont atteint environ 1/5^e du montant initial HT. En outre, lorsque l'état d'imprévision est caractérisé, le montant de l'indemnité doit également être déterminé au cas par cas. Elle ne peut pas être supportée par l'administration seule. Toutefois, le juge administratif impute généralement sur la personne publique 90 % du montant de cette charge extracontractuelle (CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, n°59928 ; CE, 21 octobre 2019, *Société Alliance*, n°419155).

Enfin, 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 extracontractuelles. Par conséquent, une convention ou un protocole transactionnel liés au contrat pourront être conclus.

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

Considérant les éléments développés ci-avant, il convient donc de vous assurer que vos marchés respectent les dispositions des articles R. 2112-13 et R. 2112-14 du Code de la commande publique qui prohibent le recours à des prix fermes lorsque les parties sont exposées à des aléas majeurs du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques. Vous veillerez donc à insérer dans vos contrats à venir une clause de révision des prix incluant une référence aux indices officiels de fixation de ces cours. Le non-respect de ces obligations est susceptible d'engager votre responsabilité en tant qu'acheteur diligent.

Mes services restent à votre disposition au besoin sur ce sujet.

Pour le préfet, et par délégation,
la Directrice des Relations avec
les Collectivités Locales



Laurence BOISARD

