

Bureau du contrôle de la
légalité et du conseil aux
collectivités

COMMANDE PUBLIQUE

Exécution et modification des contrats dans un contexte de hausse des prix des matières premières

Dans un contexte de hausse des prix des matières premières et des composants, et de difficultés d'approvisionnement, le déroulement de l'exécution de certains contrats publics peut être perturbé.

Par un avis rendu le 15 septembre 2022 (n° 405540), le Conseil d'État a précisé la doctrine en considérant qu'il est possible, en cas de circonstances imprévisibles et sous certaines conditions, de modifier les seules clauses financières d'un contrat de la commande publique. Il souligne toutefois que le cocontractant de l'administration ne saurait se prévaloir d'un droit à ce que le contrat soit modifié. La modification sollicitée par le titulaire doit donc être acceptée par la personne publique, après vérifications. Le Conseil d'État y rappelle en outre les modalités de versement d'une indemnité sur le fondement de la théorie de l'imprévision.

La circulaire n° 6374/SG du 29 septembre 2022 de la Première Ministre (abrogeant la circulaire n° 6338/SG du 30 mars 2022) rappelle la portée de l'avis précité et revient sur les points d'attention des acheteurs dans la rédaction de leurs futurs contrats.

Les modifications pour circonstances imprévisibles sur le fondement des articles R. 2194-5 et R. 3135-5 du CCP, cas de force majeure

La modification doit être justifiée par des circonstances imprévisibles dont les conséquences onéreuses excèdent ce qui pouvait être raisonnablement prévue par les parties (« *modifications qu'un acheteur diligent ne pouvait prévoir* »).

Elle doit par ailleurs être limitée à ce qui est nécessaire pour faire face aux circonstances imprévisibles.

Enfin, le montant de cette modification ne peut excéder 50 % de la valeur du contrat initial pour les contrats passés par les pouvoirs adjudicateurs.

- Point d'attention : ce fondement ne peut être invoqué pour modifier ou introduire une formule de variation alors que les articles L. 2112-6, R. 2112-9 et R.2112-13 du CCP l'imposent (ex : achat de matières premières agricoles et alimentaires, énergie, travaux, transports, fournitures utilisant du pétrole...).

Les modifications de faible montant sur le fondement des articles R. 2194-8 et R. 3135-8 du CCP

Pour apprécier la condition de respect de non dépassement des seuils de 10 % pour les marchés de fournitures et de services et de 15 % pour les marchés de travaux, il convient de prendre en compte le montant cumulé de l'ensemble des modifications quel qu'en soit le fait générateur, à la condition de ne pas dépasser le seuil des procédures formalisées.

- Quel que soit le fondement juridique de l'avenant, il est rappelé, conformément aux dispositions de l'article L. 1414-4 du code général des collectivités territoriales, que : « *Tout projet d'avenant à un marché public entraînant une augmentation du montant global supérieures à 5 % est soumis pour avis à la commission d'appel d'offres. Lorsque l'assemblée délibérante est appelée à statuer sur un projet d'avenant, l'avis de la commission d'appel d'offres lui est préalablement transmis.* »

La théorie de l'imprévision

En cas de circonstances imprévisibles bouleversant temporairement l'équilibre économique du contrat, le titulaire peut prétendre au versement d'une indemnité sur le fondement de la théorie de l'imprévision.

Cette indemnisation constitue un droit pour le titulaire et peut se combiner avec une modification du contrat si cette dernière n'a pas été de nature à résorber la totalité du préjudice d'imprévision subi par le titulaire.

- Contrairement à la modification qui fait l'objet, en principe, d'un avenant, acté par décision ou délibération (suivant la délégation accordée à l'exécutif), le versement de l'indemnité est formalisé par convention, qui doit obligatoirement être approuvée par délibération de l'assemblée délibérante. Elle n'a cependant pas besoin d'être soumise à l'avis préalable de la CAO.

Des vérifications imposées à l'acheteur public

Dans tous les cas, pour répondre aux sollicitations des titulaires, les acheteurs sont invités à prendre en compte les charges contractuelles et/ou extracontractuelles supportées par ces derniers mais également les aides éventuelles dont ils ont pu bénéficier (par exemple, les dispositifs d'aide aux entreprises impactées par l'augmentation des prix de l'énergie ou les mesures issues des Assises du bâtiment et des travaux publics pour soutenir et simplifier les opérations économiques du secteur).

La personne publique doit veiller à 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 justifiée objectivement par le titulaire. A défaut, il s'agirait d'un enrichissement sans cause au profit du titulaire. Toute demande doit donc faire l'objet d'une analyse au cas par cas, qui dépend du secteur et des stratégies commerciales des entreprises.

- Dans le cadre de cet examen, un modèle de lettre-type, à adapter le cas échéant, est proposé.

Enfin, toute modification ou indemnisation doit être limitée dans la durée. Il peut également être inséré une clause de rendez-vous permettant une nouvelle modification ou un retour aux conditions du marché.

Points d'attention sur la rédaction des marchés à venir

La circulaire n° 6374/SG du 29 septembre 2022 revient sur les obligations prévues par le CCP :

- de conclure des marchés à prix révisibles pour de nombreux marchés publics et de prendre en compte, dans la rédaction des cahiers des charges, les fluctuations économiques pour leur exécution financière ;
- de veiller à ce que les contrats conclus ne prévoient pas, sauf exception, de terme fixe au sein de la formule de révision de prix et ne contiennent pas de clause butoir.

Pour rappel, les dispositions de l'article R. 2112-13 du CCP prévoient qu' « *Un marché est conclu à prix révisable 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. (...) ».

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, n° 328803).

Enfin, l'article L.112-2 du code monétaire et financier interdit toute clause prévoyant des indexations fondées sur le salaire minimum de croissance, sur le niveau général des prix ou des salaires ou sur les prix des biens, produits ou services n'ayant pas de relation directe avec l'objet de la convention ou avec l'activité de l'une des parties. Ainsi, l'utilisation des indices BT01 ou TP01 est proscrit dans toute formule de variation de prix.

Consulter :

☞ la fiche de la direction des affaires juridiques (DAJ) du ministère de l'économie relative aux possibilités offertes par le droit de la commande publique de modifier les conditions financières et la durée des contrats de la commande publique pour faire face à des circonstances imprévisibles et à l'articulation avec l'indemnité d'imprévision

☞ la circulaire du 29 septembre 2022 sur l'exécution des contrats de la commande publique dans le contexte actuel de hausse des prix de certaines matières premières