



**PRÉFET
DES HAUTES-
PYRÉNÉES**

*Liberté
Égalité
Fraternité*

Direction de la citoyenneté et des
collectivités locales

Bureau des relations avec les
collectivités territoriales

Affaire suivie par : Marina Valentin

Tél : 05 62 56 63 43

Courriel : marina.valentin@hautes-
pyrenees.gouv.f

Tarbes, **04 MAI 2022**

Le Préfet des Hautes-Pyrénées

à

Monsieur le Président du Conseil Départemental,
Mesdames et Messieurs les Maires,
Mesdames et Messieurs les Présidents d'EPCI et des
Syndicats Mixtes,
Monsieur le Président du S.D.I.S.,
Monsieur le Président de l'O.P.H 65,

en communication à
Madame la Sous-Préfète de Bagnères-de-Bigorre
Monsieur le Sous-Préfet d'Argelès-Gazost
Mesdames et Monsieur les Parlementaires
Madame la Présidente de l'association des maires des
Hautes-Pyrénées
M. le Président de l'association des maires ruraux

Objet : Impacts de la guerre en Ukraine : l'exécution des marchés publics dans le contexte de forte hausse des prix des matières premières

Les difficultés économiques générées depuis deux ans par la crise sanitaire ont encore été aggravées du fait du conflit russo-ukrainien. Les répercussions de ce contexte international inédit impactent plus ou moins durement les différents secteurs d'activité qui doivent faire face simultanément à une flambée des prix, au risque de pénurie des matières premières, à des difficultés ou retards d'approvisionnement. Cette situation se traduit en particulier au niveau de la commande publique.

En votre qualité d'acheteurs publics, il vous appartient de prendre en compte dès à présent les difficultés auxquelles sont confrontées les entreprises titulaires de marchés en cours d'exécution et de les anticiper dans le cadre de la rédaction des futurs marchés afin d'en atténuer l'impact et d'éviter tout risque de défaillance de vos cocontractants.

L'État, comme les décideurs publics, doivent se mobiliser de concert pour participer à cette démarche de soutien aux acteurs des différentes filières. Vous trouverez ci-après des recommandations pour y parvenir.

Tél : 05 62 56 65 65

Courriel : prefecture@hautes-pyrenees.gouv.fr

Place Charles de Gaulle – CS 61350 – 65013 TARBES Cedex 9

1) Modalités de prise en compte de ces difficultés dans les marchés en cours d'exécution.

- **Modifier les contrats publics lorsque cela est nécessaire à la poursuite de leur exécution :**

La pénurie des matières premières et la hausse des prix des approvisionnements peuvent nécessiter de revoir les spécifications techniques initialement retenues pour les contrats en cours d'exécution, en remplaçant un matériau devenu trop cher ou introuvable par un autre, en modifiant le volume ou le périmètre des prestations à fournir ou en aménageant les délais de réalisation des travaux prévus.

Ainsi, dès lors que ces modifications ne pouvaient être prévues par l'autorité contractante au moment de la conclusion du marché, sont autorisées :

- pour chaque modification rendue nécessaire, *jusqu'à 50 % du montant initial* pour les marchés publics conclus par des pouvoirs adjudicateurs,
- *sans plafond* pour les contrats de commande publique intervenant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

- **Aménager les délais d'exécution et renoncer aux sanctions contractuelles :**

En cours d'exécution du contrat, l'acheteur public que vous êtes a toujours la faculté d'aménager, prolonger ou suspendre les délais contractuels d'exécution, et de renoncer à l'application de pénalités de retard. Dès lors que cela est compatible avec le bon fonctionnement des services publics, il conviendra d'accepter les reports de délais sollicités par les entreprises qui, confrontées à une pénurie de matières premières, ne pourraient pas respecter les délais sans subir de surcoûts excessifs.

De la même façon, vous veillerez à ne pas appliquer de pénalités de retard, prononcer d'exécution ou de marché de substitution aux frais et risques du cocontractant, voire résilier un marché, en cas de retard de livraison ou d'exécution liés aux envolées des prix des matières premières ou à des pénuries d'approvisionnement.

L'exécution des clauses des contrats prévoyant des pénalités de retard ou l'exécution des prestations aux frais et risques du titulaire doivent donc être suspendues, tant que celui-ci est dans l'impossibilité de s'approvisionner dans des conditions normales.

- **Faire jouer la théorie de l'imprévision :**

L'absence de clause de révision de prix ou de clause de réexamen empêche de renégocier les prix prévus au contrat sans remettre en cause les conditions de la mise en concurrence initiale.

Néanmoins, selon la *théorie de l'imprévision* dont la mise en œuvre ne peut être que temporaire, et pour assurer la poursuite de l'exécution d'un marché public, affecté par des difficultés d'approvisionnement ou une forte variation du coût des matières premières et éviter le risque de défaillance de ses titulaires, ces derniers peuvent demander une indemnisation sur le fondement de la théorie de l'imprévision.

Les titulaires de marché devront faire la preuve qu'ils ne peuvent plus répondre à leurs obligations dans des conditions normales, en raison du caractère imprévisible, dans sa survenance et/ou son

ampleur, de la hausse du prix des matières premières concernées et qu'elle a provoqué un déficit d'exploitation. La personne publique est dès lors tenue d'aider financièrement les titulaires à poursuivre l'exécution du contrat afin d'en rétablir l'équilibre économique. Une fiche annexée au présent courrier précise les conditions de mise en œuvre de la théorie de l'imprévision.

- **Respecter les délais de paiement :**

Selon l'article R.2192-10 du code de la commande publique, "*le délai de paiement prévu à l'article L.2192-10 est fixé à trente jours pour les pouvoirs adjudicateurs... »*

En tant qu'acheteurs, je vous invite à honorer dans les meilleurs délais les factures de vos cocontractants et, en cas de retard, à verser les intérêts moratoires qui leur sont dus.

2) Points de vigilance sur la rédaction de vos futurs marchés.

- **Prévoir des clauses de révision des prix adaptées :**

Selon l'article R.2112-13 du code de la commande publique les marchés publics doivent être conclus à *prix révisables* lorsque les prestations sur lesquelles ils portent sont exposées à des aléas majeurs du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des contrats. Si ce n'est pas le cas, il y a absence de publicité et de mise en concurrence.

Vous devez donc être attentifs à insérer dans vos marchés des clauses de prix révisables, soit sur la base des prix réellement constatés sur les marchés, soit sur la base d'une formule de révision périodique, soit en combinant ces deux modalités. Le recours au prix ferme est prohibé en cette période où les parties sont exposées à des aléas majeurs.

Vous éviterez d'appliquer systématiquement une échéance annuelle pour les clauses de révision des prix afin de maintenir l'équilibre financier du marché, sans porter préjudice à l'un ou l'autre des parties au contrat.

- **Prévoir des clauses relatives à la gestion des délais d'exécution :**

Dans le contexte de tension que nous connaissons actuellement, je vous invite à prévoir dans vos futurs marchés des clauses exonérant le titulaire de pénalités de retard et prévoyant la prolongation des délais d'exécution en cas de circonstances échappant à sa responsabilité et le mettant dans l'impossibilité de respecter les délais contractuels.

- **Prévoir des clauses relatives aux avances et délais de paiement :**

Comme les articles R.2191-7 et R. 2191-8 du code de la commande publique le prévoient, vous pouvez utilement prévoir dans vos contrats une avance d'au moins 30 % du montant du marché afin de faciliter les approvisionnements et le commencement de leurs prestations par les entreprises sans obérer leur trésorerie.

Vous pouvez également prévoir, au moment de la conclusion des contrats, des délais de paiement inférieurs au maximum réglementaire (30 jours).

- **Anticiper la dégradation des conditions d'exécution des contrats :**

Pour contrer les fortes variations de prix des matières premières que les clauses de révision de prix ne permettraient pas de couvrir, vous pouvez prévoir des clauses de réexamen dans le contrat initial.

L'article R.2194-3 du code de la commande publique vous permet de modifier un marché en cours d'exécution lorsque le champ d'application des modifications envisagées, leur nature et les modalités de leur mise en œuvre ont été précisées dès le lancement de l'appel d'offres. Afin de ne pas influencer sur les offres des candidats et donc sur les conditions de leur mise en concurrence, il convient de définir ces modifications de façon suffisamment claire et précise.

- **Favoriser un approvisionnement durable et de qualité :**

S'agissant plus spécifiquement du soutien aux filières productives, et chaque fois que cela est possible, je vous invite à favoriser une politique publique d'achat local et un approvisionnement durable et de qualité.

- **Appliquer un traitement des difficultés analogues dans les contrats de droit privé :**

Pour les contrats conclus depuis le 1^{er} octobre 2016, l'article 1195 du code civil prévoit, pour les entreprises qui se trouveraient face à un bouleversement de l'équilibre économique de leur contrat, une obligation analogue à la théorie de l'imprévision, permettant aux parties de le renégocier, ou au juge qui en a été saisi de le réviser ou d'en prononcer la résiliation.

Compte tenu des circonstances exceptionnelles actuelles, les parties doivent pouvoir s'accorder pour aménager ou neutraliser une clause contractuelle qui limiterait la portée de ce texte afin de partager les effets de ces aléas économiques.

Telles sont les informations que je souhaitais vous communiquer. Mes services restent à votre entière disposition pour tout complément d'information ou vous aider à résoudre toutes difficultés éventuellement rencontrées dans la mise en œuvre de ces préconisations. Vous pouvez également contacter utilement :

- Monsieur Vincent LAUNAY ; Commissaire aux Restructurations et à la Prévention des difficultés des entreprises (CRP) auprès du Préfet de région : vincent.launay@dreets.gouv.fr

- Monsieur Gregory FERRA, Directeur départemental de l'Emploi, du travail, des Solidarités et de la Protection des Populations des Hautes-Pyrénées : ddetspp@hautes-pyrenees.gouv.fr.

Pour le Préfet et par délégation, la
Secrétaire Générale


Sibylle SAMOYAU

ANNEXE : CONDITIONS ET MODALITÉS DE MISE EN ŒUVRE DE LA THÉORIE DE L'IMPRÉVISION DANS LES MARCHÉS PUBLICS

Les difficultés rencontrées par les fournisseurs dans les fluctuations des prix peuvent trouver une solution dans la mise en œuvre de la théorie de l'imprévision. L'imprévision est une théorie jurisprudentielle née de l'arrêt du Conseil d'État du 30 mars 1916- Compagnie générale du gaz de Bordeaux.

Elle impose à la personne publique cocontractante d'aider financièrement le titulaire du marché à exécuter le contrat, lorsqu'un événement imprévisible et étranger à la volonté des parties a provoqué le bouleversement de l'économie du contrat.

Principe :

Versement par la collectivité d'une indemnité à son cocontractant en raison de l'accroissement de ses charges financières lié à la survenue d'un événement exceptionnel **imprévisible et temporaire** compromettant la réalisation des prestations.

Toutefois, l'évènement étant étranger à l'administration, l'indemnisation ne saurait couvrir l'intégralité du dommage subi.

Objectif :

Prendre en compte le bouleversement de l'économie d'un contrat afin de permettre la poursuite de son exécution.

Conditions de mise en œuvre :

L'imprévision ne peut être prise en compte que si le titulaire du marché établit que les conditions cumulatives suivantes sont réunies :

- l'évènement affectant l'exécution du contrat était imprévisible au moment de la conclusion du contrat ;
- l'évènement est extérieur aux parties et ne doit pas résulter directement ou indirectement de l'action des contractants,
- l'évènement doit entraîner un bouleversement de l'économie du contrat, c'est-à-dire plus qu'une simple rupture de son équilibre financier,

A noter que l'imprévision ne libère le contractant de l'administration d'aucune de ses obligations. Celui-ci est donc tenu de poursuivre l'exécution du marché, faute de quoi il se verrait privé du droit d'obtenir une indemnisation au titre de l'imprévision (CE, 5 novembre 1982, Société Propétrol n°19413).

Modalités pratiques (dès lors que les conditions précitées sont réunies):

- Examen des surcoûts : C'est au titulaire du marché qu'il appartient de prouver que son contrat a été bouleversé et d'apporter les justifications de nature à établir le montant des surcoûts qu'il a supportés, et notamment la preuve que l'achat des matériaux concernés était bien postérieur à la période durant laquelle le prix a augmenté de façon imprévisible. A ce titre, la production des factures de ses fournisseurs avant la remise de son offre et/ou en début de contrat, ainsi que pendant la période de forte tension sur les prix, s'avère nécessaire pour caractériser une situation d'imprévision.
- Seuil de bouleversement : en ce qui concerne la preuve du bouleversement économique du contrat, la jurisprudence examine la situation des contrats au cas par cas et ne fixe pas de seuil unique au-delà duquel elle reconnaît un tel bouleversement. Néanmoins, on peut envisager une atteinte de ce seuil lorsque les charges extra-contractuelles ont atteint environ un quinzième du montant initial H.T du marché ou de la tranche ferme ou affermie. Dans le cas particulier où le contrat comporte une formule de révision des prix, il appartient en outre au titulaire du contrat de démontrer que l'application de la formule de révision des prix ne permet pas de prendre en compte les augmentations constatées.
- Montant de l'indemnité : la circulaire du Premier ministre du 30 mars 2022 précise que « si la jurisprudence a, en moyenne, fixé la part d'aléa laissée à la charge du titulaire à 10 % du montant du déficit résultant des charges extra-contractuelles, ce taux est néanmoins susceptible de varier entre 5 et 25 % en fonction des circonstances et notamment des éventuelles diligences mises en œuvre par l'entreprise pour se couvrir raisonnablement contre les risques inhérents à toute activité économique ; dans l'appréciation de ces diligences, il convient bien sûr de prendre en compte les différences de situation des entreprises : les PME, les TPE et les artisans n'ont pas les mêmes moyens que les grandes entreprises et les grands groupes pour anticiper et couvrir les aléas extraordinaires susceptibles d'affecter leurs approvisionnements. »
- Modalités de versement de l'indemnité : le montant des charges extra-contractuelles doit être évalué sur l'ensemble du contrat, et donc à la fin de l'exécution de celui-ci. Néanmoins, dès lors que l'imprévision est caractérisée et qu'il est évident qu'une indemnité devra être attribuée en fin d'exécution du marché, ou que la poursuite même de l'activité de l'entreprise est menacée par les difficultés de trésorerie et les pertes subies, les acheteurs accorderont aux titulaires qui en font la demande des indemnités provisionnelles, mandatées avec chaque règlement, à valoir sur l'indemnité globale d'imprévision dont le montant définitif ne pourra être déterminé qu'ultérieurement. Le montant de ces versements provisionnels sera fixé en tenant compte de la situation de l'entreprise.
- Passation d'une convention : la circulaire du Premier ministre du 30 mars 2022 prohibe le recours à l'avenant, puisqu'il s'agit ici de compenser temporairement des charges extra-contractuelles, et préconise 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. Ce document :
 - fait référence au marché
 - indique le montant de l'indemnité octroyée et, le cas échéant, celui des provisions sur indemnités déjà allouées,
 - reproduit les bases et les modalités du calcul qui a permis de l'établir,
 - précise qu'elle a été accordée en application de la théorie de l'imprévision.