



**PRÉFET  
DE LA RÉGION  
PROVENCE-ALPES-  
CÔTE D'AZUR**

*Liberté  
Égalité  
Fraternité*

**Intitulé  
de la direction  
jusqu'à trois lignes**

**Bureau du conseil aux collectivités et  
du contrôle de légalité**

[pref-controle-legalite@bouches-du-rhone.gouv.fr](mailto:pref-controle-legalite@bouches-du-rhone.gouv.fr)

Marseille, le **11 AVR. 2022**

**le Préfet de la région Provence-Alpes-  
Côte d'Azur,  
Préfet des Bouches-du-Rhône**

à

Monsieur le président du Conseil régional,  
Madame la présidente du Conseil départe-  
mental,  
Mesdames et Messieurs les maires,  
Mesdames et messieurs les présidents des  
établissements publics de coopération in-  
tercommunale,  
Mesdames et messieurs les présidents de  
syndicats mixtes,  
Mesdames et Messieurs les présidents des  
offices publics de l'habitat,  
Mesdames et Messieurs les présidents des  
sociétés publiques locales,  
Monsieur le président du service départe-  
mental d'incendie et de secours

Un plan de résilience économique et sociale a été annoncé par le premier ministre le 16 mars dernier. Il vise à amortir les conséquences du choc économique provoqué par la guerre en Ukraine, en particulier les tensions d'approvisionnement en matières premières, déjà visibles avant cette nouvelle crise. Vous trouverez en annexe une fiche synthétique présentant les principales mesures.

J'attire tout particulièrement votre attention sur les mesures relatives à la commande publique dont vous avez la charge, présentant des conséquences pour les entreprises du secteur du bâtiment et des travaux publics.

Vous trouverez en annexe une lettre circulaire à votre attention explicitant la circulaire du 30 mars 2022, relative à la hausse des prix de certaines matières premières.

Par ailleurs, j'active pour les entreprises un point de contact au niveau de chaque sous-préfecture de la région permettant de faciliter le suivi de la commande publique au niveau le plus opérationnel, en lien avec le secrétariat général. Au niveau régional, une cellule est également activée au niveau de la DREETS, en lien avec le SGAR.

**Le Préfet**



**Christophe MIRMAND**

*Pièces jointes :*

- *Synthèse des mesures du plan de résilience économique et social ;*
- *Lettre circulaire du 11 avril 2022 ayant pour objet la passation et l'exécution des contrats de commande publique dans le contexte de hausse des prix des matières premières ;*
- *Lettre circulaire du 30 mars 2022 relative à la hausse des prix de certaines matières premières.*



**Plan de résilience économique et social**

- **Renforcement du « bouclier tarifaire » pour les petites entreprises**
  - **Remise carburant de 15 centimes HT par litre entre le 1er avril et le 31 juillet**, pour tous les ménages et les entreprises.
    - **Sont concernés le gazole et le gazole pêche, l'essence (SP95, E10), le E85, le GNR, le GPL et le GNV.**
- **Soutien aux entreprises dont les dépenses de gaz et d'électricité représentent une part élevée des charges**
  - **Mis en place d'une aide qui bénéficiera aux entreprises dont les dépenses de gaz et d'électricité représentent une part élevée des charges (> 3 % du CA) et qui du fait du renchérissement de leurs dépenses en énergie deviendraient déficitaires en 2022.**
    - Sans conditions de taille d'entreprise ou de secteur
    - Prendra à sa charge la moitié du surplus de dépenses énergétiques, leur permettant ainsi de réduire leurs pertes dans la limite de 80 %.
    - Plafonnée à 25 M€.
    - Mise en œuvre dès que possible pour la période du 1er mars au 31 décembre 2022.
- **Mise en place ou extension d'outils de trésorerie pour éviter les faillites**
  - **Le PGE restera disponible sous ses modalités actuelles jusqu'au 30 juin 2022** et pour les entreprises particulièrement impactées par les conséquences économiques du conflit ukrainien, **le montant du PGE sera relevé pour qu'il puisse atteindre 35 % du CA** (vs. 25% dans le dispositif général)
  - **Le prêt croissance Industrie**, mis en place en décembre dernier, **sera ouvert aux entreprises du BTP**, et le **prêt croissance relance sera ré-abondé.**
    - adapté aux entreprises connaissant des difficultés temporaires de trésorerie en raison de difficultés d'approvisionnement
    - Le montant du prêt peut varier de 50 000 à 5 000 000 d'euros pour les TPE, PME et ETI
  - **Les prêts bonifiés de l'État pourront être accordés jusqu'à la fin de l'année 2022** (vs. fin théorique en juin 2022)
  - **Les possibilités de recours à l'activité partielle de longue durée (APLD) sont prolongées et étendues**
    - possibilité de prolonger jusqu'à 12 mois supplémentaires le bénéfice de l'APLD pour les accords déjà signés
    - possibilité de négocier des accords APLD jusqu'au 31 décembre 2022 au lieu du 30 juin 2022

- possibilité d'adapter les termes d'un accord APLD pendant toute sa durée afin de prendre en compte l'évolution de la situation économique de l'entreprise pendant la crise
  - mise en place d'un accompagnement par les services de l'État des branches et des entreprises non couvertes à date et qui souhaiteraient négocier un accord très rapidement
- Le recours au report ou facilités de paiement des obligations sociales et fiscales sera facilité
- Mise en place au S2 2022 d'une nouvelle facilité de liquidité garantie par l'État, pour les entreprises affectées par la guerre en Ukraine et ses conséquences économiques
- **Accompagnement des entreprises impactées par les mesures de restriction des exportations, des importations et des activités, et facilitation des recherches de débouchés alternatifs des entreprises exportatrices**
  - Mise en place de **points de contact au sein de la Team France Export**
  - Prolongation du dispositif d'assurance-crédit Cap Franceexport au-delà du 31 mars 2022
  - **Assouplissement et prolongation jusqu'à fin 2022 du chèque relance export et du chèque VIE, destinés aux PME-ETI**
    - Le chèque relance export finance jusqu'à 50 % les prestations de projection à l'international.
    - Le chèque relance VIE permet une subvention de 5 000€ par mission
- **Soutiens ciblés aux secteurs les plus exposés à la hausse du coût des intrants**
  - **Agriculture**
    - Mise en place d'une **aide aux éleveurs fortement impactés par l'augmentation forte du coût de l'alimentation animale**
      - Permettra de **compenser sur 4 mois à compter du 1er avril une partie de leurs pertes de marge**, dans la limite des pertes de l'exploitation agricole
      - **Enveloppe qui pourra s'élever jusqu'à 400M€**
    - Mise en place d'un **mécanisme sectoriel de déclaration puis de remboursement anticipé de la TICPE** en complément de la remise carburant de 15 centimes s'appliquant à partir du 1er avril sur le GNR agricole.
    - Vigilance particulière sur la répercussion des hausses des coûts
      - Possibilité de solliciter le médiateur des relations commerciales agricoles
  - **Pêche**
    - Prise en charge des cotisations sociales patronales versée depuis le budget d'action sanitaire et sociale de l'ENIM abondé à due proportion
  - **Transport**
    - **Outre la réduction de 15 centimes/L un complément d'aide sera apporté au titre des pertes constatées au cours des dernières semaines et jusqu'au 1er avril, date d'entrée en vigueur de la « remise carburant »**
    - Pour les entreprises de transport routier de marchandises ou de voyageurs (hors taxis)

- **Le remboursement partiel de TICPE relative à leur consommation de carburants dans le cadre de leur activité professionnelle sera accéléré** selon un rythme mensuel
  - Le recours au report ou facilités de paiement des obligations sociales et fiscales sera facilité.
- **BTP**
  - Le Gouvernement va demander aux acteurs publics **d'appliquer lorsque c'est possible la théorie de l'imprévision pour les marchés publics ne comportant pas de clause de révision de prix et de ne pas appliquer les pénalités de retard lorsque ce dernier est justifié par la prolongation d'un délai de livraison de la part d'un fournisseur à cause de la crise.** La révision du contrat pour imprévision est possible pour les contrats de droit privé de tous les secteurs.
  - **Les cellules de crise BTP** réunissant, sous l'égide du préfet, les fédérations professionnelles de la filière, les distributeurs et industriels locaux et les donneurs d'ordre publics et privés, **seront activées pour offrir un espace de concertation sur les sujets de tension pour le secteur**
- **Sécurisation de l'approvisionnement en intrants critiques**
  - Lancement à venir d'un **Appel à manifestation transverse visant à réduire la dépendance de l'industrie française et des autres secteurs productifs vis-à-vis de la Russie, Biélorussie ou Ukraine**
  - Création d'un **groupe de travail transverse sur les approvisionnements stratégiques destiné à définir les solutions les plus adaptées à court terme**, complété par des travaux spécifiques sur les intrants les plus critiques (aluminium, titane, palladium et platine, gaz rares, tungstène)
  - **Lancement à venir d'une task-force pilotée par P. VARIN dans le domaine des métaux critiques**
  - Lancement d'un plan de sécurisation des engrais pour la prochaine campagne
- **Responsabilisation des donneurs d'ordres en vue d'une solidarité de filière**
  - **Renforcement du rôle du Médiateur des Entreprises**
    - Mise en place d'un **comité de crise sur l'énergie animé par le Médiateur des entreprises**
    - Élargissement de l'action du Médiateur des entreprises aux tensions de filières liées aux pénuries et hausses de coût de l'énergie
- **Des mesures pour renforcer notre souveraineté énergétique**, par différents leviers dont la décarbonation de l'industrie, seront détaillées dans les prochaines semaines
- **Des mesures pour renforcer notre souveraineté alimentaire**
  - **Des mesures à court-terme pour la prochaine campagne** (valorisation des jachères discutée au niveau européen, promotion de systèmes trois cultures en deux ans pour accroître en particulier la production de fourrage et de protéines végétales, plan de lutte contre les dégâts de gibier sur nos cultures stratégiques, de l'irrigation afin d'optimiser la ressource en eau et de parer à une sur-crise climatique)

- **Des mesures de long-terme :**
  - **Lancement à venir de l'appel à projets « Capacités agroalimentaires 2030 » de France 2030** avec pour double objectif de relocaliser des produits agricoles jugés stratégiques (engrais, produits transformés pour l'alimentation animale) et d'industrialiser les projets innovants soutenus par les stratégies d'accélération sur les agroéquipements et l'alimentation durable.
  - **Mise en œuvre d'un plan souveraineté azote** en privilégiant la production d'engrais verts et le développement de filières de valorisation d'engrais organiques
  - **Renforcement du Plan protéines végétales**
  - **Plan de souveraineté énergétique agricole et alimentaire**, pour accélérer le développement des énergies renouvelables (photovoltaïque et biomasse notamment) et la décarbonation de l'amont agricole et des IAA

**Plan souveraineté français et européen « Fruits et légumes »**, associant étroitement |

Marseille, le 11 avril 2022

**Le Préfet de la région Provence-Alpes-Côte d'Azur,  
Préfet des Bouches-du-Rhône,**

**à**

**Monsieur le Président du Conseil régional  
Madame la Présidente du Conseil départemental  
Mesdames et Messieurs les maires  
Mesdames et Messieurs les Présidents des établissements publics  
de coopération intercommunale  
Mesdames et Messieurs les Présidents de syndicats  
mixtes  
Mesdames et Messieurs les Présidents des offices publics de  
l'habitat  
Mesdames et Messieurs les Présidents des sociétés publiques locales  
Monsieur le Président du service départemental  
d'incendie et de secours**

**en communication à  
Monsieur le Secrétaire général pour les affaires régionales  
Madame la Sous-préfète d'Arles  
Monsieur le Sous-préfet d'Aix  
Monsieur le Sous-préfet d'Istres**

**OBJET :** Passation et exécution des contrats de commande publique dans le contexte de hausse des prix des matières premières

Depuis le début de l'année 2021, plusieurs secteurs économiques stratégiques (bâtiment, travaux publics, automobile, chimie, industrie agro-alimentaire...) ont été touchés par des pénuries d'approvisionnement en matières premières, qui engendrent un renchérissement important des coûts et un allongement des délais de livraison des prestations prévues au sein des contrats publics. La situation actuelle de guerre en Ukraine, et les mesures de rétorsion économique prises à l'encontre de la Russie, ont accentué cette hausse durable des prix.

Pour ne pas pénaliser les entreprises des secteurs concernés, les services de l'État se mobilisent pleinement par la mise en œuvre du plan de résilience économique et sociale, annoncé par le Premier Ministre le 16 mars dernier.

En parallèle, la présente circulaire vise à rappeler à l'ensemble des acheteurs publics, et notamment aux collectivités territoriales, les outils juridiques à mobiliser par vos services, afin de maintenir de bonnes conditions économiques tant dans la passation que dans l'exécution des contrats publics.

## **I. Modalités de prise en compte des difficultés économiques dans les marchés en cours d'exécution**

Afin de ne pas pénaliser les entreprises ne pouvant respecter les délais contractuels, les acheteurs peuvent mettre en œuvre des mesures visant à adapter les modalités d'exécution des marchés (1). Si les conséquences de l'envolée du cours des matières premières ne peuvent être neutralisées par des clauses de révision des prix prévues contractuellement, le caractère intangible du prix fait obstacle à toute modification ultérieure du marché, et seule une indemnisation des titulaires sur le fondement de la théorie de l'imprévision est envisageable, **dans des conditions strictes et limitatives.**(2)

### **1/ Les délais d'exécution et l'application des pénalités contractuelles peuvent être adaptées au regard de circonstances constitutives de force majeure**

#### *1.1 Les circonstances constitutives de force majeure*

Si l'augmentation des prix ne conduit pas, en elle-même, à une situation générale de force majeure permettant au titulaire de se soustraire à ses obligations contractuelles, les acheteurs peuvent recourir à l'application de cette théorie jurisprudentielle pour justifier de la non-application des pénalités de retard et du report des délais d'exécution. Il est rappelé que **la force majeure s'entend d'un événement extérieur, imprévisible et irrésistible**. L'imprévisibilité s'apprécie à l'aune de ce qu'un contractant normalement diligent peut prévoir, un événement en lui-même prévisible pouvant avoir des conséquences imprévisibles par leur ampleur. De même, l'appréciation du caractère irrésistible de l'événement tient compte des moyens dont dispose le cocontractant pour l'exécution de ses obligations.

**Ces conditions s'apprécient, au cas par cas, selon les aménagements prévus par les stipulations de chaque contrat.** Quand bien même, les conditions de la force majeure seraient réunies, il convient encore de vérifier les stipulations du contrat pour déterminer si les entreprises sont bien déchargées de leur responsabilité contractuelle. **En effet, les conditions et les effets de la force majeure ne jouent pas si des clauses contractuelles en empêchent l'application.** Les cocontractants sont libres d'organiser leurs relations contractuelles comme ils le souhaitent. Ils peuvent notamment adopter une définition plus restrictive ou plus extensive de la notion de force majeure, conduisant à exclure cette qualification pour des événements particuliers. Ils peuvent également avoir prévu une clause de garantie excluant l'effet exonératoire de la force majeure.

#### *1.2 L'aménagement des délais d'exécution*

Les délais d'exécution peuvent être suspendus ou prolongés. Les clauses contractuelles peuvent anticiper de telles hypothèses, ainsi que le prévoient les différents cahiers des clauses administratives générales (CCAG). Ainsi, dès lors que le titulaire du contrat apporte la démonstration qu'il n'est pas en mesure de respecter certains délais d'exécution, **ou que l'exécution des prestations encadrées par ces délais entraînerait pour lui un surcoût manifestement excessif (à démontrer par un mémoire en justification)**, il lui est possible de solliciter l'autorité contractante afin d'obtenir la prolongation de ces délais spécifiques.



### 1.3 La renonciation aux pénalités de retard

Les acheteurs sont toujours libres de ne pas appliquer les pénalités de retard (CE, 9 novembre 2018, SAS Savoie, n°413533), **sous réserve que cela ne constitue pas une libéralité** (CE 19 mars 1971, Mergui, n°79962). Les acheteurs peuvent même être tenus d'y renoncer en application des clauses du contrat. Le juge administratif invite d'ailleurs les acheteurs publics à faire une application raisonnée des pénalités de retard. Celui-ci peut moduler le montant des pénalités, « *si ces pénalités atteignent un montant manifestement excessif ou dérisoire, eu égard au montant des marchés* » (CE, 29 décembre 2008, OPHLM de Puteaux, n°296930).

## 2/ Les conditions de prise en compte de l'augmentation des prix des matières premières dans les contrats en cours

### 2.1 Rappel liminaire sur le caractère intangible des prix

Le prix contractualisé est intangible, ainsi que les conditions de son évolution prévues à la signature du contrat. Il constitue un élément essentiel de la détermination des offres remises par les candidats au stade de la passation du marché. Aussi, **en l'absence de clause de révision de prix ou de réexamen, toute modification du prix porterait atteinte aux conditions de mise en concurrence initiales** (CE, 15 février 1957, Etablissement Dickson).

### 2.2 Le droit à indemnisation ou à résiliation lorsque la théorie de l'imprévision peut être mise en œuvre

Dans l'hypothèse où l'augmentation des prix des matières premières ou des composants indispensables à l'exécution des prestations entraînerait un bouleversement temporaire de l'économie du contrat, le titulaire du marché peut demander à l'administration une indemnité sur le fondement de la théorie de l'imprévision (CE 1916 Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, codifiée à l'article L.6 3° du code de la commande publique). Cette indemnité a pour objet de compenser les charges extra-contractuelles, non prévues dans le contrat initial et qui en bouscule l'équilibre .

Toutefois, il est de jurisprudence constante que cette théorie peut trouver à s'appliquer seulement au regard des conditions suivantes :

**- Ampleur du bouleversement de l'équilibre économique du contrat : Dans la mesure où les prix des matières premières sont par nature cycliques, une indemnisation sur le fondement de la théorie de l'imprévision ne sera possible, que s'il est démontré que la hausse actuelle des matières premières était imprévisible dans son ampleur et qu'elle a provoqué un déficit d'exploitation direct.**

A cet égard, le titulaire ne peut convoquer un simple manque à gagner (CE 25 novembre 1921 Compagnie générale des automobilistes postales) ou même une disparition totale de son bénéfice (CE 4 octobre 1961, Entreprise Charlet). Il convient donc que le calcul des charges extra-contractuelles s'attache à exclure les autres causes ayant pu occasionner des pertes pour l'entreprise. Le bouleversement est caractérisé lorsque les charges extra-contractuelles ont atteint environ un quinzième du montant initial hors taxes du marché.

– Justifications temporelles et comptables apportées in concreto par chaque titulaire : Il appartient au titulaire d'apporter la preuve que l'achat des matériaux concernés était bien postérieur à la période durant laquelle le prix de ces derniers a augmenté de façon imprévisible. Sur le plan financier et comptable, le titulaire devra être en mesure de justifier les différences entre son prix de revient et sa marge bénéficiaire, entre la phase de passation du marché et son exécution.

– Plafond de l'indemnité accordée : L'indemnité accordée ne peut couvrir qu'une partie du déficit subi par le cocontractant de l'administration. Ce dernier doit, en effet, prendre à sa charge le coût de l'aléa économique « normal » inhérent à tout contrat (CE 21 octobre 2019, Société Alliance, n°419155). Le juge administratif fixe la part d'aléa laissée à la charge du titulaire à 10 % en moyenne, mais ce taux est susceptible de varier entre 5 et 25 %.

– Caractère temporaire de son application : **La mise en œuvre de la théorie de l'imprévision ne peut être que temporaire.** Si les circonstances bouleversant l'économie du contrat sont durables, on est à nouveau dans un cas de force majeure permettant au titulaire de solliciter la résiliation du contrat devenu manifestement inéquitable (CE, 9 décembre 1932, Compagnie des tramways de Cherbourg).

### 2.3 La modification du contrat

Enfin, il sera rappelé que les contrats de commande publique peuvent toujours être modifiés par avenant, dans des conditions de droit commun, sur le fondement de l'article R.2194-5 du code de la commande publique. La pénurie de matières premières peut justifier une modification des spécifications techniques d'un marché (substitution d'un matériau à un autre, modification des quantités, aménagement des conditions de réalisation des prestations). Le montant de ces modifications, décidées par voie d'avenant, ne peut dépasser 50 % du montant initial du marché.

## II. Point d'attention sur la rédaction des futurs marchés

### 1/ Obligations en matière d'actualisation et de révision des prix

L'article R.2112-13 du code de la commande publique prévoit que les marchés publics doivent être conclus à prix révisibles, lorsque les prestations sur lesquelles ils portent sont exposées à des aléas majeurs du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des contrats. **La méconnaissance de cette obligation constitue un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence susceptible d'entraîner l'annulation de la procédure de passation (CE, 9 décembre 2009, Département de l'Eure, n°328803).** Si des marchés ont été conclus sans respecter cette obligation et que des difficultés surviennent en cours d'exécution du contrat du fait de fortes fluctuations, l'acheteur est susceptible d'engager sa responsabilité contractuelle.

La clause de révision doit obligatoirement fixer la date d'établissement du prix initial, les modalités de calcul de la révision ainsi que la périodicité de la révision des prix (art. R2112-13 alinéa 3). **Le rythme de la révision devra idéalement être fixé en fonction du rythme prévisible des fluctuations des prix de l'activité économique concernée.** C'est pourquoi il convient d'éviter l'application systématique d'une échéance annuelle pour les clauses de révision des prix afin de maintenir l'équilibre financier du marché, sans porter préjudice à l'une ou l'autre des parties.

L'article R. 2112-11 impose en outre, s'agissant des marchés conclus à prix ferme, une actualisation du prix si un délai supérieur à trois mois s'écoule entre la date à laquelle le soumissionnaire a fixé son prix dans l'offre et la date de début d'exécution des prestations. **L'attention des acheteurs est appelée sur les difficultés engendrées par la pratique consistant à émettre un ordre de service unique de commencement des travaux, alors même qu'interviennent successivement plusieurs entreprises sur une même opération.** En effet, cette pratique défavorise les entreprises qui interviennent en milieu ou fin de chantier dès lors que la prise en compte d'une éventuelle hausse des prix se fait par référence à une date qui n'est pas celle du commencement de l'exécution des prestations, en méconnaissance de l'article R.2112-11 du code de la commande publique.

## 2/ Clauses relatives aux avances et délais de paiement

Afin de faciliter les approvisionnements et le commencement des prestations sans obérer la trésorerie des entreprises, les acheteurs peuvent également prévoir dans leurs documents contractuels une avance d'au moins 30% du montant du marché conformément aux articles R. 2191 -7 et R. 2191 -8 du code de la commande publique, sans constitution de garantie financière.

Par ailleurs, les retards de paiement ayant des effets particulièrement négatifs sur les liquidités et la gestion financières des opérateurs économiques et plus particulièrement sur les petites et moyennes entreprises, il sera rappelé que les acheteurs ont toute liberté pour fixer, dans les documents contractuels, des délais de paiement inférieurs au maximum réglementaire.

Dans le cadre de la mission de conseil qui m'est dévolue, mes services se tiennent à votre disposition pour délivrer tout complément d'information qui vous serait nécessaire. Vous pouvez adresser vos demandes par courriel à l'adresse [pref-control-legalite@bouches-du-rhone.gouv.fr](mailto:pref-control-legalite@bouches-du-rhone.gouv.fr).

Le Préfet  
  
Christophe MIRLAND

Paris, le 30 mars 2022

n° 6338/SG

à

Mesdames et Messieurs les ministres,  
Mesdames et Messieurs les ministres délégués,  
Mesdames et Messieurs les secrétaires d'État,  
Mesdames et Messieurs les secrétaires généraux,  
Mesdames et messieurs les préfets

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

Référence	n° 6338/SG
Date de signature	27 mars 2022
Emetteur	PRM – Premier ministre
Objet	Conditions d'exécution et de modification des contrats de la commande publique dans le contexte de hausse des prix de certaines matières premières
Commande	La présente circulaire présente aux préfets les recommandations en matière d'exécution des contrats de la commande publique : circonstances dans lesquelles ils peuvent être modifiés en raison de la hausse des prix actuelle ; application de la théorie de l'imprévision aux contrats administratifs avec versement d'une éventuelle indemnité au cocontractant de la personne publique ; gel des pénalités contractuelles dans l'exécution des contrats de la commande publique ; insertion d'une clause de révision des prix dans tous les contrats à venir ; traitement de difficultés analogues dans les contrats de droit privé.
Action(s) à réaliser	Sensibiliser les collectivités locales et leurs établissements publics aux règles relatives l'exécution des contrats de la commande publique présentées dans la circulaire
Echéance	Effet immédiat
Contact utile	La direction des affaires juridiques des ministères économiques et financiers
Nombre de pages et annexes	4 pages

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, et à mettre en danger la pérennité de nombreuses entreprises ainsi que l'emploi de leurs salariés, et par voie de conséquence la continuité même des services publics.

C'est pourquoi, dans le cadre de la passation et l'exécution des contrats de la commande publique (marchés publics comme contrats de concession), je vous demande de veiller à ce que vos services respectent les consignes ci-dessous et d'inviter les opérateurs de l'État placés sous votre tutelle à suivre les mêmes recommandations.

Je demande aussi aux préfets de sensibiliser les collectivités locales et leurs établissements publics à l'importance des principes et règles énoncés ci-après.

### **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 sont susceptibles d'avoir des conséquences sur les conditions techniques d'exécution des contrats. Elles peuvent notamment rendre nécessaire une modification de leurs spécifications, par exemple en substituant un matériau à celui initialement prévu et devenu introuvable ou trop cher, en modifiant les quantités ou le périmètre des prestations à fournir, ou en aménageant les conditions et délais de réalisation des prestations pour pallier les difficultés provoquées par cette situation.

Dans ces hypothèses, il est possible de recourir aux différents cas de modification des contrats en cours d'exécution prévus par le code de la commande publique, notamment par ses articles R. 2194-5 et R. 3135-5 qui, dès lors que ces modifications sont rendues nécessaires par des circonstances qu'une autorité contractante diligente ne pouvait pas prévoir lorsque le contrat a été passé, autorisent des modifications du contrat :

- pouvant atteindre, à chaque modification rendue nécessaire, 50 % du montant initial pour les contrats de la commande publique conclus par des pouvoirs adjudicateurs ;
- et sans plafond pour les contrats de la commande publique 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 doit pas utiliser ces dispositions pour modifier par voie d'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**

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'« *extracontractuelles* », 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 de prix 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 contrat est bouleversée.

Si la hausse exceptionnelle du prix du gaz et du pétrole constatée depuis le dernier trimestre 2021, dont l'ampleur est accentuée par la crise en Ukraine, est sans conteste imprévisible et extérieure aux parties, tout comme la flambée du prix de certaines matières premières, la condition tenant au bouleversement de l'économie des marchés doit en revanche être analysée au cas par cas en tenant 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, n° 59928). Ce bouleversement doit entraîner dans le cadre de l'exécution du contrat un déficit réellement important et non un simple manque à gagner.

Il convient donc de procéder à la détermination des charges extracontractuelles 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 sont appréciées par rapport à l'exécution du marché au coût estimé initialement pour des conditions économiques normales. Elles doivent être déterminées au cas par cas au vu de justifications comptables. Le titulaire doit donc être en mesure de justifier, d'une part, son 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. 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.

Si la jurisprudence ne fixe pas de seuil unique au-delà duquel elle reconnaît un tel bouleversement, cette condition n'est, en principe, considérée comme remplie que lorsque les charges extracontractuelles ont atteint environ un quinzième du montant initial HT du marché ou de la tranche. À titre d'exemple, une augmentation supérieure à 7 % du coût d'exécution des prestations, en raison de la hausse forte et imprévisible du prix du carburant en 2000, a été considérée comme bouleversant l'équilibre financier du contrat (CAA Marseille, 17 janvier 2008, *Société Altagna*, n° 05MA00492) alors qu'une augmentation de l'ordre de 3 % a été jugée comme n'ayant pas bouleversé l'équilibre d'un contrat (CE 30 novembre 1990, *Société Coignet entreprise*, n° 53636).

Lorsque l'état d'imprévision est caractérisé, le montant de l'indemnité doit être déterminé au cas par cas. La perte effective subie par l'entreprise étant la conséquence d'événements extérieurs aux parties, elle ne peut pas être supportée par l'administration seule. Si la jurisprudence a, en moyenne, fixé la part d'aléa laissée à la charge du titulaire à 10 % du montant du déficit résultant des charges extracontractuelles, ce taux est néanmoins susceptible de 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. Dans l'appréciation de ces diligences, il convient bien sûr de prendre en compte les différences de situation des entreprises : les PME, les TPE et les artisans n'ont pas les mêmes moyens que les grandes entreprises et les grands groupes pour anticiper et couvrir les aléas extraordinaires susceptibles d'affecter leurs approvisionnements.

Si le montant des charges extracontractuelles doit être évalué sur l'ensemble du contrat, et donc à la fin de l'exécution de celui-ci, cette indemnité doit, au moins pour partie, être 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, les acheteurs accorderont 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. Le montant de ces versements provisionnels, destiné à permettre à l'entreprise de faire face aux charges exceptionnelles qu'elle subit momentanément, sera fixé en tenant compte des données de chaque espèce et notamment de la situation du titulaire.

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. Elle sera dès lors formalisée par une convention liée au contrat, applicable pendant la situation d'imprévision et qui pourra comprendre 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**

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. L'idée d'une « force majeure financière » serait d'ailleurs incompatible avec la théorie de l'imprévision, conçue précisément pour assurer la continuité du service public en assurant le titulaire que les conséquences du bouleversement de l'économie du contrat seront, pour l'essentiel, prises en charge par l'administration.

Néanmoins, à l'instar des mesures prévues par l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 dans le cadre de la crise sanitaire liée au covid-19, je souhaite que l'exécution des clauses des contrats prévoyant des pénalités de retard ou l'exécution des prestations aux frais et risques du titulaire soient suspendue tant que celui-ci est dans l'impossibilité 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**

Enfin, je vous demande de vous assurer que les marchés conclus par vos services respectent les dispositions des articles R.2112-13 et R.2112-14 du code de la commande publique qui prohibent le recours au prix ferme 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 et imposent que les marchés d'une durée d'exécution de plus de trois mois qui nécessitent pour leur réalisation le recours à une part importante de fournitures, notamment de matières premières, dont le prix est directement affecté par les fluctuations des cours mondiaux, comportent une clause de révision de prix incluant au moins une référence aux indices officiels de fixation de ces cours. Le non-respect de ces obligations est susceptible d'engager la responsabilité de l'acheteur.

En outre, afin de ne pas pénaliser les entreprises, les formules de révision de prix ne contiendront pas de terme fixe et les contrats ne contiendront ni clause butoir, ni clause de sauvegarde.

## 5. Le traitement de difficultés analogues dans les contrats de droit privé

Si des entreprises venaient à signaler à vos services les mêmes difficultés dans l'exécution de leurs contrats de droit privé, l'article 1195 du Code civil prévoit, pour ces contrats conclus depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2016, une obligation de principe, analogue à la théorie de l'imprévision, de tirer les conséquences du bouleversement de l'équilibre économique du contrat par une renégociation du contrat entre les parties ou par une modification ou une résiliation par le juge.

Cette disposition du code civil n'étant pas d'ordre public, elle peut avoir été contractuellement aménagée ou écartée. Toutefois, compte tenu des circonstances exceptionnelles actuelles, les parties peuvent convenir de neutraliser une telle clause limitative dans une logique de répartition des aléas économiques.



Jean CASTEX