



**PRÉFÈTE
DE L'OISE**

*Liberté
Égalité
Fraternité*

**Direction des Collectivités Locales et des Élections
Bureau du Contrôle de la Légalité et des Élections**

Sandrine ANSEL
Chargée du contrôle de la légalité

Beauvais, le **31 MAI 2022**

03 44 06 12 62
sandrine.ansel@oise.gouv.fr

~~Lettre recommandée avec accusé de réception N°~~

Madame la Préfète de l'Oise
à
Madame la Présidente du Conseil Départemental de l'Oise
Mesdames et Messieurs les Maires
Mesdames et Messieurs les Présidents des établissements publics de coopération intercommunale
Monsieur le Président du conseil d'administration du service départemental d'incendie et de secours de l'Oise
Monsieur le Président du centre de gestion de la fonction publique territoriale de l'Oise
Mesdames et Messieurs les Présidents des Établissements publics de santé
Monsieur le Directeur de l'Agence régionale de Santé
Madame le Directeur départemental des finances publiques de l'Oise
Mesdames et Monsieur les Sous-préfets d'arrondissements

Objet : Hausse des prix – mesures à prendre dans le contexte de la crise ukrainienne

P. J. : circulaire du Premier ministre n°6338/SG du 30 mars 2022 sur l'exécution des contrats de la commande publique dans le contexte actuel de hausse des prix des matières premières
- modes opératoires en matière de commande publique utilisés par les services de l'État en Hauts-de-France

La hausse des prix de certaines matières premières impacte les conditions d'exécution des marchés et affecte la pérennité et l'emploi d'entreprises.

Ainsi, par circulaire du 30 mars 2022, le Premier ministre invite l'ensemble des acteurs publics, État, collectivités, établissements publics, à prendre des mesures adaptées aux situations en matière de commande publique.

Je souhaite vous sensibiliser et vous inviter à suivre l'exemple de l'État en termes de réponse aux difficultés pouvant être soulevées par les entreprises partenaires de nos territoires :

- Par le gel des pénalités contractuelles pour prendre en compte les retards engendrés par les difficultés voire les impossibilités d'approvisionnement de certains matériaux ;

03 44 06 12 60
prefecture@oise.gouv.fr
1 place de la préfecture - 60022 Beauvais

- Les avenants aux contrats ne sont pas la solution préconisée, sauf à prendre en compte des questions de substitution de matériaux devenus indisponibles ou d'aménagement des conditions d'exécution du contrat (délais...). A titre d'exemple, une demande de modification de la clause contractuelle de révision est irrecevable.
- L'application de la « théorie de l'imprévision » permet d'envisager une indemnisation destinée à compenser une partie des pertes subies par l'entreprise, dans le cadre du contrat initial. Il importe évidemment de veiller aux critères d'éligibilité et au calcul de l'indemnité de façon à répondre à l'objectif d'équilibre voulu, tout en tenant compte de la capacité des entreprises à anticiper et couvrir les aléas de leurs approvisionnements, les PME, TPE et artisans étant, par nature, bien moins dotés que les grands groupes.
- Enfin, il est vivement recommandé d'insérer dans les contrats à venir une clause de révision de prix.

Les modalités pratiques de mise en œuvre utilisées par les services de l'État sont annexées, à toutes fins utiles, au présent courrier. L'observatoire régional de la commande publique m'a fait part de sa disponibilité pour vous apporter son appui, tout comme la plate-forme régionale des achats et mutualisations de l'État (pfra@hauts-de-france.gouv.fr).

Je compte sur vous pour appliquer les principes et les règles énoncés pour garantir au mieux les conditions d'exécution des contrats.

Mes services restent à votre disposition pour toute précision que vous jugeriez utile.

Pour la Préfète, et par délégation,
Le Secrétaire général,

Sébastien LIME

Paris, le 30 mars 2022

n° 6338/SG

à

Mesdames et Messieurs les ministres,
Mesdames et Messieurs les ministres délégués,
Mesdames et Messieurs les secrétaires d'État,
Mesdames et Messieurs les secrétaires généraux,
Mesdames et messieurs les préfets

Objet : Circulaire relative à l'exécution des contrats de la commande publique dans le contexte actuel de hausse des prix de certaines matières premières.

Référence	n° 6338/SG
Date de signature	27 mars 2022
Emetteur	PRM – Premier ministre
Objet	Conditions d'exécution et de modification des contrats de la commande publique dans le contexte de hausse des prix de certaines matières premières
Commande	La présente circulaire présente aux préfets les recommandations en matière d'exécution des contrats de la commande publique : circonstances dans lesquelles ils peuvent être modifiés en raison de la hausse des prix actuelle ; application de la théorie de l'imprévision aux contrats administratifs avec versement d'une éventuelle indemnité au cocontractant de la personne publique ; gel des pénalités contractuelles dans l'exécution des contrats de la commande publique ; insertion d'une clause de révision des prix dans tous les contrats à venir ; traitement de difficultés analogues dans les contrats de droit privé.
Action(s) à réaliser	Sensibiliser les collectivités locales et leurs établissements publics aux règles relatives l'exécution des contrats de la commande publique présentées dans la circulaire
Echéance	Effet immédiat
Contact utile	La direction des affaires juridiques des ministères économiques et financiers
Nombre de pages et annexes	4 pages

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.

C'est pourquoi, dans le cadre de la passation et l'exécution des contrats de la commande publique (marchés publics comme contrats de concession), je vous demande de veiller à ce que vos services respectent les consignes ci-dessous et d'inviter les opérateurs de l'État placés sous votre tutelle à suivre les mêmes recommandations.

Je demande aussi aux préfets de sensibiliser les collectivités locales et leurs établissements publics à l'importance des principes et règles énoncés ci-après.

1. La modification 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, ou 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, notamment par ses articles R. 2194-5 et R. 3135-5 qui, 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, autorisent des modifications du contrat :

- pouvant atteindre, à 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 de la commande publique conclus par des entités adjudicatrices intervenant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

En revanche, l'acheteur ne doit pas utiliser ces dispositions pour modifier par voie d'avenant 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.

2. 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 code de la commande publique, prévoit, en cas de survenance d'un « événement extérieur aux parties, imprévisibles et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat », que 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 lors de la conclusion du contrat, qui entraînent 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 indemnité peut être reconnu lorsque, même après 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 du prix 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 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, Compagnie 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 au cas par cas 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 débours 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 unique 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. À titre d'exemple, une augmentation supérieure à 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 : 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 l'exécution de celui-ci, 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.

3. 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 au covid-19, je souhaite que l'exécution des clauses des contrats prévoyant des pénalités de retard ou l'exécution des prestations aux frais et risques du titulaire soient suspendue tant que celui-ci est dans l'impossibilité de s'approvisionner dans des conditions normales.

4. L'insertion d'une clause de révision des prix dans tous les contrats de la commande publique à venir

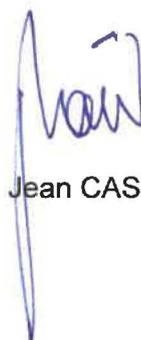
Enfin, je vous demande de vous assurer que les marchés conclus par vos services respectent les dispositions des articles R.2112-13 et R.2112-14 du code de la commande publique qui prohibent le recours au prix ferme lorsque les parties sont exposées à des aléas majeurs du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la durée d'exécution des prestations et imposent 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 la responsabilité de l'acheteur.

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.

5. Le traitement de difficultés analogues dans les contrats de droit privé

Si des entreprises venaient à signaler à vos services les mêmes difficultés dans l'exécution de leurs contrats de droit privé, l'article 1195 du Code civil prévoit, pour ces contrats conclus depuis le 1^{er} octobre 2016, une obligation de principe, analogue à la théorie de l'imprévision, de tirer les conséquences du bouleversement de l'équilibre économique du contrat par une renégociation du contrat entre les parties ou par une modification ou une résiliation par le juge.

Cette disposition du code civil n'étant pas d'ordre public, elle peut avoir été contractuellement aménagée ou écartée. Toutefois, compte tenu des circonstances exceptionnelles actuelles, les parties peuvent convenir de neutraliser une telle clause limitative dans une logique de répartition des aléas économiques.



Jean CASTEX



MODE OPÉRATOIRE

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

Utilisé par les services de l'État en région Hauts-de-France

La circulaire met à disposition des acheteurs 4 leviers pour répondre aux impacts liés à la hausse de prix ou à la pénurie de certaines matières premières rencontrées par les entreprises :

- 1.** Le gel des pénalités contractuelles
- 2.** La généralisation de la clause de révision dans tous les contrats
- 3.** La modification des contrats en cours, nécessaire à la poursuite de leur exécution
- 4.** L'indemnité possible du titulaire sur la base de la théorie de l'imprévision

Afin de faciliter la mise en œuvre de ces mesures et d'en assurer le suivi, ce mode opératoire est mis à disposition des services de l'État en région.

Si le gel des pénalités contractuelles et la systématisation de la révision des prix sont d'application rapide, des fiches pratiques ont été réalisées pour la modification des contrats en cours et l'indemnisation sur la base de la théorie de l'imprévision.

ATTENTION :

→ L'imprévision est l'ultime recours, les 3 autres leviers (révision, modifications, gel des pénalités) étant prioritaires et censés résoudre les difficultés liées aux hausses des prix et pénuries.

1. Le gel des pénalités contractuelles

Objectif : Ne pas pénaliser financièrement l'entreprise des impacts de l'indisponibilité ou hausse des prix des matières premières.

Continuité des mesures prévues par l'ordonnance n°2020-319 du 25 mars 2020 :

- Renonciation aux pénalités de retard suspendues
- Renonciation à l'exécution aux frais et risques

Qui fait quoi ?

- L'entreprise est à l'initiative de la demande.
- L'entreprise présente une demande chiffrée avec le détail des jours de retard.
- Le service valide.
- Le tableau de suivi est mis à jour par le service qui le transmet à la PFRA.
- La Plateforme régionale des achats de l'État (PFRA) circularise l'information au bureau budgétaire.

2. Une clause de révision dans tous les contrats

Objectif : Prendre en compte les fluctuations des matières premières.

Fondement :

R.2112-13 et R.2112-14

Point d'attention sur la rédaction des futurs marchés :

- Formule de révision pour les marchés d'une durée de plus de 3 mois si recours important à la fourniture
- Abandon de terme fixe, de clause butoir, clause de sauvegarde
- CCAG FCS prévoit une révision de prix au minimum tous les 3 mois, si part importante de matières premières dont le prix est directement affecté par les fluctuations de cours mondiaux (article 10.2.2)

Clause du CCAP :

Toute révision de prix fera l'objet d'une demande de l'entreprise suivie d'un dialogue et d'un accord avec le pouvoir adjudicateur.

Une fréquence inférieure à un an pourra être prévue sur demande de l'entreprise et plafonnée à 5% par révision.

3. La modification des contrats en cours,

nécessaire à la poursuite de leur exécution

Fondement :

R.2194-5 et R.3135-5 du code de la commande publique

Objectif : Permettre la poursuite de l'exécution en recherchant des alternatives.

Quelles modifications sont possibles ?

- Substitution d'un matériau à celui initialement prévu et devenu introuvable ou trop cher
- Modification des quantités
- Modification du périmètre des prestations à fournir
- Aménagement des conditions de réalisation des prestations (délais)

Dans quelles conditions ?

- Modifications rendues nécessaires par des circonstances qu'une autorité contractante diligente ne pouvait prévoir
- Chaque modification rendue nécessaire peut atteindre 50 % du montant initial.

Qui fait quoi ?

- L'entreprise est à l'initiative de la demande.
- Le service qui reçoit la demande identifie les alternatives permettant de poursuivre l'exécution du marché.
- Le service saisit la PFRA pour être accompagné lors de la première sollicitation.
- Le service mène la négociation avec l'entreprise sur la base des alternatives identifiées (accompagnement possible de la PFRA).
- Le service formalise l'avenant.
- Le tableau de suivi est mis à jour par le service qui le transmet à la PFRA.
- La PFRA circularise l'information au bureau budgétaire.

Point de vigilance :

Un avenant modifiant uniquement le prix sans modification du périmètre, des spécifications ou conditions d'exécution du contrat ne peut être signé.

4. Indemnité possible du titulaire : théorie de l'imprévision

Fondement :

L.6 du code de la commande publique

Objectif : Compenser temporairement une partie des charges supplémentaires, non prévue à la conclusion du contrat.

Quelle indemnité est possible ? (Jurisprudence)

Quand les charges extracontractuelles atteignent 1/15^e (soit environ 6,7 %) du montant initial HT du marché ou de la tranche :

- L'administration peut supporter entre 75 % et 95 % de ces charges extracontractuelles suivant les différences de situations des entreprises.

- Possible de verser des indemnités provisionnelles, mandatées avec chaque règlement pour permettre aux entreprises de faire face aux charges (montant définitif arrêté à la fin du contrat).

→ Point d'attention pour les PME, TPE, artisans qui n'ont pas les mêmes moyens d'anticipation.

Formalisation de cette indemnité

- Pas par voie d'avenant car n'a pas vocation à modifier les clauses du contrat mais à compenser.
- Par convention applicable pendant la situation d'imprévision avec une clause de rendez-vous à l'issue du contrat pour fixer le montant définitif de l'indemnité.

Dans quelles conditions ? (3 conditions cumulatives)

- « Événement extérieur aux parties »
- « Imprévisible »
- « Bouleversant temporairement l'équilibre du contrat »

Exemple : La hausse exceptionnelle du prix du gaz et du pétrole remplit 2 conditions : imprévisible et extérieure.

Qui fait quoi ? / Point de vigilance →

Qui fait quoi ?

- L'entreprise est à l'initiative de la demande.
- L'entreprise présente une demande chiffrée avec des justificatifs à l'appui.
- Le service qui reçoit la demande vérifie qu'il s'agit bien de charges extracontractuelles, non prévues au contrat initial.
- Le service peut estimer qu'il n'a pas les éléments suffisants à la vérification et demande alors à l'entreprise de justifier.
- En cas d'éléments suffisants, le service vérifie les éléments de coûts, les preuves d'achat des matériaux concernés postérieur à la période durant laquelle le prix de ces derniers a augmenté de façon imprévisible, le calcul proposé...
- Le service détermine l'effort consenti et le taux de prise en charge (de 75 à 95%).
- Le service saisit la PFRA pour être accompagné lors de la première sollicitation.
- Le service mène la négociation avec l'entreprise sur la base des éléments identifiés.
- La PFRA met à disposition un modèle de convention.
- Le service formalise la convention.
- Le tableau de suivi est mis à jour par le service qui le transmet à la PFRA.
- La PFRA circularise l'information au bureau budgétaire.

Point de vigilance – un déficit réellement important et non un simple manque à gagner :

La condition du bouleversement est analysée en tenant compte :

- Des spécificités du secteur économique,
- Des justifications comptables apportées par l'entreprise (preuve de la date d'achat des matériaux concernés).

C'est au titulaire de déterminer les charges extracontractuelles auxquelles il doit faire face :

- Le titulaire justifie son prix de revient et sa marge bénéficiaire au moment de la remise de l'offre et ses débours au cours de l'exécution du contrat.
- Possible de calculer la différence entre l'évolution réelle des coûts et celle résultant de l'application de la formule de révision.

→ **Ne pas invoquer la force majeure qui invalide la théorie de l'imprévision.**

Il est possible de cumuler révision et indemnité (théorie de l'imprévision) si l'économie du contrat reste bouleversée même après l'application de la révision.

Contact : pfra@hauts-de-france.gouv.fr