

L'IMPRÉVISION

COMMENT FAIRE FACE AUX CRISES QUI IMPACTENT LA PASSATION ET L'EXÉCUTION DES CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Jean Marc PEYRICAL
Président de l'APASP
Maître de Conférences - Avocat

20 octobre 2022



Association Pour l'Achat dans les Services Publics

www.apasp.com



1



COMMENT FAIRE FACE AUX CRISES QUI IMPACTENT LA PASSATION ET L'EXÉCUTION DES CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE

- La commande publique représente 10% de notre PIB annuel- 15% en moyenne dans les Etats de l'Union Européenne- et a un poids essentiel sur le plan économique mais aussi politique.
- Elle est directement impactée par les différentes crises- internationales, sanitaires, énergétiques, matières premières, augmentation des prix...- qui se succèdent depuis plusieurs années.
- Or, une commande publique en diminution affecte directement le monde économique, et tout particulièrement les PME qui, en fonction des secteurs concernés, en sont plus ou moins dépendantes.
- Les acheteurs et leurs prestataires se retrouvent souvent démunis face aux conséquences de ce contexte sur leurs contrats, et de nombreuses situations de blocage existent qui traduisent souvent un manque de dialogue entre les parties.
- Afin de leur donner divers outils et réponses à leurs questions, le gouvernement est intervenu plusieurs fois, notamment par la voies de circulaires- 30 mars et 29 septembre 2022- et en saisissant le Conseil d'Etat qui a rendu un important avis le 15 septembre dernier.

2

2

COMMENT FAIRE FACE AUX CRISES QUI IMPACTENT LA PASSATION ET L'EXÉCUTION DES CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE

S'agissant tout d'abord des circulaires 63-38/SG et 6374/SG des 30 mars et 29 septembre, sachant que la seconde s'est substituée à la première, elles incitent les acheteurs, tout en rappelant les règles du code de la commande publique, à :

D'abord pour ce qui est des contrats en cours d'exécution

- Tenir compte des conséquences de hausses de prix, notamment de matières premières, sur les conditions techniques d'exécution des marchés publics et concessions

Exemple: substitution de matériaux, modification des quantités ou du périmètre des prestations, aménagement des conditions et des délais de réalisation des prestations

- Utiliser les dispositions du code de la commande publique relatives aux modifications des contrats en cas de circonstances imprévues, qui peuvent aboutir à des évolutions allant jusqu'à 50% du prix initial avenant par avenant
- Appliquer la théorie de l'imprévision, qui doit être un événement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat malgré l'application d'une éventuelle clause de révision de prix prévue par ce dernier

3

3

COMMENT FAIRE FACE AUX CRISES QUI IMPACTENT LA PASSATION ET L'EXÉCUTION DES CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE

- La mise en œuvre de cette théorie ouvre le droit à la perception d'une indemnité par le co-contractant, destinée à compenser une partie de ses charges supplémentaires.

- Le plus délicat est de démontrer ici un réel bouleversement de l'économie du contrat et de le lier aux circonstances imprévisibles et non à d'autres causes

- Cela nécessite une analyse comptable fine, afin de bien distinguer ce qui relève de l'événement imprévu et ce qui est la cause d'autres événements (problèmes de gestion interne, de trésorerie...).

- Les circulaires fixent un seuil de 15% de charges extracontractuelles au-delà duquel le bouleversement peut être admis. Et le taux de prise en charge par le titulaire du contrat varie selon les cas entre 5 et 25% en fonction des circonstances et des moyens dont disposent les opérateurs.

- Les acheteurs peuvent verser des indemnités provisionnelles et pas seulement en fin de contrat.

4

4

COMMENT FAIRE FACE AUX CRISES QUI IMPACTENT LA PASSATION ET L'EXÉCUTION DES CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Et l'indemnité d'imprévision doit faire l'objet non pas d'un avenant mais d'une convention spécifique annexée au contrat.

- Geler les pénalités contractuelles, notamment de retard, dès lors par exemple que le titulaire ne peut s'approvisionner dans des conditions normales

Ensuite pour ce qui est des futurs contrats:

- Insérer une clause de révision de prix le plus souvent possible, et de façon obligatoire pour les prestations exposées à des aléas majeurs du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la durée d'exécution- article R 2112-13 du code de la commande publique. Sont notamment concernés les marchés de denrées alimentaires ou encore les achats d'énergie.

5

5

COMMENT FAIRE FACE AUX CRISES QUI IMPACTENT LA PASSATION ET L'EXÉCUTION DES CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Et cette clause doit prévoir au moins une référence aux indices officiels de fixation des cours mondiaux pour les marchés d'une durée d'exécution de plus de trois mois qui nécessitent le recours à une part importante de fournitures, notamment de matières premières, dont le prix est directement affecté par les fluctuations de ces cours.

Sont notamment visés ici les marchés de travaux et les marchés de transport.

Et afin d'en assurer une efficacité optimale, il est demandé à ce que les contrats en cause ne prévoient pas de terme fixe ou de clause butoir au sein de la formule de révision des prix

➡ **Surtout, la circulaire du 29 septembre** reprend les possibilités nouvelles proposées par le Conseil d'Etat dans son avis du 15 septembre et permet sous certaines conditions de « *procéder à des modifications des seules clauses financières des contrats pour compenser les conséquences des hausses prévisibles de certains coûts d'approvisionnement des entreprises prestataires* »

Dans cet avis, le Conseil d'Etat répond aux questions posées par la Direction des Affaires Juridiques de Bercy, Direction qui a élaboré et publié une fiche technique d'explications sur cet avis quelques jours après sa parution.

6

6

COMMENT FAIRE FACE AUX CRISES QUI IMPACTENT LA PASSATION ET L'EXÉCUTION DES CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Ainsi, selon cet avis:

- **Ni le code de la commande publique ni les directives et la jurisprudence européennes n'interdisent la modification des clauses financières tant dans les marchés publics que dans les concessions**

En conséquence, les prix ou les tarifs dans ces contrats peuvent être modifiés de même que les modalités de leur détermination ou de leur évolution.

Par exemple, un prix ferme et actualisable pourra être transformé en prix révisable, avec l'introduction d'une formule de révision même en fin d'exécution de marché

7

7

COMMENT FAIRE FACE AUX CRISES QUI IMPACTENT LA PASSATION ET L'EXÉCUTION DES CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Dans ce cas, surtout si le paiement du prix a fait l'objet d'acomptes successifs, la révision pourra être appliquée de façon rétroactive, le prix ainsi révisé devant, dans le cas d'un marché de travaux, être intégré au sein du DGD.

- Ces modifications peuvent avoir lieu, à part celles d'un faible montant, du fait de circonstances imprévisibles qui, ainsi que leurs conséquences financières, ne pouvaient « raisonnablement » être envisagées par les parties lors de la passation du contrat.

Elles ne peuvent excéder 50% du contrat initial - modification par modification- et ne sauraient changer la nature globale du contrat.

- S'agissant de l'imprévision, l'avis confirme qu'elle doit être distinguée des cas de modification des marchés prévus par le code, dont celle des circonstances imprévues-les deux pouvant le cas échéant se cumuler-.

L'indemnité d'imprévision, qui est une compensation des charges extra contractuelles subies par le titulaire du contrat, n'a pas à être inscrite au sein du DGD dans les marchés de travaux.

8

8

COMMENT FAIRE FACE AUX CRISES QUI IMPACTENT LA PASSATION ET L'EXÉCUTION DES CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE

AU VU DE CES DIFFRENTS TEXTES, IL PEUT ETRE CONSEILLÉ AUX ACHETEURS ET AUTORITÉS CONCÉDANTES DE :

- Instaurer un sourcing régulier et récurrent en amont de la passation de leurs contrats, quitte à encadrer ses modalités au sein d'un règlement intérieur achats. Ce sourcing peut par exemple concerner les modalités de révision des prix, la formule paramétrique et les bons indices correspondants afin qu'ils soient adaptés à la prestation en cause
- Multiplier, surtout dans les contrats de longue durée, les respirations, les concertations- avant l'application des pénalités par exemple- les clauses de rencontre et/ou de réexamen entre les parties, en essayant de les définir avec une certaine précision dans le contrat lui-même.
- Prévoir, là encore en plusieurs endroits, des mécanismes de règlement amiable des différends et éventuels litiges, afin d'éviter les situations de blocage et des fins anticipées de contrats jamais bénéfiques pour les parties prenantes.
- Mettre en place des mécanismes d'avances et respecter les délais de paiement
- En cas de recours aux modifications du fait de circonstances imprévues et d'imprévision, demander aux entreprises concernées de bien justifier leurs demandes par des documents comptables neutres et précis, et ne pas hésiter à diligenter des contre-expertises.

9

9



Association Pour l'Achat dans les Services Publics

www.apasp.com

Thème de notre prochaine WEB FORMATION

LES PRIX DANS LES MARCHES PUBLICS

Mardi 15 et Mercredi 16 novembre 2022

2 demi-journées de 13 h30 à 17 h 00

Objectifs de la formation :

- ☞ Appréhender et maîtriser la complexité du prix dans les marchés
- ☞ Être capable de définir les critères pertinents et leur pondération.

Animation : Jean Pierre GOHON et Daniel MASLANKA

Inscription www.apasp.com

10



Association Pour l'Achat dans les Services Publics
www.apasp.com

*Thème de notre prochain
COLLOQUE*

VERS LE BURN OUT DE L'ACHAT PUBLIC
En l'honneur des 60 ans de l'APASP

Le mardi 29 novembre prochain, l'APASP fêtera ses 60 années d'existence au service des Acheteurs Publics. Pour fêter l'évènement, un colloque intitulé **VERS LE BURN OUT de l'achat public sera organisé à l'auditorium du Journal les Echos 10 Bd de Grenelle à PARIS**

A cette occasion, l'APASP réalise un ouvrage : **MELANGES en l'honneur de l'achat public. Cet ouvrage sera offert aux participants venus fêter l'évènement**

Le programme et le bulletin d'inscription sont en téléchargement sur le site de l'APASP www.apasp.com

60 ans dans la vie d'une association, ça compte énormément.....

11



Association Pour l'Achat dans les Services Publics
www.apasp.com

Encore quelques questions... ?

L'APASP propose à ses adhérents une assistance technique marchés publics, une revue de presse, des Web Conférences et des Web formations, des colloques, des séminaires, un outil de gestion « CEPHEE » pour les groupements de commandes, un outil méthodologique pour améliorer l'offre et réduire le gaspillage alimentaire en restauration collective ...



Pour en savoir plus sur nos adhésions, rendez-vous sur www.apasp.com ou contactez nous au **01 42 80 93 93**

12