



**PRÉFET  
DE LA LOIRE**

*Liberté  
Égalité  
Fraternité*

**Direction de la citoyenneté et de la légalité**

Saint-Étienne, le **06 OCT. 2022**

Affaire suivie par : Lina BENKOUSSAS/Ophélie  
RIFFARD

Bureau du contrôle de légalité  
et de l'intercommunalité

Tél. : 04 77 48 48 54

Courriel : [lina.benkoussas@loire.gouv.fr](mailto:lina.benkoussas@loire.gouv.fr)

Réf : 2022/402/LB

La préfète de la Loire

à

Monsieur le président du  
Conseil départemental,  
Mesdames et Messieurs les maires,  
Messieurs les présidents des  
établissements publics  
de coopération intercommunale,  
Mesdames et Messieurs les présidents  
de syndicats mixtes,  
Mesdames et Messieurs les présidents  
de syndicats intercommunaux,  
Monsieur le président du  
conseil d'administration du SDIS,  
Monsieur le président du  
conseil d'administration du CDG42,  
Messieurs les présidents des offices publics  
de l'habitat,

*En communication à :*  
*Monsieur le sous-préfet de Roanne*  
*Monsieur le sous-préfet de Montbrison*

**OBJET :** Circulaire 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 préfectorale du 4 avril 2022

Pour 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 préfectorale du 4 avril dernier vous a rappelé les solutions pouvant être mises en œuvre.

Au regard des difficultés signalées, 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.

Dans son avis du 15 septembre 2022, le Conseil d'État précise que si les clauses financières ne peuvent, en principe, être modifiées, il est possible de déroger à ce principe dans les conditions fixées par les directives européennes de 2014.

De ce fait, la circulaire n°6374/SG du 29 septembre 2022 vient abroger la circulaire n°6338/SG du 30 mars 2022.

## **I L'obligation de prévoir des prix révisibles pour de nombreux marchés publics**

L'article R. 2112-13 du Code de la commande publique (CCP) prévoit que les acheteurs sont tenus de conclure des marchés publics à prix révisibles « *dans le cas où les parties sont exposées à des aléas majeurs du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations* ».

C'est notamment le cas des marchés ayant pour objet l'achat de denrées alimentaires mais aussi l'achat d'énergies lorsque les usagers de la profession ne prévoient pas des prix fermes (par exemple, certains contrats de fourniture de gaz et d'électricité).

Quant aux marchés de plus de trois mois qui nécessitent une part importante de fournitures dont le prix est directement affecté par les fluctuations des cours mondiaux, l'article R. 2112-14 de ce même code précise que la clause de révision de prix inclut au moins une référence aux indices officiels de fixation de ces cours.

Ces obligations visent à assurer une relation équilibrée entre acheteurs et prestataires, aussi bien lorsque les coûts augmentent que lorsqu'ils baissent, en particulier dans les contrats s'exécutant sur plusieurs années.

**Elles doivent être impérativement respectées dans les futures procédures de passation de marchés.**

Vous veillerez 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 travaux allotis par corps de métier.

Je vous demande de veiller également à ce que les contrats conclus ne prévoient pas, sauf exception, de terme fixe au sein de la formule de révision des prix et ne contiennent pas de clause butoir.

## **II 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**

Si les clauses financières ne peuvent, en principe, être modifiées, il est possible de déroger à ce principe dans les conditions fixées par les directives européennes de 2014. De telles modifications sont possibles, soit parce qu'elles sont rendues nécessaires par des circonstances qu'une autorité contractante diligente ne pouvait pas prévoir, soit parce qu'elles sont d'une ampleur limitée. Les conditions économiques nouvelles survenues depuis la conclusion du contrat peuvent donc justifier une renégociation des prix ou des autres clauses financières en application des articles R. 2194-5 ou R. 3135-5 du CCP.

Le Conseil d'État précise qu'une telle modification n'est possible que si l'augmentation des dépenses exposées par l'opérateur économique ou la diminution de ses recettes imputables à ces circonstances ont dépassé les limites ayant pu être raisonnablement envisagées par les parties lors de la passation du contrat. La modification du prix doit être strictement limitée dans son champ d'application et dans sa durée à ce qui est rendu nécessaire par ces circonstances imprévisibles.

**Vous devrez donc vérifier la réalité et la sincérité des justificatifs apportés par le titulaire pour éviter de payer des sommes sans lien avec les circonstances imprévisibles ou dont la réalité ne serait pas objectivement justifiée**

Ces modifications sont limitées à 50 % du montant initial du contrat pour les marchés et concessions conclus par le pouvoir adjudicateur.

Il est toujours possible de procéder à une modification de faible montant des clauses financières sur le fondement des articles R. 2194-8 ou R. 3135-8 du CCP, dès lors que celles-ci ne dépassent pas 10 % du montant initial du contrat pour les marchés de fourniture et de services et les contrats de concession, et 15 % du montant initial pour les marchés de travaux. Ces modifications doivent néanmoins être justifiées.

En revanche, **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'État 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 celles des articles R. 2194-5 et R. 3135-5 de ce code.**

**En tout état de cause, les modifications des contrats en cours, même lorsqu'elles sont rendues nécessaires par les circonstances imprévisibles, doivent être effectuées avec l'accord de l'autorité contractante.**

### **III 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 code de la commande publique.

Celle-ci vise à dédommager **partiellement** le titulaire du préjudice résultant de l'exécution du contrat en raison du bouleversement temporaire de l'équilibre économique de celui-ci.

En cas de désaccord entre les parties, cette indemnité peut être octroyée par le juge. L'indemnisation n'est pas soumise au plafond de 50 % prévu par les articles R. 2194-5 et R. 3135-5 du CCP.

**La condition tenant au bouleversement de l'économie des contrats doit être analysée au cas par cas en tenant compte des spécificités du secteur économique et des justifications apportées par l'entreprise.**

Pour la détermination du montant de l'indemnité, 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.

Si le montant définitif 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.

Dès lors, dans le cadre d'une convention d'indemnisation, vous pouvez accorder aux entreprises 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.

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.

#### **IV Possibilité de résilier le contrat à l'amiable faute d'accord sur les conditions de poursuite du contrat**

Confronté aux mêmes difficultés d'exécution du contrat, vous pouvez également envisager sa résiliation.

La résiliation du contrat peut être convenue avec le titulaire soit à effet immédiat si les prestations peuvent souffrir d'un retard, soit à effet différé, le temps d'organiser une nouvelle procédure de mise en concurrence aux conditions économiques actuelles. Dans cette dernière hypothèse, le titulaire a droit à une indemnité d'imprévision pour la partie du contrat qu'il reste à exécuter, si les conditions sont réunies.

#### **V Le gel des pénalités contractuelles dans l'exécution des contrats de la commande publique**

**L'augmentation des coûts ne saurait justifier que le cocontractant de l'administration puisse se soustraire à ses obligations contractuelles.**

Toutefois, il est souhaitable que l'exécution des clauses prévoyant des pénalités de retard ou l'exécution des prestations aux frais et risques de l'entreprise soient suspendues tant que celle-ci est dans l'impossibilité de s'approvisionner dans des conditions normales.

**Vos services veilleront néanmoins à ce que cette impossibilité résulte bien directement des circonstances extérieures à l'entreprise et non à ses choix de gestion.**

\*\*\*\*\*

Afin d'accompagner vos services dans la mise en œuvre de la présente circulaire, une fiche technique est publiée sur le site internet de la direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie, des finances et de la souveraineté industrielle et numérique : <https://www.economie.gouv.fr/daj/conseil-acheteurs-fiches-techniques>

Mes services restent également à votre disposition pour tout complément d'information dont vous pourriez avoir besoin ([pref-control-legalite@loire.gouv.fr](mailto:pref-control-legalite@loire.gouv.fr)).

Pour la préfète et par délégation,  
le Secrétaire général



Dominique SCHUFFENECKER