

Synthèse portant sur la circulaire relative à l'exécution des contrats de la commande publique dans le contexte actuel de hausse des prix de certaines matières premières

Comme annoncé par le Premier ministre lors de sa présentation du plan de résilience économique et sociale le 17 mars dernier, la circulaire visant à faire face à l'instabilité et l'envolée sans précédent des prix de certaines matières premières a été adressée aux membres du Gouvernement et aux préfets.

Cette circulaire, [publiée le 1^{er} avril](#), incite les acteurs à prendre certaines mesures pour pallier les difficultés rencontrées par les entreprises pour la passation et l'exécution des marchés publics confrontés à la flambée des prix de certaines matières premières.

Plusieurs principes et règles sont repris dans la circulaire dont :

- **L'application de la théorie de l'imprévision qui est précisée :**

Pour rappel, la théorie de l'imprévision prévue au 3^o de l'article L. 6^o du Code de la Commande Publique (CCP) précise qu'en cas de survenance « d'un événement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat, le cocontractant, qui en poursuit l'exécution, a droit à une indemnité ».

La circulaire propose une méthode pour analyser les conditions de déclenchement de ce droit au regard de la situation actuelle. S'il est acté que la hausse exceptionnelle du prix du gaz, du pétrole et de certaines matières premières est bien « imprévisible et extérieure aux parties », le titulaire du marché doit en revanche justifier le « bouleversement de l'équilibre du contrat ». Il faut donc « *un déficit réellement important et non un simple manque à gagner* » pour l'entreprise. Néanmoins, l'imprévision peut jouer même en présence d'une clause de révision des prix, si l'économie du contrat est bouleversée malgré l'effet de la clause.

La demande doit être argumentée et chiffrée. Néanmoins, il n'est pas prévu de seuil unique caractérisant le bouleversement de l'économie du marché. La circulaire se réfère à la jurisprudence **en insistant tout de même sur le fait que les TPE-PME n'ont pas les mêmes moyens que les grands groupes et les grandes entreprises.**

La détermination du montant de l'indemnité que la personne publique devra verser à son cocontractant doit être regardée au cas par cas **et prendre en compte le fait que le titulaire soit un artisan, une TPE/PME.**

A noter : Le texte précise que 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...».

- **Les modifications des contrats en cours d'exécution lorsqu'elles sont nécessaires à la poursuite de leur exécution sont rappelées**

Le texte rappelle que l'acheteur peut modifier les contrats conformément aux dispositions des articles R.2194-5 (marchés publics) et R.3135-5 du CCP (concessions) « 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 ».

Attention, la circulaire précise que, l'acheteur ne doit pas utiliser ces dispositions pour modifier par voie d'avenant les clauses fixant les prix lorsque cette modification du prix n'est pas liée à une modification du périmètre, des spécifications ou des conditions d'exécution du contrat.

En revanche, s'il décide de modifier un contrat, par exemple pour substituer un matériau à celui prévu et devenu introuvable ou trop cher ou encore pour prolonger les délais et conditions d'exécution. Le complément financier peut atteindre, pour 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 conclus par des entités adjudicatrices intervenants dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

- **Le gel des pénalités de retard est encouragé au regard des circonstances actuelles**

Si la situation actuelle ne peut être qualifiée de force majeure permettant au titulaire de se soustraire de ses obligations contractuelles, la circulaire incite les acheteurs de l'Etat à suspendre les pénalités de retard ainsi que les clauses prévoyant l'exécution des prestations aux frais et risques du titulaire "tant que celui-ci est dans l'impossibilité de s'approvisionner dans des conditions normales".

Cette recommandation répond aux besoins des entreprises tendant à réactiver les mesures prises par l'ordonnance n°2020-319 du 25 mars 2020 soit dans le cadre de la crise sanitaire liée au covid 19.

- **L'insertion d'une clause de révision des prix dans les futurs contrats est rappelée**

En réponse aux inquiétudes des entreprises concernant l'insertion d'une clause de révision des prix dans les futurs contrats, le texte rappelle fermement aux acheteurs de respecter :

- les dispositions des articles R. 2112-13 et R. 2112-14 du CCP 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
- L'insertion d'une clause de révision des prix pour les marchés d'une durée d'exécution supérieure à trois mois et qui nécessitent le recours à une part importante de fournitures, notamment de matières premières, dont le prix est directement affecté par les fluctuations des cours mondiaux.

A noter : 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.

- **Les cocontractants privés sont également encouragés à prendre des mesures :**

Il est indiqué que si des entreprises signalent des difficultés analogues dans les contrats des droits publics, l'article 1195 du code civil peut être utilisé. Il est précisé que si cette disposition est analogue à la théorie de l'imprévision, elle n'est pas d'ordre public cela veut dire qu'elle a pu être aménagée ou écartée. Toutefois, la circulaire incite les parties à neutraliser toute clause limitative dans une logique de répartition des aléas économiques et des circonstances exceptionnelles actuelles.