

Publié le 13 octobre 2022

Une nouvelle circulaire sur la modification des contrats de la commande publique est parue

La hausse du coût des matières premières impacte significativement l'exécution des contrats de la commande publique, concession ou marché. Face à cet enjeu, les pouvoirs adjudicateurs et les prestataires cherchent des solutions pour modifier le contrat, non sans difficultés juridiques.



Dans le prolongement de l'avis du Conseil d'Etat du 15 septembre et de la fiche de la DAJ publiée dans la foulée (article en lien infra), la Première ministre édicte une nouvelle circulaire relative à l'exécution des contrats de la commande publique dans le contexte actuel de la hausse des prix et des matières premières. Cette circulaire abroge et remplace la circulaire précédente datant du 30 mars 2022 ayant suscité de nombreuses difficultés d'application. Les préfets, destinataires de la circulaire, auront désormais la charge de l'appliquer pour leurs services et d'accompagner les acheteurs locaux dans leurs démarches de modifications des contrats.

Comment prévoir l'imprévision ?

La circulaire rappelle que, n'étant pas une modification du contrat, l'imprévision doit être prévue dans une convention *ad hoc* et n'est pas soumise au plafond de 50% du montant initial du contrat. Elle précise toutefois aux préfets que l'imprévision doit :

- Être analysée au cas par cas ;
- **Tenir compte des spécificités du secteur économique ;**
- Tenir compte des justifications apportées par l'entreprise.

Concernant ses modalités de versement, la circulaire indique que si le montant définitif doit être évalué à la fin du contrat, **l'indemnité peut être provisionnelle** si l'autorité concédante l'autorise. **La circulaire recommande d'insérer une clause de rendez-vous avec périodicité permettant d'adapter le montant des provisions en fonction de l'évolution de la situation économique.**

Concernant les contrats passés par les Epl, qui sont de droit privé sauf exceptions (mandat par exemple), la circulaire reprend l'avis du Conseil d'Etat : l'article 1195 du code civil doit être obligatoirement utilisé pour renégocier le contrat. Toutefois, cette renégociation est soumise aux régimes, conditions et limites des circonstances imprévues et de faibles montants issus du code de la commande publique(infra).

La révision des prix : quelles modalités ?

Le Conseil d'Etat avait rappelé que l'ensemble des acheteurs devaient prévoir des formules de révision des prix dans certains marchés soumis aux aléas. La DAJ a en effet inclus les Epl dans les acheteurs concernés par cette obligation, alors que l'interprétation initiale du texte les excluait.

La circulaire précise qu'il faut veiller à **retenir des fréquences et références ou formules de révision des prix qui soient suffisamment représentatives des conditions économiques de variation des coûts des secteurs**, notamment pour les marchés allotés par corps de métier.

La Première ministre recommande ensuite aux préfetures, pour leurs propres contrats, que ces derniers ne prévoient pas, sauf exception, ni terme fixe au sein de la formule de révision ni clause butoir, afin de refléter réellement les aléas des coûts subis.

Précisions sur la modification des clauses financières

Le Conseil d'Etat soulignait la faculté de modifier les spécifications techniques ou les conditions d'exécution dans le contexte actuel (substitution d'un matériau, périmètre de la prestation ou encore délais). La modification des seules clauses financières pouvait toutefois s'avérer délicate. Là encore, la Haute Juridiction précisait dans son avis que **l'intangibilité du prix ne faisait pas obstacle à une modification portant exclusivement sur les clauses financières**, ce que la circulaire reprend :

- Possibilité en cas de **circonstances imprévues** (R. 2194-5 et R. 3135-5 du CCP), sous certaines conditions, notamment de durée et de périmètre (voir article du 22/09). La circulaire indique que « ***l'acheteur devra donc vérifier la réalité et la sincérité des justificatifs apportés par le titulaire*** » et veiller à ce que le seuil des 50% du montant initial soit respecté ;
- Possibilité de modification « d'un **faible montant** » (R. 2194-8 et R. 3135-8 du CCP) ;
- Impossibilité d'user du fondement des modifications non substantielles (R. 2194-7 et R. 3135-7), car les modifications « circonstances imprévues » ne relèvent pas de ces articles.

Chacune de ces modifications est soumise à l'accord de l'autorité contractante.

Enfin, la Première ministre recommande aux préfetures de procéder au **gel des pénalités contractuelles** si l'entreprise ne parvient plus à s'approvisionner en raison de circonstances qui lui sont extérieures.

En savoir plus :

- [Article du 22/09 : Hausse des prix, contrats de la commande publique : entre l'avis du Conseil d'Etat et les nouvelles mesures annoncées par le gouvernement, quoi de neuf ?](#)

À télécharger