



**VEILLE JURIDIQUE n°2022-8**  
**septembre 2022**

Les informations qui constituent cette veille sont issues :

- des journaux officiels
- des recueils des actes administratifs
- de Environnement Magazine
- de la lettre infos des collectivités locales
- de la Gazette des Communes
- d'Agreste Bretagne

Les thèmes abordés sont :

- **[l'eau destinée à la consommation humaine](#)** (Autorisation de prélèvement et périmètres de protection, production et distribution, tarification et redevance, administration, divers...)
- **[l'eau et les milieux aquatiques](#)** (réglementation, usages de l'eau, redevance, eaux pluviales, programme de surveillance, divers...)
- **[les marchés publics](#)** (principes fondamentaux, passation des marchés, exécution des marchés, contrôle des marchés, dispositions diverses, règlement des litiges, délégation de service public...)
- **[l'agriculture](#)** (programme d'actions et mesures agri-environnementales, pmpoa, produits phytosanitaires, divers...)
- **[divers](#)** (rapports généraux, études INSEE, projet d'intérêt départemental...)

Certaines informations juridiques font l'objet d'un commentaire.

# EAU DESTINEE A LA CONSOMMATION HUMAINE

Thème	<b>Eau potable – Protection des captages</b>
Type d'infos	<b>Texte réglementaire</b>
Intitulé	<a href="#">Arrêté préfectoral n° 35-2022-09-01-00027 du 1<sup>er</sup> septembre 2022</a> , modifiant l'arrêté préfectoral du 17 juin 2019 définissant le programme d'actions volontaire visant à diminuer les teneurs en nitrates observées sur le captage d'eau potable de la Gentière à Combourg. (Page 8)
Source	<i>Recueil des Actes Administratifs n°196 du 2 septembre 2022</i>

Thème	<b>Eau potable – Protection des captages</b>
Type d'infos	<b>Texte réglementaire</b>
Intitulé	<a href="#">Arrêté préfectoral n° 35-2022-09-01-00026 du 1<sup>er</sup> septembre 2022</a> , modifiant l'arrêté préfectoral du 17 juin 2019 définissant le programme d'actions volontaire visant à diminuer les teneurs en nitrates observées sur le captage d'eau potable de la Couyère à Lécousse. (Page 13)
Source	<i>Recueil des Actes Administratifs n°196 du 2 septembre 2022</i>

Thème	<b>Eau potable – Protection des captages</b>
Type d'infos	<b>Texte réglementaire</b>
Intitulé	Les modalités pratiques du droit de préemption pour la préservation des ressources en eau destinées à la consommation humaine - <a href="#">Décret n° 2022-1223 du 10 septembre 2022, JO du 11 septembre</a> .
Source	<i>La Gazette de Communes du 12 septembre 2022</i>

Commentaire	<p><b>Un décret du 10 septembre fixe les modalités selon lesquelles l'autorité administrative peut instituer un droit de préemption des surfaces agricoles, dans les aires d'alimentation de captages utilisées pour l'alimentation en eau destinée à la consommation humaine, au bénéfice des personnes publiques disposant de la compétence « eau potable ».</b></p>
	<p>En effet, d'après l'<a href="#">article L. 218-1 du code de l'urbanisme</a>, à la demande de la commune, du groupement de communes ou du syndicat mixte compétent pour contribuer à la préservation de la ressource en eau en application de l'article L. 2224-7 du code général des collectivités territoriales, le préfet de département peut instituer un droit de préemption des surfaces agricoles sur un territoire délimité en tout ou partie dans l'aire d'alimentation de captages utilisés pour l'alimentation en eau destinée à la consommation humaine. Ce droit de préemption a pour objectif de préserver la qualité de la ressource en eau dans laquelle est effectué le prélèvement. Le décret précise les aliénations qui sont soumises à ce droit de préemption. Il explicite la procédure applicable à l'exercice de ce droit de préemption. Il détermine les règles applicables à la cession, à la location et à la mise à disposition temporaire par les personnes publiques des biens acquis par préemption.</p> <p>Le décret précise notamment que lorsqu'une commune, un groupement de communes ou un syndicat mixte compétent sollicite l'institution d'un droit de préemption pour la préservation de la qualité de la ressource en eau destinée à la consommation humaine, elle en adresse la demande au préfet territorialement compétent. Cette demande comprend :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• une délibération du conseil municipal de la commune, de l'organe délibérant du groupement de collectivités territoriales ou du syndicat mixte mentionné à l'<a href="#">article L. 5721-2 du code général des collectivités territoriales</a> compétents sollicitant l'institution de ce droit de préemption ;</li> <li>• un plan présentant le périmètre du territoire sur lequel l'institution du droit de préemption est sollicitée ;</li> <li>• une étude hydrogéologique relative à l'aire d'alimentation des captages pour la protection desquels l'institution du droit de préemption est sollicitée ;</li> <li>• une note présentant le territoire, ses pratiques agricoles et précisant les démarches d'animation, les actions mises en œuvre par le service désigné à l'<a href="#">article L. 2224-7 du code général des collectivités territoriales</a> en charge de la collectivité ainsi que le bilan</li> </ul>

	<p>qui peut en être dressé. Dans l'hypothèse où le service a défini un plan d'action en application des dispositions de l'article R. 2224-5-3 de ce code, la personne publique produit ce plan ainsi que les rapports annuels prévus audit article ;</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• un argumentaire précisant les motifs qui conduisent à solliciter l'instauration du droit de préemption et justifiant le choix du périmètre proposé.</li> </ul> <p>Il est statué sur la demande d'instauration du droit de préemption dans un délai de six mois à compter de la réception du dossier complet.</p>
--	--

Thème	<b>Eau potable – Ressource en eau</b>
Type d'infos	<b>Communiqué</b>
Intitulé	« L'eau n'est pas un acquis, même en France ! »
Source	<i>Environnement Magazine du 5 septembre 2022</i>
Commentaire	<p><b>Les défis liés à l'eau s'intensifient partout dans le monde. Un quart de l'humanité est aujourd'hui confronté à un stress hydrique extrêmement élevé. Des technologies existent pour réaliser des économies spectaculaires en matière d'eau, d'énergie et de coûts, rappelle Olivier Lamarie, PDG de Xylem en France.</b></p> <p>Il y a encore peu de temps, en France, l'accès à l'eau était encore pour beaucoup une évidence. Nous sommes un pays riche, bien équipé, et de surcroît traversé par de nombreux fleuves. Alors, il nous suffisait d'ouvrir le robinet pour qu'elle coule, potable et abondante, de sorte que le risque de pénurie semblait bien lointain à la plupart de nos concitoyens. Mais ça, c'était avant. Avant cet été 2022, où, face à cette sécheresse historique, plus de 100 communes à travers l'hexagone ont dû être approvisionnées par citerne en eau potable. Avant que ne circulent en masse sur nos réseaux ces photos de lits de rivière à sec, nous rendant les témoins désolés, mais de plus en plus lucides, des effets concrets du changement climatique sur la ressource en eau, et de l'urgence d'agir pour la préserver.</p> <p>D'autant plus que cette réalité pourrait bien se rappeler à nous de plus en plus souvent dans les années à venir, sous la triple menace du changement climatique, de la croissance démographique, et de nos infrastructures vieillissantes.</p> <p><b><i>L'eau, une ressource sous pression</i></b></p> <p>Les défis liés à l'eau s'intensifient partout dans le monde. D'ici 2025, plus de 1,8 milliard de personnes, soit près de 2 fois la population européenne, vivront dans des zones de pénurie d'eau, et un quart de l'humanité est aujourd'hui déjà confronté à un stress hydrique extrêmement élevé.</p> <p>En cause, non pas la quantité d'eau disponible sur Terre, car l'eau est une ressource finie, relativement stable à travers l'histoire du monde, et qui circule en circuit fermé. Mais bien la pression que font peser sur la ressource le changement climatique, qui impacte le cycle naturel de l'eau (ruissellement – évaporation – condensation – précipitations – infiltration), et la croissance démographique, associée à toujours plus d'industrialisation, d'urbanisation, et d'intensification agricole.</p> <p>Ces changements, très visibles dans les zones les plus arides du monde, n'épargnent pas non plus la France. En témoignent la multiplication des épisodes extrêmes, qui font peser une menace sur la distribution d'eau depuis plusieurs années, avec une alternance de trop d'eau (inondations) et de pas assez (sécheresse).</p> <p><b><i>Les réseaux d'eau, notre maillon faible</i></b></p> <p>Dans ce contexte, il est temps que nous prenions conscience, partout dans le monde, et y compris en France, que chaque goutte d'eau compte. A titre individuel, en tant qu'usagers, certaines bonnes habitudes sont prises : fermer le robinet quand on se lave les dents, éviter les douches d'une demi-heure, ne pas arroser son jardin en pleine canicule...</p>

	<p>Mais au-delà de ces gestes de colibri, bien que toujours utiles, c'est bien ce qui se passe sous nos pieds, au détour des 850 000 kilomètres de tuyaux de notre réseau d'eau, sur lequel il convient d'agir d'urgence. Car rappelons-le, aujourd'hui en France, le rendement moyen du réseau d'eau potable est d'à peine 80 %, c'est à-dire qu'en raison de la vétusté du réseau, 1 litre d'eau potable sur 5 en moyenne n'arrive jamais jusqu'au robinet de l'utilisateur. Une perte estimée à environ un milliard de mètres cubes d'eau par an, et une situation qui risque malheureusement de se dégrader encore dans les années à venir, notre réseau national étant largement vieillissant.</p> <p><b>Vers une meilleure préservation de la ressource en eau</b></p> <p>Malgré ces constats inquiétants, il y a de bonnes raisons d'être optimistes. Car nous sommes aujourd'hui mieux placés que jamais pour résoudre les grandes menaces liées à l'eau.</p> <p>Des technologies existent pour permettre aux services de distribution de réaliser des économies spectaculaires en matière d'eau, d'énergie et de coûts. Les données, combinées à des produits et des technologies fiables, aident les gestionnaires d'eau du monde entier à mieux entretenir leur réseau, en détectant les fuites à la goutte près, et à devenir globalement plus sûrs et plus durables en matière de consommation et de traitement de l'eau.</p> <p>En parallèle, en France, les collectivités et l'État se mobilisent. Les Assises de l'eau ont permis dès 2018 de porter une ambition forte de rénovation des réseaux d'eau, avec 41 milliards d'euros d'investissement envisagés sur la période 2019 – 2024 pour « <i>réduire les fuites d'eau et améliorer la gestion des réseaux, tout en assurant une distribution d'eau de qualité en France</i> ». Plus récemment, le plan de relance, dans son volet écologie-biodiversité, prévoit d'affecter 220 millions d'euros vers l'eau pour « <i>sécuriser les infrastructures de distribution d'eau potable, d'assainissement et de gestion des eaux pluviales</i> ».</p> <p>Gageons que cet éveil des consciences, associé à une mobilisation de tous les acteurs de l'eau – pouvoirs publics, distributeurs, industriels – nous offrira cette opportunité unique pour résoudre, ensemble, le problème de l'eau.</p>
--	---

Thème	<b>Eau potable – Traitement des eaux</b>
Type d'infos	<b>Communiqué</b>
Intitulé	2 millions de m <sup>3</sup> d'eau traitée par Osmosun
Source	<i>Environnement Magazine du 14 septembre 2022</i>
Commentaire	<p><b>Avec sept unités supplémentaires de dessalement « Osmosun », Mascara NT, spécialiste français des solutions innovantes de traitement de l'eau, dépasse à ce jour les 2 millions de m<sup>3</sup> d'eau traitée.</b></p> <p>La Polynésie française, Madagascar et la Mauritanie disposent aujourd'hui d'unités de dessalement Osmosun. Conçue par Mascara NT, cette solution produit de l'eau potable par osmose inverse et ne génère aucune émission directe de CO<sub>2</sub> en opération. Avec sept nouvelles unités, l'entreprise compte désormais une cinquantaine d'installations dans le monde et atteint 2 millions de m<sup>3</sup> d'eau traitée, ce qui représente 3000 tonnes de CO<sub>2</sub> évités à ce jour.</p> <p>Les unités de dessalement solaire de Mascara NT traitent indifféremment l'eau de mer comme l'eau saumâtre. Grâce à son procédé sans batterie brevetée par la marque, celles-ci peuvent être raccordées et fonctionner hors réseau en utilisant l'énergie solaire. « <i>La consommation spécifique des unités, parmi les plus faibles au monde avec 2,5 kWh/m<sup>3</sup> d'eau à une salinité de 35 g par litre, implique une petite taille de générateur solaire</i> », précise la société.</p> <p><b>De nouveaux objectifs</b></p> <p>Avec cette nouvelle étape marquée par les 2 millions de m<sup>3</sup> d'eau traitée, Mascara NT affiche de nouvelles ambitions : se positionner comme un acteur incontournable en matière de dessalement durable de l'eau, et tripler son chiffre d'affaires dans les trois années à venir. « <i>Nous entrons dans une nouvelle étape de notre développement. Ce chiffre marquant de 2 millions de m<sup>3</sup> d'eau</i></p>

	<p><i>traitée rend concret nos actions et notre réussite. Le dessalement solaire n'est plus une perspective mais une réelle solution viable et désormais reconnue pour l'alimentation en eau potable de certaines populations du monde frappées par le stress hydrique. Et nous sommes là pour l'apporter partout où il le faudra », commente Quentin Ragetly, président de Mascara NT.</i></p> <p>Pour atteindre ses objectifs, la société mise sur une stratégie de croissance organique alimentée par une diversification produit en complément de sa gamme <b>Osmosun</b>. Mascara NT renforcera également ses effectifs pour accompagner son développement en lançant une campagne de recrutements jusqu'en 2023.</p>
--	--

Thème	<b>Eau potable – Gestion de l'Eau</b>
Type d'infos	<b>Communiqué</b>
Intitulé	Crise de l'énergie : l'eau potable et l'assainissement oubliés de la liste des services prioritaires
Source	<i>La Gazette de Communes du 20 septembre 2022</i>
Commentaire	<p><b>La FNCCR entend parfaitement l'appel du gouvernement à la sobriété et les mesures contraignantes, notamment les coupures électriques temporaires qui pourraient être rendues nécessaires afin d'assurer l'équilibre de l'approvisionnement en énergie. Elle s'alarme toutefois de l'absence de sanctuarisation des installations du cycle de l'eau, pourtant essentielles à la vie des citoyens, à la transition écologique et à la salubrité.</b></p> <p>Après un premier avertissement en avril, déjà lié à la crise de l'énergie, la Fédération nationale des collectivités concédantes et régies (FNCCR) a annoncé ce 15 septembre avoir alerté une nouvelle fois le gouvernement fin juillet sur les risques que feraient peser des coupures électriques temporaires sur les services publics d'eau et d'assainissement.</p> <p>Les collectivités rassemblées au sein de la FNCCR affirment s'engager, "dès à présent", "à renforcer leurs actions d'économie d'énergie et à optimiser autant que faire se peut le fonctionnement de leurs installations, afin de limiter les appels de puissance en période de pointe et, ainsi, le risque de black-out." Mais la FNCCR fait le constat qu'"à ce jour, les installations de production et de distribution d'eau potable comme celles de collecte et de traitement des eaux usées pourront être déconnectées du réseau électrique du jour au lendemain, à l'instar des entreprises et des industries 'non prioritaires". Or, souligne-t-elle, "les services publics d'eau et d'assainissement sont incontestablement essentiels pour la population et la nation". "Les conséquences d'une rupture de l'alimentation en eau potable ou l'arrêt de l'assainissement pourraient avoir des conséquences désastreuses : des hôpitaux privés d'eau, des poteaux incendie inutilisables, des débordements d'eaux usées non-traitées dans les habitations, l'espace public ou les cours d'eau", prévient-elle.</p> <p>Selon la Fédération, la nature des installations et leur dispersion ne permettent pas de recourir à des groupes électrogènes pour pallier les défauts d'alimentation sur de nombreux sites en même temps. Elle demande donc à "considérer rapidement" l'ensemble de ces équipements comme "services prioritaires", "les délestages partiel ou total en accord avec les exploitants ne devant être envisagés que sur les installations susceptibles de les supporter, identifiées préalablement avec les collectivités et exploitants concernés."</p> <p>En ce sens, la FNCCR a adressé un courrier d'alerte aux ministres G. Darmanin, C. Béchu et A. Pannier-Runacher fin juillet</p>

Thème	<b>Eau potable – Economie d'eau</b>
Type d'infos	<b>Communiqué</b>
Intitulé	<a href="#">Le Cerema et le Loiret étudient la réutilisation des eaux usées traitées</a>
Source	<i>Environnement Magazine du 26 septembre 2022</i>
Commentaire	Un tiers du Loiret se trouvait en situation de stress hydrique dès juillet 2022. Dans un contexte de ressource en eau fortement sollicitée, le département réfléchit à la réutilisation des eaux usées traitées (REUT) pour s'adapter au changement climatique.

# EAU ET MILIEUX AQUATIQUES

Thème	<b>Eau et milieux aquatiques – Sécheresse</b>
Type d'infos	<b>Texte réglementaire</b>
Intitulé	<a href="#">Arrêté préfectoral complémentaire n°35-2022-09-13-00002 du 13 septembre 2022</a> , portant dérogation temporaire au maintien des débits réservés prescrits à l'aval du barrage de la Valière et au droit de stations hydrométriques de Vitré (Pont D857), Châteaubourg et Cesson-Sévigné (Pont Briand). (Page 3)
Source	<i>Recueil des Actes Administratifs n°209 du 22 septembre 2022</i>

Thème	<b>Eau et milieux aquatiques – Pesticides</b>
Type d'infos	<b>Communiqué</b>
Intitulé	Métabolites de pesticides dans l'eau : Générations futures demande le retrait du S-métolachlore
Source	<i>Actu-environnement du 23 septembre 2022</i>
Commentaire	<p>Comme dit le dicton : « plus on cherche, plus on trouve ». C'est bien ce qui est en train de se passer <a href="#">dans de nombreuses communes de France</a> où la surveillance des pesticides dans l'eau potable a été élargie à de nouvelles substances, les <a href="#">métabolites</a> de ces molécules. Fin décembre 2020, une instruction du gouvernement adressée aux agences régionales de santé (ARS) a, en effet, établi une nouvelle approche pour harmoniser la sélection des substances à rechercher. Et la prise en compte de cette modification aboutit, aujourd'hui, à un basculement vers des non-conformités – pour la limite de qualité – d'un certain nombre de captages d'eau potable. Une dizaine de millions d'habitants seraient ainsi susceptibles d'être desservis par une eau non conforme à la réglementation à cause des pesticides.</p> <p>Mises en lumière ces derniers jours par une enquête du journal <i>Le Monde</i> et du magazine <i>Complément d'Enquête</i> sur France 2, ces non-conformités de plus en plus nombreuses poussent l'association Générations futures a demandé le retrait du marché des pesticides concernés. Elle estime que les lacunes dans les processus d'autorisation des produits aux échelles européennes et françaises sont à l'origine de la situation critique actuelle. « <i>Les autorités ont déjà connaissance, avant la mise sur le marché des substances, des risques de dépassement des normes de qualité réglementaire des métabolites de certaines substances actives pourtant autorisées</i> », puisque ces informations sont demandées aux fabricants. L'association vise tout particulièrement le S-métolachlore, une molécule « <i>emblématique</i> » de ce dossier et dont les métabolites dépassent fréquemment les valeurs réglementaires dans l'eau potable, « <i>alors même que la molécule mère vient d'être classée cancérigène de catégorie 2 par l'Echa</i> ».</p> <p>L'association a donc demandé à l'Anses et aux ministres concernés le retrait « <i>immédiat et total</i> » des autorisations de mise sur le marché (AMM) des produits phytopharmaceutiques à base de S-métolachlore en France, bien que la substance soit toujours autorisée sur le plan européen. Elle demande plus largement à l'Anses, en France, et à la Commission et à l'Efsa, à l'échelle de l'Union européenne, de ne plus autoriser les substances et les produits dont il est prévisible qu'ils produisent des métabolites engendrant des dépassements des valeurs de qualités dans l'eau.</p>

Thème	<b>Eau et milieux aquatiques – Changement climatique</b>
Type d'infos	<b>Communiqué</b>
Intitulé	« Il y aura moins d'eau dans les sols, les nappes et les rivières en été »
Source	<i>La Gazette de Communes du 1<sup>er</sup> septembre 2022</i>
Commentaire	<p><b>Les effets du changement climatique vont altérer le fonctionnement des cours d'eau, a fortiori si l'agriculture ne change pas ses pratiques, prévient Agnès Ducharne, hydrologue, directrice de recherche au Centre national de la recherche scientifique.</b></p> <p><b>Quel pourrait être le futur de nos rivières avec le changement climatique ?</b></p> <hr/> <p>Ce futur, on peut déjà l'entra-percevoir cette année. On est quasi certain que la pluviométrie va</p>

diminuer l'été, sur tout le territoire. Il est impossible de quantifier cette baisse parce que ce qui va se passer dépendra de notre capacité à réduire nos émissions de gaz à effet de serre. Les températures moyennes vont augmenter, ce qui va accroître l'évaporation. Il y aura moins d'eau dans les sols, les nappes et les rivières en été.

Dans la partie sud de la France, on s'attend à ce que la pluviométrie baisse aussi en hiver. Dans la partie nord, on ne sait pas, les modèles donnent des résultats contradictoires. Il y aura moins de neige en montagne. Certes, avec la fonte accélérée des glaciers dans les Alpes, les rivières de montagne auront tendance à avoir plus d'eau en été qu'il y a quelques décennies. Mais quand les glaciers auront disparu, les débits vont drastiquement chuter.

#### ***Et sur le littoral ?***

Aujourd'hui déjà, le changement climatique, en augmentant le niveau de la mer, participe aux surcotes lors des grandes marées et des tempêtes. Il va aussi amplifier les phénomènes extrêmes, notamment les épisodes de pluies intenses, qui seront plus fréquents. La conjonction de ces phénomènes devrait augmenter le risque d'inondation par les rivières côtières et en amont des embouchures de fleuves, comme la Seine.

#### ***Dans quelle mesure les prélèvements, surtout agricoles, pourraient-ils aggraver la baisse des cours d'eau ?***

L'agriculture consomme actuellement 50 % des eaux prélevées en France, et surtout dans les rivières. L'assèchement des sols devrait entraîner une intensification de l'irrigation. Nous avons [publié une étude](#) (\*) ciblée sur la Beauce, il y a dix ans. Elle montrait que les prélèvements pourraient augmenter de 50 à 60 % d'ici à 2100, alors que, dans le même temps, la recharge de la nappe, qui alimente aussi les cours d'eau, baisserait d'un tiers. Notre étude soulignait déjà que l'effet direct du changement climatique suffit à remettre en cause la viabilité de l'irrigation des grandes cultures telle qu'elle est encore pratiquée.

Le monde agricole reste figé, persuadé que la technologie va résoudre ses problèmes, comme elle l'a fait jadis en améliorant les rendements. Cet immobilisme va revenir tel un boomerang dans la figure des agriculteurs car il y aura de moins en moins d'eau. A quoi serviront les retenues collinaires et les bassines s'il ne pleut pas ? Il faudrait qu'ils ouvrent les yeux, pour investir dans des adaptations efficaces.

## MARCHES PUBLICS

Thème	<b>Marchés Publics – Exécution de marché</b>
Type d'infos	<b>Communiqué</b>
Intitulé	Surcoûts dans les marchés publics : traitement spécial selon le type de marché
Source	<i>La Gazette de Communes du 1<sup>er</sup> septembre 2022</i>
Commentaire	<p><b>En raison de la hausse des coûts des matières premières, les acheteurs sont confrontés à des réclamations de revalorisation des prix de leurs marchés. Avec cette quatrième analyse de notre série consacrée à ces problématiques, Jérôme Michon, président de l'Institut de la commande publique et professeur en droit des marchés publics et privés, revient sur le cadre juridique contraignant que doivent mettre en œuvre les acheteurs face à leurs cocontractants.</b></p> <p>Face aux réclamations des entreprises titulaires de marchés publics d'obtenir une revalorisation de leurs tarifications en raison de la hausse des coûts des matières premières et des énergies, les acheteurs doivent tenir compte d'un cadre juridique contraignant et défendre leur budget, tout en étant à l'écoute de la réalité économique vécue par les entreprises.</p> <p><b><i>Avant notification</i></b></p> <p>Le candidat à un marché public est supposé avoir tenu compte de la situation économique existante au moment de la remise de son offre. Lorsque le marché comporte une clause de révision, un mois « M zéro » est déterminé (éventuellement décalé de trois mois en arrière) : il</p>

**Syndicat Mixte de Gestion pour l'approvisionnement en Eau Potable d'Ille-et-Vilaine - SMG EAU 35**

2D, allée Jacques Frimot 35000 Rennes

Tél : 02 99 85 50 69

Courriel : [contact@smg35.fr](mailto:contact@smg35.fr)

constitue la référence de la situation économique applicable au marché. A défaut, il s'agit de la date limite de réception des offres ou de celle de la transmission d'une offre négociée. De plus, le soumissionnaire doit maintenir les termes de son offre pendant le délai de validité des offres (en pratique, 90 à 180 jours). Si la réception de la notification du marché intervient avant l'expiration de ce délai, l'entreprise ne peut pas retirer son offre : la notification est, quoi qu'il en soit, effective et la renonciation de l'entreprise à exécuter le marché s'assimilera à une défaillance de celle-ci, pouvant déboucher sur une résiliation à ses torts et risques. Ce n'est que dans l'hypothèse d'une réception de la notification postérieure à l'expiration du délai de validité des offres que l'entreprise « soumissionnaire » pourra renoncer aux termes de son offre et le signifier par écrit à l'acheteur.

La question se pose donc de savoir si un soumissionnaire pourrait – après la date limite de réception des offres –, au nom de circonstances exceptionnelles apparues postérieurement, réclamer – avant l'expiration du délai de validité des offres – une revalorisation financière de son offre déjà déposée. Deux cas de figure se présentent :

- si la procédure ne prévoit pas une phase de négociation, alors une telle modification de l'offre initialement déposée est inconcevable ;
- si la procédure permet, en revanche, une phase de négociation, l'acheteur peut profiter de la négociation pour acter une offre actualisée.

Une offre négociée peut parfaitement être plus coûteuse que l'offre initiale. L'acheteur devra veiller à ne pas acter de modifications trop substantielles et à ce que tous les candidats admis à négocier puissent mettre à jour les termes techniques et financiers de leurs offres (en respectant les règles définies dans son règlement de consultation).

Une autre interrogation apparaît : un soumissionnaire peut-il, au nom de circonstances exceptionnelles de hausse des coûts des matières, renoncer tout de même à la pérennité de son offre avant l'expiration du délai de validité des offres ? En pratique, la plupart des acheteurs ne poursuivent pas leur processus d'attribution à une entreprise qui vient de leur signifier qu'elle ne pourra pas maintenir les termes de son offre initiale. Mais qu'en serait-il si un acheteur voulait malgré tout lui attribuer le marché sur la base, précisément très intéressante, de son offre initiale ?

On peut constater que la théorie de l'imprévision permet de casser la règle de l'intangibilité d'un prix et même, en cas de désaccord entre les deux parties, d'obtenir la résiliation du marché. Elle permet d'aller jusqu'à la résiliation d'un contrat déjà notifié, sans aucune indemnisation possible de l'une ou l'autre partie.

En conséquence, il nous semble acquis que l'entreprise peut renoncer aux termes de son offre initiale si elle apporte la preuve que cette dernière est désormais frappée par un déséquilibre financier important aboutissant à un déficit financier (et pas à une simple diminution de marge bénéficiaire). L'offre initiale (non notifiée) est ainsi devenue « caduque ».

### **Après notification**

La notification d'un marché fige dans le marbre la relation contractuelle et suppose le recours au cadre très limité des modifications envisageables en cours d'exécution. Soit l'acheteur utilise les opportunités offertes par le code de la commande publique, soit il utilise le joker de la théorie de l'imprévision qui met de côté, temporairement, certaines clauses du contrat.

S'il opte pour les solutions alternatives à l'imprévision et prévues dans la réglementation, la question se pose de savoir s'il peut recourir à l'[article R.2194-5 du code](#), qui se trouve dans une sous-section 3 intitulée « circonstances imprévues », et qui prévoit qu'un « marché peut être modifié lorsque la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir ».

Les termes « circonstances imprévues » ne doivent pas être confondus avec ceux de « sujétions techniques imprévues » qui figuraient dans d'anciennes versions du code. Ils ne visent pas uniquement des éléments « techniques » imprévisibles, mais bien – également – des éléments de « faits » imprévisibles (comme la crise sanitaire ou le conflit armé en Ukraine).

Il faut d'ailleurs noter que le caractère « imprévisible » peut à la fois porter sur des événements nouveaux, mais aussi sur l'ampleur de leurs effets (à savoir, l'ampleur des augmentations des coûts de matières premières). Cela peut donc viser aussi les « effets » et conséquences de ces éléments nouveaux imprévisibles.

L'argument développé par certains, selon lequel un tel « acte modificatif » ne serait pas envisageable au motif que le fait générateur (nouveau et imprévisible) serait extracontractuel, est irrecevable : c'est bien le contrat lui-même qui est affecté d'une pathologie en raison d'un fait

	<p>extérieur. Et elle réside dans un déséquilibre financier important qui remet en cause la viabilité et la pérennité du contrat. De plus, les circonstances imprévues peuvent découler d'évènements extérieurs qui influent sur les modalités d'exécution du contrat.</p> <p>Par exemple: tous les cahiers des clauses administratives générales (CCAG) adoptés récemment prévoient la possibilité de conclure un « avenant » afin d'adapter l'équilibre financier et technique d'un marché public à un changement de réglementation <sup>(1)</sup>.</p> <p>Or, précisément, il s'agit bien d'un fait générateur extérieur au marché et à ses cocontractants. L'absence de jurisprudence du Conseil d'Etat sur le caractère applicable de cet <a href="#">article R.2194-5</a> aux circonstances actuelles, se traduisant par une remise en cause de l'équilibre financier de certains marchés publics, ne doit pas faire douter de l'application de ce dispositif, qui doit être interprété au regard du droit européen. Le code de la commande publique n'a fait que recopier les termes des directives européennes. Or, ces derniers sont clairement interprétés dans plusieurs pays de l'Union européenne comme autorisant un rééquilibrage financier d'un marché public au regard de circonstances imprévisibles de hausses de coûts de matériaux par un simple acte modificatif.</p> <p>Il faut retourner aux sources européennes: l'<a href="#">article R.2194-5 du code</a> est une reprise de l'article 72 de la <a href="#">directive européenne n° 2014-24 du 26 février 2014</a>. Celui-ci prévoit que « les marchés et accords-cadres peuvent être modifiés sans nouvelle procédure de passation de marché (...) lorsque toutes les conditions suivantes sont remplies: la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'un pouvoir adjudicateur diligent ne pouvait pas prévoir; la modification ne change pas la nature globale du marché; toute augmentation de prix n'est pas supérieure à 50 % de la valeur du marché ou de l'accord-cadre initial ».</p> <p>Et l'article 72 §1-c précise que « lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, cette limite s'applique à la valeur de chaque modification ». Un acte modificatif est donc bien envisageable pour tenir compte de circonstances imprévisibles, dans la limite d'une revalorisation financière de 50 % pour « chaque modification » <sup>(2)</sup>. L'absence de cumul des impacts financiers de chaque modification n'est pas choquante puisque cela découle d'éléments extérieurs, imprévisibles, nullement imputables aux parties.</p> <p>Quant à l'argument tendant à dire que la théorie de l'imprévision ne pourrait pas être actée par l'adoption d'un « avenant », étant donné que l'indemnisation d'imprévision aurait vocation à « compenser temporairement des charges extracontractuelles » <sup>(3)</sup>, est hors sujet au regard de l'application du dispositif précité. Ce dernier ne se place pas sur le terrain jurisprudentiel <sup>(4)</sup> de la théorie de l'imprévision mais sur celui, inscrit dans le marbre du droit européen et français, des « circonstances imprévues ».</p> <p>Et cet « acte modificatif » (nécessairement contractualisé entre les deux parties) ne s'inscrit pas dans une logique d'indemnisation du « passé » mais dans une logique de rééquilibrage financier de « l'avenir » d'un marché afin d'en assurer sa pérennité contractuelle.</p> <p>C'est là que se trouve le point fondamental: la jurisprudence actuelle sur la théorie de l'imprévision traite de l'indemnisation du préjudice subi pour le « passé » exécuté d'un marché (on indemnise le préjudice subi par le titulaire pour la partie déjà exécutée) alors que l'<a href="#">article - R.2194-5 du code</a> prévoit le cas d'une modification d'un marché pour son « avenir » (tout ou partie du temps restant à exécuter) en raison de « circonstances imprévues » rendant indispensable un rééquilibrage financier afin de garantir une viabilité et une pérennité de la relation contractuelle.</p> <p>Un acte modificatif peut parfaitement porter sur une nouvelle tarification applicable temporairement, pour les trois ou les six prochains mois par exemple, en raison, non pas de la théorie de l'imprévision mais de « circonstances imprévues » relevant de l'<a href="#">article R.2194-5 du code</a> ou 72 §1-c de la <a href="#">directive n° 2014-24</a>.</p>
--	--

Thème	<b>Marchés Publics – Exécution de marché</b>
Type d'infos	<b>Communiqué</b>
Intitulé	Surcoûts dans les marchés publics : exiger un mémoire en réclamation et des factures
Source	<i>La Gazette de Communes du 6 septembre 2022</i>
Commentaire	<b>En raison de la hausse des coûts des matières premières, les acheteurs sont confrontés à des réclamations de revalorisation des prix de leurs marchés. Avec cette cinquième analyse de notre série consacrée à ces problématiques, Jérôme Michon, président de l'Institut de la commande publique et professeur en droit des marchés publics et privés, revient sur le formalisme que doivent respecter les entreprises qui réclament une</b>

### **augmentation des montants contractualisés.**

Dans le contexte actuel de hausse importante des coûts des matières premières, énergies et autres composants d'un marché public, des entreprises réclament une augmentation des montants contractualisés avec l'acheteur. Il est indispensable qu'elles présentent un argumentaire étayé de justificatifs probants.

#### ***Réclamation motivée***

La réalité juridique est la suivante : le titulaire doit démontrer qu'il a dû faire face à un fait générateur extérieur, imprévisible, allant au-delà d'une saine évolution économique. Si la réclamation concerne la partie du marché ayant déjà été exécutée, l'entreprise peut en appeler à la théorie de l'imprévision afin de bénéficier d'une indemnisation du préjudice subi, si elle supporte un véritable déséquilibre financier de son marché.

Si la réclamation concerne la partie restant à être exécutée, l'entreprise peut invoquer l'[article R.2194-5 du code de la commande publique](#), qui autorise un acheteur à modifier son marché. Un « acte modificatif » est conclu entre les parties au marché et ne doit pas être supérieur à 50 % de la valeur du marché. Si plusieurs actes modificatifs interviennent à ce titre, leurs montants ne se cumulent pas pour l'appréciation du respect du seuil de 50 % <sup>(1)</sup>. Le titulaire doit démontrer la réalité d'une « circonstance imprévue » <sup>(2)</sup> : son existence, son caractère imprévisible et son ampleur. Une telle revalorisation ne doit pas remettre en cause la logique concurrentielle qui a prévalu lors de l'attribution du marché ou constituer une libéralité illégalement accordée par l'acheteur.

Dans les deux cas, un « mémoire en réclamation » doit être établi ou tout autre document équivalent. On ne vise pas la notion employée (notamment) par le cahier des charges administratives générales (CCAG) travaux, mais l'esprit de celle-ci, étayé par la jurisprudence <sup>(3)</sup>. Cette réclamation doit ainsi :

- être un document unique qui contient l'ensemble des contestations ou différends à l'origine des demandes « indemnitaires » (si théorie de l'imprévision pour le passé exécuté) ou de « revalorisation » (si circonstances imprévues) ;
- contenir une présentation par chef de réclamation, avec une motivation pour chaque élément et une justification de chaque surcoût ;
- ne pas consister dans la transmission d'un courrier renvoyant à des éléments antérieurement communiqués <sup>(4)</sup> ;
- reprendre, sous peine de forclusion, les réclamations formulées antérieurement et qui n'auraient pas fait l'objet d'un règlement définitif.

Un mémoire vaut réclamation « que s'il comporte l'énoncé d'un différend et expose, de façon précise et détaillée, les chefs de la contestation en indiquant, d'une part, les montants des sommes dont le paiement est demandé, d'autre part, les motifs de ces demandes, notamment les bases de calcul des sommes réclamées » <sup>(5)</sup>.

N'est donc pas constitutif d'un mémoire en réclamation un document ne faisant état d'aucun motif de réclamation, ni de rappel de la nature du différend <sup>(6)</sup> ; ou réfutant les moyens présentés, sans faire état d'éléments de contestation <sup>(7)</sup> ; une facture, un courrier ou la simple demande d'un supplément d'honoraires <sup>(8)</sup>.

#### ***Formalisme***

Le formalisme d'une telle réclamation peut être synthétisé de la manière suivante :

- propos introductifs : mention que le présent document vaut mémoire en réclamation ; rappel de l'objet et références du marché ; contexte à l'origine du mémoire ; choix par l'entreprise, entre la théorie de l'imprévision ou la demande d'une revalorisation <sup>(9)</sup> ;
- état des lieux : où en est l'exécution du marché ; quels matériaux ont été utilisés ; que reste-t-il à exécuter et avec quels matériaux ; existe-t-il un enjeu de délai de livraison (car problème de disponibilité des matériaux) ; côté financier, quel est le montant du marché ; le volume financier facturé ; l'application réalisée (ou non) de la clause de révision ; les éventuelles répartitions financières entre cotraitants, etc. ;
- faits générateurs : l'entreprise doit démontrer que des faits générateurs (événements, hausses importantes des cours mondiaux, etc.) sont intervenus après l'établissement de son offre. Elle doit prouver le caractère soudain, imprévisible et d'une ampleur rare de ce(s) fait(s) constaté(s) ;

- impact pathologique : la réalité d'un contexte exceptionnel peut difficilement être contestée (crise sanitaire, conflit armé en Ukraine), mais le titulaire doit justifier que spécifiquement son marché est bien touché par ces phénomènes préjudiciables. C'est ce lien de causalité qui doit être démontré. Le marché est atteint d'une pathologie qui fragilise sa viabilité économique et sa pérennité dans le temps. Pour éviter que cette pathologie lui soit fatale (cas de force majeure débouchant sur la résiliation du marché), il faut modifier – même de manière temporaire – le montage économique de celui-ci (soit indemnisation pour le passé exécuté, soit réactualisation des prix pour l'avenir) ;
- ampleur du déséquilibre : une fois le fait générateur prouvé et le lien de causalité démontré, encore faut-il que le déséquilibre financier présenté par le titulaire soit suffisamment exceptionnel pour relever de la théorie de l'imprévision ou des - circonstances imprévues. Un marché public repose sur une balance équilibrée entre des droits et des obligations réciproques, portant sur des éléments techniques et financiers. Lorsque l'un des paramètres est remis en cause par un phénomène extérieur aux parties, celles-ci peuvent corriger leur accord afin de rééquilibrer la relation contractuelle. Mais l'ampleur du déséquilibre doit être celui d'un « déficit » supporté par le titulaire (et donc, modification des termes du contrat), et pas uniquement une simple perte de marge bénéficiaire.

Cette exigence est autant présente dans la jurisprudence administrative que dans celle judiciaire : la Cour de cassation a ainsi rejeté l'application de la théorie de l'imprévision et la présence d'une « exécution excessivement onéreuse » pour une société qui affirmait subir, de la part de ses propres fournisseurs, « des hausses de prix de 4 % à 16 % [et] une diminution de 58 % de sa marge brute ». Les juges ont estimé que ces pourcentages ne reflétaient pas « une situation qui a altéré fondamentalement l'équilibre des prestations et constituaient un cas de hardship » [\(10\)](#). Dans son arrêt « Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux », le Conseil d'Etat a validé la théorie de l'imprévision pour de la fourniture de gaz, uniquement parce que l'objet du contrat portait précisément sur de la fourniture de gaz (lien direct entre la prestation et l'évolution du coût de la molécule concernée), et du fait que le cours concerné avait été « multiplié par cinq » [\(11\)](#).

Autant dire que l'on est – parfois – loin, des taux présentés dans des réclamations reçues par les acheteurs. D'autant plus que certaines augmentations soudaines vont être lissées sur la durée du marché (plus le marché durera longtemps, plus l'augmentation passagère du coût d'un matériel va être compensée par sa baisse dans les années à venir). D'où la nécessité de renvoyer l'appréciation de la réalité de la remise en cause de l'équilibre financier du contrat à un rendez-vous en fin d'exécution de celui-ci.

La clause de révision va peut-être absorber une partie de l'impact financier de ces circonstances imprévues. Certains juges exigent la réciprocité dans une éventuelle clause d'imprévision : elle ne peut consister en une hausse systématique pour une seule partie au contrat. L'imprévision doit fonctionner à la hausse comme à la baisse, eu égard aux différents paramètres évolutifs susceptibles d'influer sur la modification du prix contractuel (prix de telle ou telle matière première, coûts logistiques et de distribution, etc.) [\(12\)](#).

La part du marché concerné : l'impact financier de ces circonstances doit être nuancé en fonction de la proportion en question au sein du marché : quel pourcentage représente cette matière première dans le prix global du marché. L'entreprise doit reprendre son bordereau de prix unitaires ou sa décomposition du prix global et forfaitaire, identifier les seules lignes concernées, et indiquer la proportion de l'impact de la pathologie financière présentée précédemment. Toutes les bases de calcul des sommes réclamées doivent être transmises. Une réclamation ne peut pas être globalisée financièrement sans indiquer chacun des postes chiffrés [\(13\)](#).

La durée temporaire : l'entreprise doit indiquer quelle est la période impactée (déjà exécutée ou restant à être exécutée).

### ***Preuves transmises***

En annexes à la réclamation du titulaire doivent figurer tous les éléments justificatifs des calculs financiers. Et cela vise, principalement, les factures réellement payées par l'entreprise auprès de ses fournisseurs, montrant une très nette augmentation (imprévisible) des coûts, entre l'instant zéro (offre initiale) et l'instant de la réclamation. Un comparatif entre deux factures doit pouvoir être établi.

Thème	<b>Marchés Publics – Exécution de marché</b>
Type d'infos	<b>Communiqué</b>
Intitulé	Surcoûts dans les marchés publics : établir une convention liée à un contrat préexistant
Source	<i>La Gazette de Communes du 8 septembre 2022</i>
Commentaire	<p><b>En raison de la hausse des coûts des matières premières, les acheteurs sont confrontés à des réclamations de revalorisation des prix de leurs marchés. Avec cette sixième analyse de notre série consacrée à ces problématiques, Jérôme Michon, président de l'Institut de la commande publique et professeur en droit des marchés publics et privés, revient sur la formalisation d'une décision d'indemnisation du titulaire d'un marché public.</b></p> <p>L'enjeu de la formalisation d'une décision d'indemnisation du titulaire d'un marché public, au regard de circonstances imprévisibles (hausse des coûts de matières premières, énergie, etc.), est fondamental. L'acheteur doit opter pour la meilleure formule « légale ».</p> <p>Il n'est pas libre (respect des règles concurrentielles ayant été appliquées, intangibilité du prix contractualisé, interdiction de toute libéralité injustifiée) et est tenu par un budget limité qui n'est en rien indexé sur l'évolution de cours mondiaux. Il doit ainsi jongler entre un cadre juridique et financier qui garantisse une validité de sa décision et la nécessité de procéder à un rééquilibrage économique du marché, afin d'en assurer sa viabilité.</p> <p><b>Imprévision</b></p> <p>Si le titulaire d'un marché public invoque la théorie de l'imprévision pour obtenir une revalorisation financière, il se place dans une démarche d'indemnisation d'un préjudice. Ce point est essentiel : il s'agit d'indemniser le préjudice subi par le titulaire, à la suite d'un phénomène extérieur aux parties contractantes, qui a déséquilibré les termes technico-financiers du contrat.</p> <p>L'<a href="#">article L.6-3° du code de la commande publique</a> prévoit expressément cette éventualité si un « événement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat » survient après l'établissement de l'offre finalement contractualisée. Le titulaire doit poursuivre l'exécution du contrat. Il n'est pas face à un cas de force majeure suscitant une exigence de sa part de mettre fin au marché. Il veut simplement une compensation du « déficit » qu'il a subi en raison de ces phénomènes extérieurs qu'il ne pouvait pas raisonnablement avoir anticipés lors de la remise de son offre.</p> <p>Ce « déficit » ne doit pas refléter une simple baisse de marge bénéficiaire, mais doit être bien au-delà de l'application de la clause de révision éventuellement prévue par le marché. Les pouvoirs publics estiment ainsi qu'il faut « évaluer les charges extracontractuelles qui pèsent sur le contrat du fait de l'augmentation exceptionnelle des prix, qu'il s'agisse de celui de l'énergie ou de celui de certaines matières premières, à l'exclusion des autres causes ayant pu occasionner des pertes à l'entreprise ».</p> <p>La circulaire du 30 mars précise que ces charges « doivent être déterminées au cas par cas, au vu de justifications comptables. Le titulaire doit être en mesure de justifier, d'une part, son prix de revient et sa marge bénéficiaire au moment où il a remis son offre et, d'autre part, ses débours au cours de l'exécution du marché » <a href="#">(1)</a>.</p> <p>On est donc face à un calcul financier très détaillé, nuancé en fonction de l'ampleur de l'impact sur le marché spécifiquement concerné (proportion du matériel dans l'objet du contrat) et étayé par des justificatifs présentés par le titulaire. Des rendez-vous périodiques peuvent être convenus et un calcul final à l'échéance du marché établi, afin de déterminer le montant de l'indemnisation.</p> <p><b>Convention liée à un contrat</b></p> <p>Estimant que « l'indemnisation d'imprévision ne peut pas, en principe, être formalisée dans un avenant ou contrat, puisqu'elle n'a pas pour vocation d'en modifier les stipulations mais seulement de compenser temporairement des charges extracontractuelles », les pouvoirs publics estiment qu'une telle « indemnisation d'imprévision » doit être « formalisée par une convention liée au contrat, applicable pendant la situation d'imprévision et qui pourra comprendre une clause de rendez-vous à l'issue du contrat, de manière à fixer le montant définitif de l'indemnité » <a href="#">(2)</a>.</p> <p>Les acheteurs seraient donc habilités, par la circulaire du 30 mars, à adopter une « convention liée à un contrat », sorte de « convention à un contrat préexistant », qui ne serait pas pour autant qualifiable d'« avenant ». Cette assertion est à l'image de la problématique existentielle dans laquelle se retrouvent les praticiens :</p>

- il n'existe plus de définition juridique d'un « avenant » dans le code de la commande publique. Motif : les directives européennes (transposées notamment par ce code) n'emploient jamais le terme « avenant », mais utilisent le concept d'« acte modificatif » ;
- les « actes modificatifs » visent à la fois des actes modificatifs « unilatéraux » (décision unilatérale de l'acheteur ou de l'entreprise ne nécessitant pas la signature d'un document) et des actes modificatifs « bilatéraux » (supposant la formalisation d'un accord réciproque des deux parties).

La notion d'« acte modificatif » ne doit donc pas être confondue avec celle, obsolète, d'« avenant ». Ce sont deux notions complètement différentes. C'est donc à tort que le code général des collectivités territoriales (CGCT) et d'autres textes épars (souvent adoptés récemment) continuent à utiliser le terme « avenant ». Il est urgent de toiletter tous les textes normatifs en le supprimant et en adoptant le cadre juridique clairement établi par les directives européennes pour les « actes modificatifs ».

Or la circulaire précitée entend la création d'un document sui generis [de lui-même], appelé « convention liée à un contrat », donc, finalement, une « convention liée à un marché public » qui ne serait pas elle-même un marché public... Une terminologie ne renvoyant à aucun texte normatif qui définirait le cadre réglementaire applicable à une telle convention.

Cela pose un sérieux problème juridique : car si c'était un avenant, il devrait suivre le formalisme défini dans le CGCT, induisant – dans bien des cas – l'adoption d'une délibération et sa présentation en commission d'appel d'offres, autant de garde-fous juridiques reposant sur une collégialité décisionnaire. Or, en refusant la qualification d'« avenant » à une « convention liée à un contrat » préexistant, les pouvoirs publics s'engouffrent dans un vide juridique qui sera certainement contesté par les juridictions. D'autant plus que les directives comme le code de la commande publique prévoient des solutions alternatives <sup>(3)</sup>.

Le problème vient que la France continue à utiliser une notion d'« avenant » qui n'a plus d'existence juridique dans les directives européennes relatives à la commande publique.

Alors que la version initiale du code de la commande publique, adoptée en transposition des directives de 2014, avait été rédigée en respectant scrupuleusement la terminologie européenne d'acte modificatif, et en n'employant jamais le terme « avenant », plusieurs textes sont venus ressusciter – à tort – cette terminologie.

A cet égard, les nouveaux cahiers des clauses administratives générales (CCAG), adoptés en 2019, en sont un exemple frappant : jamais ces cahiers des charges n'ont contenu autant de fois le mot « avenant », sans pour autant procéder à sa définition ! Précisément, selon la circulaire précitée, un avenant ne pourrait pas acter l'indemnisation du préjudice subi par un titulaire, qui découlerait de charges extracontractuelles. Or cette assertion est en totale contradiction avec les termes de tous les CCAG, qui prévoient la passation d'un « avenant » (sic) pour acter les effets d'un « changement de la réglementation sur la protection de la main-d'œuvre et des conditions de travail » <sup>(4)</sup>, d'un « changement des règles de la protection de l'environnement, la sécurité et la santé » <sup>(5)</sup>, ou si « la réglementation sur la protection de données à caractère personnel évolue en cours d'exécution » <sup>(6)</sup>.

Une réglementation (fait générateur extérieur aux parties) est modifiée. Elle produit des conséquences qui seraient éventuellement des surcoûts financiers pour le titulaire. Selon les CCAG, un « avenant » doit être établi pour en déduire les conséquences (tant économiques que techniques) quant à la modification des termes du marché et revoir son équilibre financier, eu égard à ces nouvelles charges extracontractuelles... car ces nouvelles charges financières découlent bien d'une décision extérieure aux parties contractantes.

Le CCAG-travaux prévoit même le recours à un « avenant » pour adapter les termes financiers d'un marché public, dans le cas où une « modification imprévisible de la réglementation en cours d'exécution » aurait un « impact sur les coûts » <sup>(7)</sup>. Un « avenant » serait donc possible pour traiter le bouleversement économique d'un marché public, à la suite d'une nouvelle réglementation « imprévisible », mais pas pour des circonstances tout aussi « imprévisibles » que la crise sanitaire ou la guerre en Ukraine ? Etrange contradiction !

La qualification de charges extracontractuelles pour des surcoûts imprévisibles sur des matériaux utilisés dans l'exécution du contrat est même sujette à caution. Il s'agit bien, en réalité, d'une « pathologie du marché » qui est atteint d'un « déséquilibre économique », fragilisant sa viabilité et sa pérennité. C'est le marché lui-même qui est atteint et les mesures correctives de cette pathologie doivent être directement appliquées au contrat, et non par le biais d'un nouveau contrat extérieur qui aurait sa vie propre et ne s'intégrerait dans aucun cadre juridique. On est bien dans la « vie du marché » et c'est complètement lié à sa propre exécution (cf. les matériaux

	<p>concernés et utilisés pour exécuter le contrat).</p> <p><b>Délibération spécifique</b></p> <p>Il nous semble vivement conseillé aux praticiens de ne pas formaliser de revalorisations tarifaires, liées à la théorie de l'imprévision, en établissant de simples « conventions liées à un contrat », sans respecter le moindre formalisme d'adoption par délibération de leur autorité délibérante.</p> <p>Les acheteurs doivent s'inspirer des règles applicables aux protocoles transactionnels <sup>(8)</sup>, qui consistent, bien souvent, à acter une indemnisation en la faisant valider par leur autorité délibérante. Certes, il n'existe pas des torts partagés des deux parties, comme cela peut être le cas dans un protocole transactionnel, mais le versement d'une indemnisation d'un préjudice ne saurait découler d'une simple « convention » signée par un élu, tout seul, habilité à signer n'importe quel contrat.</p> <p>D'autant plus que ce contrat créé sui generis, institué de manière incidente par la circulaire précitée, n'entre pas vraiment dans la qualification juridique d'un « marché public » (car il ne relève pas du champ d'un avenant, d'un acte modificatif ou d'un marché public exonéré de mise en concurrence) ! Il est conclu « hors marché » et en dehors de tout formalisme défini par le code de la commande publique. C'est un contrat administratif d'indemnisation d'un préjudice.</p> <p>A l'évidence, l'adoption d'une délibération spécifique est indispensable (comme c'est le cas pour toute libéralité justifiée, à l'instar du renoncement par l'acheteur à appliquer les pénalités d'un marché public). Sachant qu'il est crucial qu'un contrôle strict du contenu même de ce contrat intervienne, car de sérieuses discussions peuvent avoir lieu quant à l'ampleur du « déficit » ouvrant droit à indemnité, quant à la vérification des éléments probants fournis par l'entreprise et quant au versement par le comptable public d'un montant significatif, en totale violation de la loi intangible du marché.</p>
--	--

Thème	<b>Marchés Publics – Exécution de marché</b>
Type d'infos	<b>Communiqué</b>
Intitulé	Surcoûts dans les marchés publics : opter pour des solutions légales hors imprévision
Source	<i>La Gazette de Communes du 14 septembre 2022</i>
Commentaire	<p><b>En raison de la hausse des coûts des matières premières, les acheteurs sont confrontés à des réclamations de revalorisation des prix de leurs marchés. Avec cette septième et dernière analyse de notre série consacrée à ces problématiques, Jérôme Michon, président de l'Institut de la commande publique et professeur en droit des marchés publics et privés, présente les solutions, hors théorie de l'imprévision, qui s'offrent aux acheteurs pour répondre à ces demandes.</b></p> <p>Face à la hausse importante des coûts des matières premières et de l'énergie, les entreprises titulaires de marchés publics réclament parfois des revalorisations financières afin de bénéficier d'une prise en charge par l'acheteur de ces surcoûts. La théorie de l'imprévision est souvent mise en avant, assez rarement validée par le juge administratif. Ses contours demeurent, à certains égards, relativement flous, car issus d'interprétations jurisprudentielles établies au cas par cas. Or il existe d'autres solutions qui relèvent d'un cadre juridique bien établi et qui permettent d'apporter une réponse à ces réclamations de plus en plus pressantes de titulaires.</p> <p><b>Solutions alternatives</b></p> <hr/> <p><i>Adapter la politique d'achat</i></p> <hr/> <p>Un acheteur peut décider d'adapter sa politique d'achat aux nouvelles tensions économiques. Avec un marché public à prix unitaires, il peut, par exemple, opter pour la commande d'autres lignes que celles concernées par des surcoûts invoqués par le titulaire. Le secteur de la restauration collective retravaille ainsi ses menus et choisit des produits alimentaires les moins impactés. Pour les marchés de petites fournitures de bureau, les collectivités devraient revoir leur politique de commandes afin d'écartier les lignes les plus touchées de leurs bordereaux de prix unitaires, et privilégier les autres lignes dans leurs futurs bons de commande. Si cette solution est envisageable, elle n'implique pas l'établissement d'une nouvelle contractualisation, mais un</p>

simple travail interne de redéfinition de son besoin.

#### *Conclure un nouveau marché*

L'acheteur peut également mettre fin au marché d'un commun accord avec le titulaire, argumentant qu'il n'est plus en mesure de maintenir son prix (unitaire ou forfaitaire), et en conclure aisément un nouveau, si celui-ci relève des achats inférieurs au seuil de 40 000 euros HT <sup>(1)</sup>.

Un nouveau marché sans publicité, ni mise en concurrence, avec de nouveaux prix actualisés et idéalement négociés, est établi avec le même titulaire, sans problème juridique (dès lors que le seuil plafond est respecté par famille homogène de fournitures ou services, ou par opération de travaux). L'acheteur peut apprécier ce seuil annuellement <sup>(2)</sup>, y compris pour des besoins récurrents (à condition de signer un tel contrat pour une durée maximale de douze mois).

Soulignons que dans cette solution alternative, l'acheteur écarte toute discussion juridique existentielle sur le caractère applicable ou non de la théorie de l'imprévision. La résiliation du premier marché et la conclusion d'un nouveau n'ont pas besoin d'être justifiées par la théorie de l'imprévision. L'acheteur veillera à obtenir une demande écrite de résiliation de la part du titulaire (donc, un renoncement à toute indemnisation éventuelle). Il pourra signer, de manière concomitante à la résiliation, les termes financiers actualisés d'un nouveau marché.

#### *Effectuer une commande en urgence*

L'acheteur peut également se demander si le problème auquel il est confronté peut être résolu par une commande en urgence, au titre de l'[article R.2122-1 du code de la commande publique](#), afin de répondre à un problème soudain, imprévisible, impérieux et qui suppose une satisfaction immédiate. L'acheteur est face à une « urgence impérieuse résultant de circonstances extérieures et qu'il ne pouvait pas prévoir, ne permettant pas de respecter les délais minimaux exigés par les procédures formalisées ». Dans ce cas, il pourra passer une commande directe à une entreprise, avec une tarification actualisée.

#### *Recourir à la formule des petits lots*

L'acheteur peut, en outre, recourir à la formule des petits lots définie à l'[article R.2122-8 du code précité](#). Face à un marché en cours d'exécution, conclu sur la base d'une procédure d'appel d'offres et ayant été découpé en lots, l'acheteur peut conclure directement avec une entreprise un ou plusieurs marchés qui seraient individuellement inférieurs à 40 000 euros HT <sup>(3)</sup> et qui représenteraient moins de 20 % du montant total de l'appel d'offres. Ce nouveau marché serait rattaché à l'ancienne procédure de consultation, en lui affectant un numéro de lot arrivant après ceux de l'appel d'offres initial. Il faut quand même que ce(s) marché(s) (nouveaux lots) soit/soient conclu(s) pendant la durée de vie des marchés initiaux (lots déjà attribués).

Il est possible ainsi de ne plus commander les prestations ou travaux prévus au sein d'un lot déjà attribué (d'un commun accord avec le titulaire, ayant invoqué de sérieux problèmes pour maintenir ses prix sur cette partie de travaux ou de prestations) et de commander ces besoins au titre d'un nouveau lot dont la dénomination sera ciblée sur la partie de l'opération ou des prestations concernées.

#### *Conclure un « acte modificatif » du marché*

Enfin, l'[article R.2194-5 du code précité](#) autorise un acheteur à conclure un « acte modificatif », signé avec le titulaire d'un marché public, au nom de « circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir ». Cette latitude est toutefois plafonnée à 50 % d'augmentation par modification. Il ne faut pas cumuler l'impact financier de tous les actes modificatifs intervenus sur la base d'un même marché : il convient de raisonner uniquement par modification actée <sup>(4)</sup>.

La notion de « circonstances imprévues » ne vise pas uniquement des « sujétions techniques » imprévues (comme c'était le cas dans d'anciennes versions du code), mais des éléments de fait, à l'instar des incidences préjudiciables de surcoûts imprévisibles et exceptionnels de matières premières et autres composants nécessaires à l'exécution dudit marché.

#### *Etablir une transaction*

Si aucune solution alternative n'est envisageable, l'acheteur peut recourir à l'établissement d'un

protocole transactionnel au titre de l'[article 2044 du code civil](#). Cette solution est vivement recommandée à la place d'une simple « convention liée à un contrat » [\(5\)](#) qui ne relève d'aucun cadre juridique clairement défini.

#### *Les principes d'un protocole transactionnel*

Selon le législateur, « la transaction est un contrat par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître ». On remarque plusieurs parallélismes avec la théorie jurisprudentielle de l'imprévision :

- des « concessions réciproques » doivent absolument être prévues dans les deux cas ; l'acheteur n'a pas le droit de prendre en charge 100 % des surcoûts liés à de telles hausses imprévisibles et importantes des matières premières utilisées dans le cadre du marché (il en supporte 80 à 90 % seulement). Le juge judiciaire ou administratif admet que les concessions réciproques ne doivent pas être nécessairement d'une ampleur équivalente [\(6\)](#) ;
- une contestation « née » ou « à naître » : cette précision de l'[article 2044 du code civil](#) est intéressante, car elle permet de traiter des surcoûts préjudiciables du passé exécuté d'un marché, mais également de mettre fin à toute réclamation future au titre de ces surcoûts déjà constatés. En d'autres termes, le titulaire requérant devra apporter la preuve de nouveaux phénomènes préjudiciables, donc de nouveaux surcoûts imprévisibles et excessifs des matériaux utilisés, afin d'obtenir une éventuelle nouvelle transaction.

#### *Mettre fin au différend de manière amiable*

L'invocation d'un préjudice subi par le titulaire en raison de phénomènes extérieurs imprévisibles peut déboucher sur l'établissement d'une transaction, mettant fin amiablement au différend. La transaction porte sur la « réparation des dommages subis » [\(7\)](#). Les collectivités territoriales et leurs établissements publics peuvent transiger librement depuis la loi du 2 mars 1982 [\(8\)](#).

La signature d'une transaction nécessite toutefois l'autorisation préalable de l'organe délibérant, sauf pour de rares organismes publics ayant habilité l'exécutif à signer toute transaction [\(9\)](#). L'organe délibérant doit se prononcer sur « tous les éléments essentiels du contrat à intervenir, au nombre desquels figurent, notamment, la contestation précise que la transaction a pour objet de prévenir ou de terminer et les concessions réciproques que les parties se consentent à cette fin » [\(10\)](#).

La jurisprudence ne va pas jusqu'à exiger que le texte même de la transaction soit validé par - l'autorité délibérante : la délibération peut se contenter d'en reprendre les points essentiels. Il est malgré tout recommandé de veiller à une parfaite transparence, vis-à-vis des élus, de l'accord financier indemnitaire. De plus, il faut apporter la preuve d'une contestation effective de la part du titulaire : sa propre réclamation d'indemnisation du préjudice doit être jointe à la transaction.

#### *Apporter la preuve du préjudice*

Enfin, la transaction doit porter sur un préjudice certain et actuel, et non pas hypothétique : le titulaire doit apporter la preuve qu'il a subi des surcoûts dont l'ampleur est excessive et dont l'origine est extérieure aux parties, et qu'ils n'étaient pas prévisibles. Il doit transmettre des éléments probants, à l'instar des factures réellement payées auprès de ses propres fournisseurs pour exécuter spécifiquement le marché concerné.

Car l'administration ne doit pas accorder une libéralité injustifiée, qui frapperait de nullité juridique ladite transaction [\(11\)](#). Sur le fond, l'administration doit « faire un travail d'analyse semblable à celui qui incomberait au juge, si le différend était porté devant lui » [\(12\)](#). Et cette analyse passe par une « évaluation sur justificatifs » : les « préjudices économiques doivent être justifiés par tout document pertinent » [\(13\)](#).

S'agissant de surcoûts financiers appliqués par des fournisseurs du titulaire, en raison de phénomènes extérieurs et imprévisibles, à l'ampleur importante, les factures payées par le titulaire constituent des justificatifs à transmettre. La réalité du surcoût supporté, dans l'exécution même du contrat, doit être vérifiée. Le juge contrôle ainsi si le déficit invoqué par le titulaire était lié à des dépenses qui étaient nécessaires pour la bonne gestion de l'exécution du marché [\(14\)](#).

En cas de contestation de la transaction devant le juge, ce dernier examinera le bien-fondé de l'indemnisation accordée à l'entreprise et en vérifiera les calculs [\(15\)](#). La transaction peut être, le cas échéant, homologuée par une juridiction, si son exécution pouvait être discutée (notamment

	par le comptable public ou une autre entreprise n'ayant pas remporté ledit marché en raison d'une offre jugée initialement excessive). Mais cette homologation n'est pas obligatoire <sup>(16)</sup> . A noter que la transaction et sa délibération doivent être transmises au contrôle de légalité préfectoral <sup>(17)</sup> , puis aux autorités comptables qui en assureront le paiement sur présentation d'une facture.
--	--

Thème	<b>Marchés Publics –Exécution de marché</b>
Type d'infos	<b>Jurisprudence</b>
Intitulé	Commande publique et inflation : feu vert du Conseil d'Etat pour des renégociations - <a href="#">L'avis du Conseil d'Etat</a>
Source	<i>La Gazette de Communes du 22 septembre 2022</i>
Commentaire	<p><b>Le Conseil d'Etat, saisi le 14 juin dernier par le gouvernement, a rendu le 15 septembre son avis sur les possibilités de modification du prix ou des tarifs des contrats de la commande publique et sur les conditions d'application de la théorie de l'imprévision.</b></p> <p>Le Conseil d'Etat a rendu au gouvernement le 15 septembre son avis sur les possibilités offertes par le droit de la commande publique pour modifier les conditions financières et la durée des contrats de la commande publique pour faire face à des circonstances imprévisibles, ainsi que leur articulation avec la théorie de l'imprévision.</p> <p>Le gouvernement avait en effet demandé au Conseil d'Etat de se prononcer sur cette question, dans un contexte où la hausse des prix et les difficultés d'approvisionnement pour certaines matières premières, consécutives notamment à la relance économique après la crise du Covid-19 puis à la guerre en Ukraine, ont entraîné un renchérissement important des coûts de production, ce qui a engendré des difficultés d'exécution des contrats de la commande publique, au regard notamment de leurs clauses financières.</p> <p>La direction des affaires juridiques (DAJ) a publié le 22 septembre une fiche technique, qui reprend pas à pas l'avis des membres du Palais-Royal.</p> <p><b><i>Modification des seules clauses financières ou de la durée des contrats</i></b></p> <p>Dans son avis rendu en assemblée générale, le Conseil d'Etat a admis que les parties à un contrat de la commande publique peuvent, dans certaines conditions et limites, procéder à une modification des clauses financières pour faire face à des circonstances imprévisibles : « le caractère en principe définitif des prix des marchés ne fait pas obstacle à leur modification [...], dès lors que les prix ainsi modifiés respectent <a href="#">l'article L.2112-6 du code de la commande publique</a>, ce dont il se déduit qu'en principe ils restent définitifs pendant toute la période d'exécution des prestations et constituent le prix de règlement, sous réserve de leur actualisation ou de leur révision prévue par le marché. Le Conseil d'Etat considère également que rien n'empêche que les modifications des marchés et contrats de concession portent uniquement, en vue de compenser les surcoûts que le titulaire ou le concessionnaire subit du fait de circonstances imprévisibles, sur les prix ou les tarifs prévus au contrat ainsi que sur les modalités de leur détermination ou de leur évolution. »</p> <p>Le Conseil d'Etat considère donc que si le prix contractualisé ne peut, en principe, être modifié, ce principe n'est pas absolu et connaît des exceptions. Et le code de la commande publique offre deux possibilités de modification des contrats sans nouvelle procédure de mise en concurrence pour faire face à des circonstances imprévisibles : les modifications pour circonstances imprévisibles et les modifications de faible montant.</p> <p>Les auteurs de l'avis précisent également que le code de la commande publique ne fait pas « obstacle à la modification de la seule durée du marché ou du contrat de concession. Ainsi, des prolongations du contrat, sans nouvelle procédure de mise en concurrence, sont possibles si elles peuvent être regardées comme des modifications rendues nécessaires par des circonstances imprévisibles ou des modifications non substantielles ou de faible montant ».</p> <p><b><i>Sur la théorie de l'imprévision</i></b></p> <p>Le Conseil d'Etat rappelle également que le cocontractant peut avoir droit à une indemnité sur le fondement de la théorie de l'imprévision. Il souligne que cette indemnisation « a pour objet de permettre d'assurer la continuité du service public, ce qui implique que seul le cocontractant qui continue à remplir ses obligations contractuelles et subit, de ce fait, un déficit d'exploitation, a</p>

	<p>droit à une indemnité. Il est aussi jugé que l'indemnité d'imprévision doit rester provisoire et que, si les événements ayant justifié son octroi perdurent, le caractère permanent du bouleversement de l'équilibre économique du contrat fait obstacle à la poursuite de son exécution, de sorte que l'imprévision devient un cas de force majeure justifiant la résiliation de ce contrat ».</p> <p>Le Conseil d'Etat précise même que l'indemnité d'imprévision peut se combiner avec une modification du contrat, si cette dernière n'a pas été de nature à résorber la totalité du préjudice d'imprévision subi par le titulaire.</p> <p>La fiche technique de la DAJ</p>
--	--

## AGRICULTURE

Thème	<b>Agriculture – Epannage</b>
Type d'infos	<b>Texte réglementaire</b>
Intitulé	<a href="#">Arrêté Préfectoral n°35-2022-09-30-00002 du 30 septembre 2022</a> portant dérogation au programme d'actions régional en vue de la protection des eaux contre la pollution par les nitrates d'origine agricole (Page 3)
Source	<i>Recueil des Actes Administratifs n°217 du 30 septembre 2022</i>

## DIVERS

**RAS**