

Circulaire relative à l'exécution des contrats de la commande publique dans le contexte actuel de hausse des prix de certaines matières premières et abrogeant la circulaire n° 6338/SG du 30 mars 2022

[Résumé]

Liens utiles :

- **fiche technique** pour accompagner les services publics ainsi que les entreprises dans la mise en œuvre de la présente circulaire :
https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/crisesanitaire/FT_modification_contrats_en_cours.pdf?v=1663844107
- **Circulaire n°6374-SG du 29 septembre 2022** :
https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/actualites/Circulaire29septembre2022-.pdf?v=1664872405

Pour faire face aux difficultés d'exécution des contrats de la commande publique tenant à la flambée des prix des matières premières et composants et à des pénuries d'approvisionnement, la [circulaire n°6338/SG du 30 mars 2022](#) a rappelé les solutions pouvant être mises en œuvre.

Au regard des difficultés signalées dans leur mise en œuvre s'agissant en particulier des modalités de compensation des surcoûts subis par les entreprises titulaires de marchés publics et de contrats de concession, la [circulaire n°6374/SG du 29 septembre 2022](#) est venue remplacer la circulaire n°6338-SG du 30 mars 2022. Cette nouvelle circulaire fait suite à la saisie du Conseil d'Etat qui précise que si les clauses financières contractuelles, dont le prix, convenues par les parties ne peuvent en principe être modifiées, il est néanmoins possible de déroger à ce principe dans les conditions fixées par les directives Européennes de 2014 relatives aux marchés publics et aux contrats de concession et transposés dans le code de la commande publique.

Cette nouvelle circulaire précise :

1/ L'obligation de prévoir des prix révisibles pour de nombreux marchés publics

Le droit de la commande publique impose la prise en compte, dans la rédaction des cahiers des charges, des fluctuations économiques pour l'exécution financière de nombreux marchés publics.

D'après les articles [R. 2112-14](#) et [R. 2112-13](#) du code de la commande publique, les acheteurs sont tenus de conclure des marchés publics à prix révisible pour les marchés confrontés à des aléas majeurs du fait des conditions économiques instables ou nécessitant une part importante de fournitures dont le prix est directement affecté par les fluctuations de cours mondiaux tels que les marchés des denrées alimentaires, de l'énergie, des transports ou encore des travaux.

La clause de révision du prix doit inclure des fréquences et des références ou formules de révision des prix.

Ces obligations « doivent impérativement être respectées dans les futures procédures de passation de marchés ». Elles visent à assurer une relation équilibrée entre acheteurs et

prestataires, aussi bien lorsque les coûts augmentent que lorsqu'ils baissent, en particulier pour les contrats de longue durée.

Les contrats émis par les acheteurs publics ne doivent pas prévoir, sauf exception, de terme fixe au sein de la formule de révision de prix ni de clause butoir.

2/ La possibilité de procéder à des modifications des seules clauses financières des contrats pour compenser les conséquences des hausses imprévisibles de certains coûts d'approvisionnement des entreprises prestataires

Pour faire face au contexte de hausse et de volatilité sans précédent du prix de certaines matières premières et composants, il est possible de recourir à une modification des contrats dans les conditions prévues par les dispositions du code de la commande publique.

Les conditions économiques nouvelles survenues depuis la conclusion du contrat peuvent donc justifier une renégociation des prix ou autres clauses financières en application des articles [R.2194-5](#) ou [R.3135-5](#) du code de la commande publique, qui prévoient la possibilité de modifier les contrats lorsque la modification est rendue nécessaire par des circonstances imprévues.

Une telle modification n'est possible que si l'augmentation ou la diminution des dépenses exposées par l'opérateur économique ont dépassé les limites ayant pu raisonnablement être envisagées par les parties lors de la passation du contrat.

Le montant de la compensation est négocié entre les parties prenantes dans la limite de ce qui est nécessaire pour permettre au prestataire de poursuivre l'exécution du contrat dans le respect du bon emploi des deniers publics et du principe général interdisant aux personnes publiques de consentir des libéralités.

L'acheteur devra donc vérifier la réalité et la sincérité des justificatifs apportés par le titulaire afin d'éviter de payer des sommes sans lien avec les circonstances imprévisibles ou dont la réalité ne serait pas objectivement justifiée.

Ces modifications sont limitées à 50 % du montant initial du contrat pour les marchés et concessions conclus par les pouvoirs adjudicateurs.

Il est également possible de procéder à une modification de faibles montants des clauses financières sur le fondement des [articles R.2194-8](#) ou [R.3135-8](#) du code de la commande publique. De telles modifications doivent néanmoins être dûment justifiées.

En revanche, le contrat ne peut être modifié sur la base des articles [R. 2194-7](#) et [R. 3135-7](#) du code de la commande publique relatifs aux modifications non-substantielles. Seules les modifications fondées sur les circonstances imprévisibles sont possibles.

En tout état de cause, les modifications des contrats en cours, même lorsqu'elles sont rendues nécessaires par des circonstances imprévisibles, ne sont pas de droit pour le cocontractant et ne peuvent être effectuées qu'avec l'accord de l'autorité contractante.

3/ Le droit du cocontractant à être indemnisé sur le fondement de la théorie de l'imprévision

D'après [l'article L. 6](#) du code de la commande publique, les cocontractants peuvent choisir d'établir une convention d'indemnisation sur le fondement de la théorie de l'imprévision, plutôt que de modifier le contrat, dans le cas où le cocontractant est confronté à des pertes anormales provoquées par des circonstances imprévisibles.

Cette indemnité vise à dédommager partiellement le titulaire du préjudice en raison du bouleversement temporaire de l'équilibre économique.

En cas de désaccord entre les parties sur les modifications à apporter au contrat ou sur l'indemnisation à verser au cocontractant, cette indemnité peut être octroyée par le juge.

L'indemnisation, qui n'est pas assimilable à une modification du contrat, n'est pas soumise au plafond de 50 % prévu par les articles [R. 2194-5](#) et [R. 3135-5](#) du code de la commande publique. Le montant de l'indemnité est déterminé par la jurisprudence qui laisse traditionnellement à la charge du titulaire une partie de l'aléa variant de 5 à 25 % du montant de la perte effectivement subie en fonction des circonstances et des profits éventuels dégagés par l'entreprise cocontractante.

4/ La possibilité de résilier le contrat à l'amiable faute d'accord sur les conditions de poursuite du contrat

Les parties prenantes du contrat peuvent choisir de résilier à l'amiable le contrat. La résiliation du contrat peut être convenue avec le titulaire soit à effet immédiat, soit à effet différé. Dans l'hypothèse d'une résiliation différée, le titulaire a droit à une indemnité d'imprévision pour la partie du contrat qu'il lui reste à exécuter, si les conditions sont réunies.

5/ Le gel des pénalités contractuelles dans l'exécution des contrats de la commande publique

L'exécution des clauses des contrats prévoyant des pénalités de retard ou l'exécution des prestations aux frais et risques de l'entreprise sont suspendues tant que celle-ci est dans l'impossibilité de s'approvisionner dans des conditions normales.

L'acheteur devra néanmoins veiller à ce que cette impossibilité résulte bien directement des circonstances extérieures à l'entreprise et non de ses choix de gestion.

6/ L'application de l'article 1195 du code civil pour les contrats de droit privé

Lorsqu'ils sont des contrats de droit privé, les contrats de la commande publique peuvent être renégociés en application de [l'article 1195 du code civil](#) « Si un changement de circonstances imprévisibles lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer les risques ».

Cette renégociation doit être effectuée dans les conditions et les limites prévues aux articles [R. 2194-5](#) et [R.3135-5](#), ainsi que le cas échéant [R. 2194-8](#) et [R. 3135-8](#) du Code de la commande publique.