



**PRÉFET
DU CANTAL**

*Liberté
Égalité
Fraternité*

**Direction de la citoyenneté, de
la légalité et de
l'environnement**

Aurillac, le **04 AVR. 2022**

Tous signale

Le Préfet du Cantal

à

Monsieur le Président du Conseil
Départemental du Cantal
Mesdames et Messieurs les Maires du
département
Mesdames et Messieurs les Présidents
d'EPCI
(En communication à Mesdames les
Sous-préfets de Mauriac et de Saint-
Flour)

Objet: fiche relative à l'impact de la hausse des prix des hydrocarbures, à la pénurie de matériaux dans le secteur du btp en matière de commande publique et à l'indexation des prix dans les marchés publics d'achats de denrées alimentaires

La présente note a pour objet d'attirer votre attention, dans le contexte économique actuel lié à l'augmentation du coût des hydrocarbures, des matières premières et à la pénurie de matériaux dans le secteur du BTP, sur la faculté de rédiger et d'appliquer une clause de révision de prix lors de la passation de certains marchés publics.

Les pénuries d'approvisionnement en matières premières rencontrées par les entreprises, notamment dans le secteur de la construction, peuvent entraîner un renchérissement important des coûts et un allongement des délais dans le cadre de l'exécution des marchés publics.

Dans ce contexte, le Gouvernement veille à ce que tous les leviers offerts par le droit de la commande publique soient mobilisés, afin de limiter les effets de cette situation conjoncturelle.

I. L'État du droit

A. La clause de révision

L'article R. 2112-13 du code de la commande publique impose d'ores et déjà que les marchés publics soient conclus à prix révisibles lorsque les prestations sur lesquelles ils portent sont exposées à des aléas majeurs du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des contrats.

Cette règle s'applique à tous les acheteurs soumis au code de la commande publique, nationaux comme locaux. Sa méconnaissance constitue un manquement aux obligations de mise en concurrence (CE, 9 décembre 2009, Département de l'Eure, n° 328803).

En raison du caractère en principe intangible du prix contractualisé, une clause de révision ne peut être ni modifiée ni introduite en cours d'exécution du marché (CE 15 février 1957, Etablissement Dickson) si le contrat n'en a pas expressément prévu la possibilité et les modalités par une clause de réexamen (article R. 2194-1 et 1° de l'article R. 2194-6 du code de la commande publique), même si cette clause était obligatoire en application de l'article R. 2112-13 du code de la commande publique.

La seule exception admise concerne l'hypothèse dans laquelle l'exécution du contrat approche de son terme et la modification par avenant du prix ou de son mécanisme de fixation intervient dans un sens désavantageux pour le titulaire (CE 20 décembre 2017, Société Area Impianti, n° 408562).

B. La demande d'indemnisation

Si l'augmentation du prix des matières premières est de nature à bouleverser l'économie du contrat, le titulaire peut demander à l'acheteur une indemnisation sur le fondement de la théorie de l'imprévision à condition qu'il soit à même de démontrer que l'ampleur de la hausse du prix des matières premières concernées était imprévisible, que cette hausse des prix ait bouleversé l'économie du marché, et qu'elle ait entraîné un déficit d'exploitation.

À l'appui de sa demande d'indemnisation, il appartient au titulaire d'apporter tous les justificatifs nécessaires, et notamment la preuve que ce dernier a acquis les matières premières concernées postérieurement à la période durant laquelle une envolée des prix imprévisible a pu être constatée.

Lorsque ces pénuries de matières premières mettent les entreprises titulaires de marchés publics dans l'impossibilité de respecter les délais d'exécution, les

acheteurs ont toujours la possibilité de ne pas appliquer les pénalités de retard et d'aménager les délais contractuels.

II. Contexte actuel

Le Premier ministre a demandé aux ministères de veiller à ce que les services de l'État aménagent les conditions d'exécution des contrats de la commande publique en cours et invitent les opérateurs de l'État placés sous leur tutelle à suivre les mêmes recommandations.

Le Premier ministre a également invité les collectivités territoriales et leurs établissements publics à faire de même.

A. Concernant les marchés déjà conclus et en cours

Compte tenu de l'augmentation du prix des matières premières dans le contexte de guerre en Ukraine et de la pandémie de Covid 19, la conclusion d'un avenant afin de modifier les conditions de révision des prix d'un marché récemment conclu est à écarter, sous peine de remettre en cause les conditions initiales de la concurrence.

En conséquence, la collectivité territoriale ne doit pas modifier sa clause de révision des prix pour la rendre plus favorable au prestataire, y compris sur le fondement du 3° de l'article L. 2194-1 du CCP.

Le versement d'une indemnité au titre de la théorie de l'imprévision constitue la solution à privilégier. L'augmentation du prix des matières premières ou des composants indispensables à l'exécution des prestations liée à la crise sanitaire peut, en effet, entraîner un bouleversement temporaire de l'économie du contrat.

Une indemnisation sur le fondement de la théorie de l'imprévision peut alors être versée, mais seulement si le titulaire du marché prouve que l'augmentation des prix des matières premières était imprévisible dans son ampleur et qu'elle a provoqué un réel déficit d'exploitation.

L'indemnité accordée ne peut couvrir qu'une partie du déficit subi par le cocontractant de l'administration. Le juge administratif met généralement à la charge de la personne publique 90% du montant de cette charge extra-contractuelle.

Enfin, la mise en œuvre de la théorie de l'imprévision ne peut être que temporaire. Si les circonstances bouleversent définitivement le contrat, les parties se trouvent alors en présence d'un cas de force majeure administrative permettant au titulaire de solliciter la résiliation du contrat, si la poursuite de son exécution est devenue manifestement inéquitable.

B. Concernant les marchés à conclure

Des fiches techniques présentant les leviers juridiques permettant de minimiser l'impact de la situation sur les contrats en cours et les points de vigilance dans la rédaction des futurs marchés ont été publiées sur le site internet du ministère de l'économie, des finances et de la relance.

Vous pouvez y accéder en cliquant sur les liens hypertexte suivants :

[-https://www.economie.gouv.fr/daj/conseil-acheteurs-fiches-techniques](https://www.economie.gouv.fr/daj/conseil-acheteurs-fiches-techniques)

[-https://www.economie.gouv.fr/daj/marches-publics-dachats-dedenrees-alimentaires-mise-jour-de-la-fiche-sur-lindexation-des-prix](https://www.economie.gouv.fr/daj/marches-publics-dachats-dedenrees-alimentaires-mise-jour-de-la-fiche-sur-lindexation-des-prix).

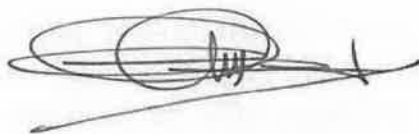
Elles rappellent notamment les pratiques à adopter pour prévenir ces difficultés dans les marchés qui sont passés dans ce contexte de tension et de volatilité sur les prix et les délais de livraison de certaines matières premières et fournitures.

Elles précisent aussi les conditions de rédaction d'une clause de révision de prix adaptée et invite les acheteurs à prévoir des clauses d'aménagement de délais et d'exonération de pénalités de retard.

Elles leur suggèrent également d'accorder des avances supérieures à 30 % sans constitution de garanties financières et leur rappelle la nécessité de respecter les délais de paiement réglementaires.

Les services de la préfecture et des sous-préfectures sont à votre disposition pour tous conseils dont vous auriez besoin en la matière.

Le Préfet,

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke extending to the right.

Serge CASTEL