



**PRÉFET
DE LA HAUTE-
CORSE**

*Liberté
Égalité
Fraternité*

**Direction des Collectivités territoriales
et des politiques publiques**

Bureau des contrôles de légalité et budgétaire et de
l'organisation territoriale

Bastia, le 12/10/2022

Référence à rappeler : DCTPP/BCLBOT/CG
Affaire suivie par : CG
Tél : 04 95 34 50 88
pref-collectivites-locales@haute-corse.gouv.fr

Le Préfet de la Haute-Corse

à

Circulaire DCTPP/ BCLBOT n° 2022-10

Mesdames et Messieurs les Maires
Mesdames et Messieurs les président(e)s
d'établissements publics de coopération inter-
communale (EPCI)
Monsieur le Président du Conseil d'administr-
tation du Service d'incendie et de secours

*En communication à MM les Sous-Préfets des
arrondissements de Corte et Calvi*

Objet : Exécution et modification des contrats de la commande publique dans le contexte actuel de hausse des prix de certaines matières premières

Réf. : Circulaire n° 6374/SG du 29 septembre 2022 relative à l'exécution et la modification des contrats de la commande publique dans le contexte actuel de hausse des prix de certaines matières premières, abrogeant la circulaire n° 6338-SG du 30 mars 2022
Avis du Conseil d'État du 15 septembre 2022 n° 405540

P. J. : une

Dans le cadre du contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales et de leurs établissements publics, il me paraît utile d'appeler votre attention sur les recommandations à suivre en matière d'exécution des contrats de la commande publique à la suite de l'avis du Conseil d'État du 15 septembre 2022 précité.

Pour rappel, afin de faire face aux difficultés d'exécution des contrats de la commande publique tenant à la flambée des prix des matières premières et composants et à des pénuries d'approvisionnement, la circulaire n° 6338/SG du 27 mars 2022 a rappelé les solutions pouvant être mises en

œuvre.

Au regard des difficultés signalées dans leur mise en œuvre s'agissant en particulier des modalités de compensation des surcoûts subis par les entreprises titulaires de marchés publics et de contrats de concession, le Gouvernement a saisi le Conseil d'État d'une demande d'avis sur la portée des dispositions du droit de la commande publique relatives aux modifications des contrats en cours, ainsi que sur leur articulation avec les règles dégagées par la jurisprudence en matière d'imprévision.

Dans son avis du 15 septembre 2022, l'assemblée générale du Conseil d'État a précisé que si les clauses financières contractuelles, dont le prix, convenues par les parties ne peuvent, en principe, être modifiées, il est néanmoins possible de déroger à ce principe dans les conditions fixées par les directives européennes de 2014 relatives aux marchés publics et aux contrats de concession et transposées dans le Code de la commande publique.

La circulaire du 29 septembre 2022 a pour objet de présenter les recommandations en matière d'exécution des contrats de la commande publique à la suite de l'avis du Conseil d'État du 15 septembre 2022 précité et porte abrogation de la circulaire n° 6338/SG du 27 mars 2022 citée plus avant.

Elle est d'effet immédiat et s'articule autour des 5 thématiques suivantes :

1. L'obligation de prévoir des prix révisables pour de nombreux marchés publics ;
2. La possibilité de procéder à des modifications des seules clauses financières des contrats pour compenser les conséquences des hausses imprévisibles de certains coûts d'approvisionnement des entreprises prestataires ;
3. Le droit du cocontractant à être indemnisé sur le fondement de la théorie de l'imprévision ;
4. La possibilité de résilier le contrat à l'amiable faute d'accord sur les conditions de poursuite du contrat ;
5. Le gel des pénalités contractuelles dans l'exécution des contrats de la commande publique ;

1/ L'obligation de prévoir des prix révisables pour de nombreux marchés publics :

La circulaire rappelle **l'obligation de prévoir des prix révisables pour de nombreux marchés publics**. « *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 de variation des coûts des secteurs objets des prestations, notamment dans le cas des marchés de travaux allotés par corps de métier* ».

La Première ministre demande, par ailleurs, à ce que les contrats ne prévoient pas, sauf exception, de terme fixe au sein de la formule de révision de prix et ne contienne pas de clause butoir.

2 / La possibilité de procéder à des modifications des seules clauses financières des contrats pour compenser les conséquences des hausses imprévisibles de certains coûts d'approvisionnement des entreprises prestataires :

Le Conseil d'État reconnaît que si le prix contractualisé ne peut, en principe, être modifié, ce principe n'est pas absolu et connaît des exceptions.

- Ainsi, dans le contexte actuel, un contrat peut être modifié via le mécanisme des **modifications rendues nécessaires par des circonstances imprévisibles** sur le fondement des articles R. 2194-5 (marchés publics) et R. 3135-5 (concessions) du Code de la commande publique (CCP).
- Sont également autorisées **les modifications de faible montant** sur le fondement des articles R. 2194-8 (marchés publics) et R. 3135-8 (concessions) du CCP. Dans les deux cas, plusieurs conditions sont posées par le Conseil d'Etat et rappelées dans la circulaire.
- Concernant les modifications dites « non substantielles » : **« le contrat ne peut être modifié sur le fondement des articles R. 2194-7 et R. 3135-7 du CCP relatifs aux modifications non substantielles, dès lors qu'il ressort de l'avis du Conseil d'Etat que les modifications rendues nécessaires par des circonstances imprévisibles, même lorsqu'elles ne sont pas substantielles, ne sont pas régies par ces dispositions mais uniquement par celles des articles R. 2194-5 et R. 3135-5 de ce code ».**

3/ Le droit du cocontractant à être indemnisé sur le fondement de la théorie de l'imprévision :

- *« Lorsque le cocontractant de la personne publique est confronté à des pertes anormales provoquées par des circonstances imprévisibles, les parties peuvent aussi choisir, plutôt que de modifier le contrat, **de conclure une convention d'indemnisation** sur le fondement de la théorie de l'imprévision codifiée au 3° de l'article L.6 du CCP ».*
- Trois conditions cumulatives sont nécessaires pour pouvoir appliquer la théorie de l'imprévision :
 - **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 doit être **limitée à ce qui est nécessaire** pour faire face aux circonstances imprévisibles
 - 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.
- **L'indemnité d'imprévision peut être versée en complément de la modification du prix ou des clauses financières d'un contrat** : *« en cas de désaccord entre les parties sur les modifications à apporter au contrat ou sur l'indemnisation à verser au cocontractant, ou si leur accord est insuffisant pour éviter le bouleversement de l'économie des contrats, cette indemnité peut être octroyée par le juge ».*
- La circulaire rappelle également que la jurisprudence laisse traditionnellement à la charge du titulaire **une partie de l'aléa variant de 5 à 25 % du montant de la perte effectivement subie**, en fonction des circonstances et compte tenu des éventuels profits dégagés par l'entreprise dans le cadre du contrat en dehors de la période d'imprévision.
- La circulaire détaille les modalités de versement de cette indemnité. *« Si le montant de l'indemnité d'imprévision doit être évalué à la fin du contrat, **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** ».*
 Pour ce faire, la circulaire explique que les autorités contractantes, dans le cadre d'une convention d'indemnisation, *« peuvent accorder aux entreprises qui en font la demande des in-*

démnités provisionnelles, mandatées avec chaque règlement, à valoir sur l'indemnité globale d'imprévision dont le montant définitif ne pourra être déterminé qu'ultérieurement ».

- À noter que **cette convention pourra comprendre une clause de rendez-vous dont la périodicité permettra d'adapter le montant des provisions en fonction de l'évolution de la situation économique.**

4/ La possibilité de résilier le contrat à l'amiable faute d'accord sur les conditions de poursuite du contrat et le gel des pénalités :

La circulaire vient ici rappeler les possibilités et les recommandations déjà offertes aux collectivités ainsi qu'à leurs établissements publics.

- **La résiliation amiable :**

Il est toujours possible pour les collectivités territoriales et leurs groupements de résilier amiablement leurs contrats administratifs.

Elle résulte d'une négociation entre les parties et contrairement à la transaction prévue à l'article 2044 du code civil, ne comporte pas obligatoirement de concessions réciproques.

En l'absence de clause contraire, la résiliation est réputée pure et simple, c'est-à-dire sans indemnité de part et d'autre.

Pour autant, le cocontractant a droit au paiement des prestations réalisées qui ne lui ont pas été payées.

- **Le gel des pénalités :**

La Circulaire prescrit le gel des pénalités de retard tant que les entreprises titulaires se trouvent être dans l'impossibilité de s'approvisionner dans des conditions normales.

Tels sont éléments qu'il m'a paru important de porter à votre connaissance.

Le Préfet,

SIGNÉ

Michel PROSIC