

- HAUSSE DES PRIX DES MATIÈRES PREMIÈRES ET CONDITIONS D'EXECUTION DES CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE –

COMMENT FAIRE FACE ?

Le Premier ministre, Monsieur Jean CASTEX, a émis une circulaire en date du 30 mars 2022, publiée le 1^{er} avril 2022 pour évoquer l'exécution des contrats de la commande publique dans le contexte actuel de hausse des prix de certaines matières premières.

Nous connaissons, depuis quelques semaines, un niveau de volatilité sans précédent conduisant à une envolée des prix de certaines matières premières telles que le gaz et le pétrole. La situation économique mondiale, et plus particulièrement européenne, étant fragilisée principalement par le conflit russo-ukrainien, la stabilité des prix est mise à mal. Cet environnement soudain et inédit peut aboutir à des conséquences irréversibles sur la pérennité des entreprises et par conséquent sur la continuité des services publics. En effet, compte tenu de cette inflation historiquement haute, les contrats de la commande publique peuvent connaître des déséquilibres économiques.

Afin d'atténuer les effets de cette crise économique exceptionnelle, le Premier ministre rappelle et précise, par le biais de ladite circulaire, les leviers juridiques existants pour les contrats de la commande publique en cours et à venir, ainsi que pour les contrats de droit privé.

1 – CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE EN COURS

1.1 – Modification des contrats de la commande publique en cours

Il n'est pas impossible que ce contexte provoque, outre la hausse des prix des matières premières, des troubles dans les chaînes logistiques, voire des pénuries. Dans ces conditions, le Premier ministre rappelle que **les contrats peuvent être modifiés en vertu des articles R2194-5 et R3135-5 du Code de la commande publique**. Pour précision, la modification du contrat doit résulter de « *circonstances qu'un acheteur diligent ou autorité concédante diligente ne pouvait pas prévoir* » et porter sur les clauses relatives aux conditions techniques d'exécution du contrat. A titre d'exemples, la modification peut notamment porter sur **les spécifications, les quantités, les périmètres des prestations à fournir ou encore sur l'aménagement des conditions et délais de réalisation des prestations**.

En revanche, il est à noter que ce levier juridique ne doit pas être utilisé pour modifier, par voie d'avenant, les clauses du contrat fixant le prix dès lors que ladite modification n'est pas liée à une modification des conditions d'exécution du contrat.

1.2 – Application de la théorie de l'imprévision aux contrats administratifs

En outre, conformément au 3^o de l'article L6 du Code de la commande publique, le Premier ministre mentionne la théorie de l'imprévision. Cet article dispose que « *lorsque survient un événement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat, le cocontractant, qui en poursuit l'exécution a droit à une indemnité* ». Cette indemnité permet de

compenser temporairement les charges supplémentaires, qualifiées d'extracontractuelles. Il est précisé que l'imprévision, puis l'indemnité sont analysées au cas par cas.

La circulaire apporte des précisions utiles sur les modalités de la reconnaissance du bouleversement temporaire de l'équilibre du contrat mais également sur les modalités de calcul et de versement de ladite indemnité. En effet, il est notamment indiqué que dès lors que les charges extracontractuelles ont atteint un quinzième du montant initial HT du marché ou de la tranche alors la condition du bouleversement temporaire de l'équilibre du contrat est remplie.

1.3 – Gel des pénalités contractuelles dans l'exécution des contrats de la commande publique

De surcroît, le Premier ministre souhaite maintenir l'esprit des mesures prises par l'ordonnance n°2020-319 du 25 mars 2020 dans le cadre de la crise sanitaire liée à la COVID-19. En effet, il stipule que les clauses relatives **aux pénalités de retard** ou prévoyant l'exécution des prestations aux frais et risques du titulaire, « **soient suspendues tant que celui-ci est dans l'impossibilité de s'approvisionner dans des conditions normales** ». Il invite donc les acheteurs à ne pas appliquer les pénalités contractuelles tant que les conditions normales d'approvisionnement ne sont pas rétablies.

2 – CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE A VENIR

2.1 – Insertion d'une clause de révision des prix dans tous les contrats de la commande publique à venir

Par ailleurs, le Premier ministre insiste sur les articles R2112-13 et R2112-14 du Code de la commande publique qui **prohibent le recours aux prix ferme dans les cas suivants** :

- lorsque « *les parties sont exposées à des aléas majeurs du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations* » ;
- lorsque les marchés sont « *d'une durée d'exécution supérieure à 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 de cours mondiaux* ».

En tout état de cause, **le contrat doit comporter une clause de révision des prix** si le marché en question correspond à l'une des deux situations. A défaut, l'acheteur peut voir sa responsabilité engagée.

3 – CONTRATS DE DROITS PRIVE

Enfin, le Premier ministre aborde les contrats de droit privé. Il rappelle que l'article 1195 du Code civil prévoit une obligation de principe, analogue à la théorie de l'imprévision. Il précise que cette disposition n'étant pas d'ordre public, les parties peuvent avoir contractuellement convenues son aménagement ou son retrait. Néanmoins, compte tenu des circonstances exceptionnelles actuelles et dans une logique de répartition des aléas économiques, il est donné la possibilité aux parties de neutraliser une telle clause.