



**PRÉFÈTE  
DE LA LOIRE**

*Liberté  
Égalité  
Fraternité*

## Direction de la citoyenneté et de la légalité

Saint-Étienne, le **04 AVR. 2022**

Affaire suivie par : Ophélie RIFFARD  
Bureau du contrôle de légalité  
et de l'intercommunalité  
Tél. : 04 77 48 48 54  
Courriel : [ophelie.riffard@loire.gouv.fr](mailto:ophelie.riffard@loire.gouv.fr)  
Réf : 2022/146/OR

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 :*  
*Madame 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

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.

Standard : 04 77 48 48 48

Télécopie : 04 77 21 65 83

Site internet : [www.loire.gouv.fr](http://www.loire.gouv.fr)

Adresse postale : 2 rue Charles de Gaulle CS 12241 – 42022 SAINT-ÉTIENNE Cedex 1

C'est pourquoi, dans le cadre de la passation et l'exécution des contrats de la commande publique, j'appelle votre vigilance sur les principes et règles énoncés ci-après.

## **I La modification possible 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,
- 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 (CCP), notamment par ses articles R 2194-5 (marchés publics) et R 3135-5 (contrats de concession) qui, dès lors que ces modifications sont rendues nécessaires « **par des circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir** », autorisent des modifications du contrat sous condition :

\* dans la limite de 50 % du montant initial pour les pouvoirs adjudicateurs ; seuil applicable pour chaque modification envisagée ;

\* sans plafond pour les contrats conclus par des entités adjudicatrices intervenant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

**Je vous rappelle que ces dispositions ne permettent pas de modifier 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.**

## **II 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 CCP prévoit qu'en cas de survenance d'un « *évènement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat* », 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 initialement lors de la conclusion du contrat et entraînant 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 être indemnisé peut être reconnu lorsque, même

après l'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 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 concerné 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, *Cie 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 selon chaque situation 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 dépenses 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 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.**

A titre d'exemple, une augmentation supérieure de 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.

Ainsi, 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 son exécution, 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.

### **III 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 à la covid-19, je vous invite à suspendre l'exécution des clauses des contrats prévoyant des pénalités de retard ou l'exécution des prestations aux frais et risques du titulaire tant que ce dernier est dans l'impossibilité de s'approvisionner dans des conditions normales.

### **IV 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 publics conclus par vos soins respectent les dispositions des articles R 2112-13 et R 2112-14 du CCP prohibant 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 imposant 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 votre responsabilité.

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.

\*\*\*\*\*

Je vous rappelle que le Ministère de l'économie, des finances et de la relance met à disposition des acheteurs tout un ensemble de guides et fiches techniques, notamment sur les marchés publics passés en situation de crise sanitaire : <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-controle-legalite@loire.gouv.fr](mailto:pref-controle-legalite@loire.gouv.fr)).

Pour la préfète et par délégation,  
le Secrétaire général

  
Dominique SCHUFFENECKER