

Vannes, le 12 AVR. 2022

Le préfet du Morbihan

Le président de l'association
des maires et présidents des
EPCI du Morbihan

Le président de l'association
des maires ruraux du Morbihan

A

Mesdames et messieurs les présidents d'EPCI
Mesdames et messieurs les maires

Objet : Exécution des contrats de la commande publique dans le contexte de hausse des prix des matières premières

PJ : Circulaire du Premier ministre du 30 mars 2022 relative à l'exécution des contrats de la commande publique dans le contexte de hausse des prix de certaines matières premières

Les prix de certaines matières premières ont connu une inflation importante à partir du début de l'année 2021. Pour certains intrants essentiels à notre économie, notamment les matières premières énergétiques, gaz et pétrole, cette augmentation sensible du niveau des prix s'est transformée en une véritable envolée du fait de la guerre en Ukraine et des mesures de rétorsion prises à l'encontre de la Russie. Cette forte augmentation peut mettre en danger la pérennité de certaines entreprises dont le bilan est déjà fragilisé par les deux années de crise sanitaire, et par voie de conséquence leurs emplois salariés.

Or, nous avons ensemble déployé des efforts conséquents depuis 2020 pour préserver notre tissu productif et les emplois afférents. La mise en œuvre du plan France Relance a ainsi permis une forte reprise de l'activité économique en 2021 qui ne doit pas être cassée par des effets géopolitiques exogènes. Un plan de résilience comprenant un bouclier tarifaire généralisé et des mesures sectorielles ciblées vers certaines filières (BTP, agriculture, pêche, transport) commence à être déployé.

En parallèle, il est important de saisir tous les outils à notre disposition pour ne pas faire peser les conséquences de la guerre en Ukraine sur nos entreprises, notamment les plus petites ou les plus en difficulté. Dans ce contexte, nous souhaitons notamment vous faire part des mesures que l'État s'applique et que vous pouvez également mettre en œuvre en lien avec l'exécution des contrats de la commande publique. En effet, au-delà de l'insertion d'une clause de révision des prix dans les contrats de la commande publique (marché public ou contrat de concession), il existe *a minima* trois dispositifs réglementaires que nous souhaitons vous rappeler et qui sont détaillées dans la circulaire jointe : la modification des contrats, l'application de la théorie de l'imprévision, le gel des pénalités contractuelles.

I. Modification des contrats de la commande publique en cours lorsqu'elle est nécessaire à la poursuite de leur exécution

Les contrats de la commande publique peuvent être modifiés lorsque l'une des trois hypothèses suivantes, rendue nécessaire par des circonstances qui n'étaient pas prévisibles à la date de signature du contrat, est remplie :

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

Dans ces cas-là, les modifications des contrats peuvent induire des majorations dont les limites sont définies dans les articles R. 2194-5 et R. 3135-5 du code des marchés publics.

II. Application de la théorie de l'imprévision aux contrats administratifs

La théorie de l'imprévision, codifiée au 3° de l'article L.6 de la commande publique, prévoit la compensation de la majorité des charges supplémentaires (généralement qualifiées d'extra-contractuelles) en cas « d'évènement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat ». Cette théorie vise à assurer la continuité du service public, en assurant le titulaire d'un marché que les conséquences d'un bouleversement de l'économie du contrat seront prises en charge par l'administration. Certaines règles viennent cadrer l'application de la théorie de l'imprévision :

- Il n'y a en principe pas lieu de recourir à cette pratique si le contrat comporte un mécanisme de révision de prix, sauf si l'économie du contrat reste bouleversée après application des clauses contractuelles de révision ;
- L'imprévision n'est admise que si l'économie du contrat est absolument bouleversée. Afin de déterminer le caractère absolument bouleversant d'un évènement, il convient de procéder à la détermination des charges extra-contractuelles (énergie et matières premières en l'espèce). La jurisprudence reconnaît en effet que le bouleversement est caractérisé dès lors que le poids des charges contractuelles atteint environ un quinzième du montant HT du marché ou de la tranche ;
- Lorsque l'état d'imprévision est caractérisé, la part d'aléa laissé au titulaire du contrat est comprise entre 5 % et 25 % du déficit résultant des charges extra-contractuelles, avec une moyenne à 10 %. Le taux juste est à déterminer individuellement, en fonction de la situation de l'entreprise ;
- Afin de remplir sa fonction première, à savoir de permettre l'exécution du contrat malgré le bouleversement économique, l'indemnité doit au moins pour partie être versée avant l'exécution du contrat ;
- Enfin, l'indemnisation d'imprévision ne doit pas être formulée dans un avenant au contrat (puisque'elle n'en modifie pas les stipulations) mais dans une convention liée au contrat, applicable durant la situation d'imprévision et qui pourra comporter une clause de rendez-vous à l'issue du contrat.

III. Gel des pénalités contractuelles

Alors même que l'augmentation des prix ne saurait constituer un cas de force majeure, qui serait en contradiction avec l'esprit de la théorie de l'imprévision exposée ci-dessus, l'État a souhaité prolonger les mesures prévues par l'ordonnance 2020-319 du 25 mars 2020 dans le cadre de la crise sanitaire : ainsi, l'exécution des pénalités de retard sont suspendues tant que le titulaire du marché est dans l'impossibilité de s'approvisionner dans des conditions normales.

* * *

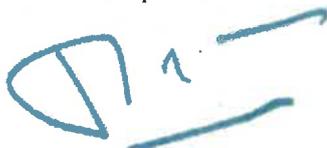
Nous souhaitons vous rappeler ces dispositifs législatifs et réglementaires en vigueur afin de vous inviter, ainsi que vos établissements publics, à appliquer ces principes.

Lorsque des difficultés analogues surviennent dans l'exécution d'un contrat de droit privé, il peut être rappelé que l'article 1195 du Code civil prévoit, pour les contrats conclus depuis le 1^{er} octobre 2016, une obligation de principe de tirer les conséquences du bouleversement de l'équilibre économique du contrat par une renégociation de celui-ci entre les parties ou par une modification ou résiliation demandée par le juge.

En outre, en lien avec les représentants de la filière BTP, il a été convenu de réactiver une cellule d'échanges avec les maires. Ce dialogue permanent impliquant l'ensemble des acteurs de l'interprofession, permettra aux élus d'avoir des interlocuteurs pour apporter des réponses aux difficultés rencontrées de la part de la filière, par exemple pour faire face à des marchés publics infructueux faute de candidatures.

L'enjeu, en définitive, de cette démarche est de renforcer la transparence et la sincérité des échanges entre les collectivités et les entreprises dans un contexte d'économie internationale compliqué.

Le préfet



Joël MATHURIN

Le président de l'association des
maires et présidents des EPCI du
Morbihan



Yves BLEUNVEN

Le président de l'association des
maires ruraux du Morbihan



Joël MARIVAIN

Destinataire in fine :

Président Conseil départemental 56

Maires 56

Présidents EPCI 56

Chambres consulaires

Fédérations professionnelles : FFB, CAPEB, France Chimie Ouest Atlantique, UMIH, UIMM,

MEDEF, CPME

Parlementaires 56

Copie à : M. le secrétaire général de la préfecture du Morbihan
Mme la sous-préfète de Pontivy
M. le sous-préfet de Lorient
Mme la sous-préfète à la relance et à la résilience