

*Le Président*

N° . . 7675 / PR

Papeete, le 29 SEP. 2021

à

**Mesdames et Messieurs les Ministres,  
Mesdames et Messieurs les Directrices, Directeurs, Chefs de services,**

**CIRCULAIRE**

**Objet :** Préconisations pour la bonne exécution des marchés publics malgré la pénurie et la hausse des prix des matières premières.

**Réf. :** Code Polynésien des Marchés Publics (CPMP)

Plusieurs secteurs économiques, notamment l'informatique, le bâtiment, les travaux publics, le mobilier et l'industrie agro-alimentaire, sont particulièrement touchés par des pénuries d'approvisionnement qui engendrent un renchérissement important des coûts et un allongement des délais de livraison.

Ces difficultés risquent de pénaliser les entreprises locales titulaires de marchés publics et d'impacter la bonne exécution de leurs contrats.

Elles peuvent toutefois être palliées par des dispositions prévues par le CPMP et rappelées dans la présente circulaire : la possibilité de faire référence aux cahiers des clauses administratives générales (CCAG) (I), la fixation des délais de consultation et la prolongation des délais d'exécution (II), la modulation des pénalités de retard (III), la modification des prix du marché (IV), la conclusion d'avenants (V), la résiliation du contrat (VI) ou encore les modalités de règlement et les avances (VII).

Par ailleurs, la force majeure pouvant trouver à se qualifier et imposer plusieurs de ces mesures, les cas où elle peut être admise sont précisés (VIII).

Pour autant, toutes les entreprises n'étant pas égales face à la crise sanitaire et à ses conséquences, il ne faudrait pas offrir à certaines le moyen de compenser sans frais une carence de gestion ou un manque d'anticipation manifeste, voire d'accéder à des contrats plus lucratifs.

**I. La référence aux CCAG**

En premier lieu, qu'il s'agisse de marchés formalisés ou passés selon une procédure adaptée (MAPA), il est conseillé aux acheteurs publics de se référer systématiquement aux CCAG pour la mise en œuvre de leurs contrats, ceux-ci constituant un précieux atout pour la bonne exécution des marchés et la prévention des litiges.

Comme en dispose l'article LP 213-1 du CPMP, les acheteurs publics de la Polynésie française ont en outre la possibilité de déroger à certaines de leurs dispositions dans le cadre de leurs cahiers des clauses administratives et techniques particulières (CCATP), notamment pour prévoir des dispositions plus favorables aux entreprises.

## **II. Les délais de consultation et d'exécution**

### **a. La fixation de délais de consultation adaptés**

Pour l'organisation des consultations, le délai de publication et de mise en concurrence, défini par le CPMP (en ce qui concerne les procédures formalisées) est un délai minimum.

Or, la crise sanitaire, et les perturbations qu'elle entraîne dans le transport et les acheminements postaux, peuvent handicaper les soumissionnaires pour remettre une offre dans un délai relativement court.

Dès lors, une consultation de trente jours (délais de parution compris) d'une procédure d'appel d'offres ne doit pas être systématiquement considéré comme un délai optimal. Il appartient au contraire à l'acheteur public de l'adapter au cas par cas et même, si nécessaire, de le prolonger. Dans ce dernier cas, il convient à cet effet de publier un avis rectificatif *avant* la date limite de remise des plis initialement prévue.

### **b. La prolongation des délais d'exécution sur sollicitation du titulaire du marché**

Dans un contexte de tension sur les approvisionnements, les acheteurs peuvent utilement prévoir dans leurs marchés à venir des clauses permettant la prolongation des délais d'exécution en cas de circonstances échappant à la responsabilité du titulaire et le mettant dans l'impossibilité de respecter les délais contractuels, ou lorsque l'exécution des prestations encadrées par ces délais entraînerait pour lui un surcoût manifestement excessif.

Aussi, dès lors que le titulaire du contrat en apporte la démonstration, il lui est possible de solliciter de l'autorité contractante la prolongation des délais concernés.

Ainsi, lorsque cela est compatible avec le bon fonctionnement des services publics, il est demandé aux acheteurs d'accorder des reports de délais.

### **c. L'obligation pour l'acheteur public d'accorder un report en cas de force majeure**

Par ailleurs, l'acheteur public a l'obligation d'accorder un report des délais d'exécution lorsque les circonstances peuvent être qualifiées de « force majeure ». Il a toujours la possibilité d'aménager les modalités d'exécution du marché lorsque des circonstances extérieures mettent le titulaire dans l'impossibilité de les respecter. La réunion des conditions qualifiant une situation de cas de force majeure ne peut toutefois s'apprécier qu'au cas par cas, et doit seulement permettre d'aboutir à une solution pertinente et proportionnée à la situation rencontrée.

### **d. Les articles concernés des CCAG**

La prolongation des délais d'exécution est prévue à l'article 19 du CCAG Travaux et à l'article 13 du CCAG Fournitures courantes et services (FCS). Ainsi, les modalités de prolongation des délais peuvent d'ores et déjà être mises en œuvre dans les marchés en cours « ayant visé un CCAG ».

Les stipulations actuelles des CCAG prévoient 2 mécanismes de prolongation des délais d'exécution :

- Une prolongation « de droit » : Face à la survenance de circonstances ou de difficultés particulières, imprévues, et qui ne sont pas au fait du titulaire du marché, les CCAG prévoient la possibilité de prolonger les délais d'exécution sans pour cela avoir à recourir à la conclusion d'un avenant. Il suffit alors que les conditions édictées soient remplies (CCAG Travaux art 19.2.2 – 19.2.3) (CCAG FCS art 13.3).

Bien qu'elle ne soit pas mentionnée dans le CCAG Travaux, la prise en compte de la force majeure ne saurait être considérée comme exclusive aux marchés publics de fournitures et services. Les chantiers ne sont, en effet, pas exempts du risque de se voir exposés à des circonstances pouvant être qualifiées d'événements extérieurs, imprévisibles et irrésistibles.

- Une prolongation « négociable » : Considérant que l'exécution des marchés publics s'inscrit dans un cadre contractuel régi par la loi des parties, celles-ci peuvent convenir d'une prolongation du délai d'exécution par voie d'avenant.

Bien que le CCAG FCS ne mentionne pas expressément cette possibilité, au contraire du CCAG Travaux (art 19.2.1), cette option n'en demeure pas moins envisageable.

Il est ainsi possible au titulaire d'un marché de solliciter l'autorité compétente afin d'obtenir un report de ses échéances contractuelles, lorsque l'exécution des prestations encadrées par des délais d'exécution rendus insurmontables par la situation actuelle entraînerait pour lui un surcoût manifestement excessif au regard des conditions initiales de conclusion du contrat.

La « juste proportion » de la prolongation accordée, au regard de la durée globale du marché ou de son niveau d'exécution, constituera alors l'une des garanties de licéité de l'acte modificatif du contrat initial. Dans le cas contraire, une prolongation excessive risquerait d'engendrer un bouleversement injustifié de l'équilibre économique du marché au bénéfice du titulaire, au point que la mesure constituerait une libéralité éminemment contestable de l'acheteur en faveur de son cocontractant.

En tout état de cause, les documents particuliers des marchés à venir peuvent utilement prévoir, sous condition, l'application de clauses de prolongation des délais d'exécution adaptées à l'objet et aux circonstances des marchés. Cela permet, au cas où la situation rencontrée ne correspondait pas à l'une des hypothèses spécifiques prévues dans les CCAG, de déjà disposer d'un outil de gestion qui permet l'économie d'un recours à un avenant et donc le gain de temps nécessaire à sa conclusion.

### **III. La modulation des pénalités de retard**

#### **a. L'application raisonnée des pénalités de retard**

En l'absence de preuve expresse apportée par le titulaire de son impossibilité, manifeste et indépendante de sa volonté, à exécuter ses prestations contractuelles dans les délais prévus, l'application des pénalités de retard ne doit pas sembler optionnelle, l'acheteur public doit les appliquer, et à plus forte raison lorsque les délais d'exécution d'un marché public ont constitué un des critères de choix de l'offre.

Cependant, l'acheteur public peut faire une application raisonnée des pénalités de retard si ces pénalités atteignent un montant manifestement excessif, ou au contraire dérisoire, eu égard au montant du marché, selon la jurisprudence du Conseil d'Etat<sup>1</sup>.

#### **b. La renonciation par l'acheteur public aux pénalités de retard**

Les acheteurs publics peuvent renoncer à appliquer les pénalités de retard selon la jurisprudence du Conseil d'Etat<sup>2</sup>, sous réserve que cette non-application ne vise pas à procurer un avantage injustifié à un opérateur en particulier<sup>3</sup>. Le renoncement aux pénalités peut, en effet, être regardé comme constituant un avantage injustifié au sens de l'article L 432-14 du Code pénal.

En outre, la non-application des pénalités de retard s'impose à l'acheteur lorsque les circonstances peuvent être qualifiées de cas de force majeure.

---

<sup>1</sup> Conseil d'Etat, 29 décembre 2008, OPHLM de Puteaux

<sup>2</sup> Conseil d'Etat, 9 novembre 2018, SAS Savoie

<sup>3</sup> Conseil d'Etat, 19 mars 1971, Mergui

En tout état de cause, lorsque l'acheteur public renonce au bénéfice de ces pénalités, il doit le faire de manière expresse et, dans tous les cas, motiver son choix par des raisons d'intérêt général.

#### **IV. La modification des prix du marché**

##### **a. L'actualisation des prix du marché**

L'actualisation des prix est réglementairement prévue par l'articulation des articles LP 216-2 et A 216-3 du CPMP.

L'acheteur public a l'obligation d'actualiser le prix du marché si un délai supérieur à trois mois s'écoule entre la date à laquelle le soumissionnaire a fixé son prix dans l'offre et la date de début d'exécution des prestations (*art. A 216-3 CPMP*).

Toutefois, il peut prévoir un délai d'actualisation du prix inférieur à ce maximum de 3 mois.

Par ailleurs, lorsqu'une consultation concerne un marché de travaux alloti et que les titulaires des lots sont appelés à participer successivement au chantier, il est recommandé d'émettre systématiquement un ordre de service (OS) de démarrage des travaux spécifique à chaque titulaire, et respectant le calendrier d'exécution des prestations fixé pour chacun des corps de métier, au lieu d'un seul OS de démarrage général du chantier.

Ainsi, les entreprises intervenant au milieu ou en fin de chantier ne seraient pas pénalisées par une actualisation de prix effectuée potentiellement plusieurs mois avant l'exécution effective de leurs prestations.

##### **b. La révision des prix du marché**

L'article LP 216-2 du CPMP dispose qu'un marché « *est conclu à prix ferme dans le cas où cette forme de prix n'est pas de nature à exposer à des aléas majeurs les parties au marché du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations* ».

Ainsi, les marchés publics peuvent être conclus à prix révisibles lorsque les prestations sur lesquelles ils portent sont exposées à des « aléas majeurs », en fonction du rythme prévisible des fluctuations des prix de l'activité économique concerné.

Au vu de l'état actuel du contexte économique qui veut qu'une part substantielle de l'achat public se trouve précisément exposée aux « aléas majeurs » précités, il est fortement recommandé aux acheteurs publics de passer tous leurs marchés à prix révisibles, dès lors qu'ils portent sur des besoins continus ou réguliers, ou sur des prestations dont l'exécution peut s'étendre sur une durée supérieure ou égale à un an.

Il est rappelé que la clause de révision de prix ne peut être ni modifiée, ni introduite en cours d'exécution du marché.

##### **c. La représentativité des références ou des formules employées**

Les acheteurs doivent veiller à l'établissement de formules de révision ou d'actualisation de prix représentatives des différentes composantes du coût des prestations et de leurs facteurs d'évolution. Si des marchés ont été conclus sans respecter cette obligation et que des difficultés surviennent en cours d'exécution du contrat du fait de fortes fluctuations, l'acheteur est susceptible d'engager sa responsabilité contractuelle.

## **V. La conclusion d'avenants**

L'acheteur public et le titulaire peuvent conclure un avenant au marché lorsque les modifications envisagées sont indispensables pour faire face à certaines circonstances imprévues et permettre la poursuite de l'exécution du contrat (art LP 431-2 du CPMP).

### **a. La qualification de sujétions techniques imprévues**

Lorsque, cumulativement, ces circonstances sont extérieures aux parties, ont un caractère imprévisible, entraînent un bouleversement de l'économie du marché et constituent des difficultés matérielles exceptionnelles qui ont pour effet de rendre plus difficile l'exécution des prestations, elles peuvent être qualifiées de sujétions techniques imprévues.

Dès lors, bien qu'elle nécessite l'utilisation de techniques plus onéreuses ou des travaux de même nature supplémentaires et indispensables, l'exécution des prestations demeure possible.

A cet égard, les sujétions techniques imprévues ne doivent pas être confondues avec le cas de force majeure.

En effet, ce dernier libère l'entrepreneur de son obligation d'exécuter, ce qui n'est donc pas le cas des sujétions techniques imprévues bien qu'elles rendent l'exécution du marché plus onéreuse.

### **b. En dehors de la situation précédente**

Si le contexte actuel concourt donc à s'interroger sur la survenance d'éventuelles sujétions techniques imprévues, l'« explosion » des coûts d'approvisionnement peut également s'avérer ne représenter qu'une augmentation du montant initial du marché finalement circonscrite dans une proportion inférieure à 20%.

En règle générale et selon la jurisprudence, ce taux de variation n'entraînerait pas systématiquement<sup>4</sup> le bouleversement de l'économie du marché.

Dans le contexte actuel, une augmentation inférieure ou égale à 20% ne devrait apparaître, ni disproportionnée, ni comme constituant une libéralité accordée par l'acheteur, à la condition expresse que cette variation soit directement et dûment justifiée par la hausse des coûts d'approvisionnements et qu'elle ne se trouve pas amplifiée par d'éventuels agissements malavisés de la part du titulaire.

## **VI. La résiliation du marché**

Par principe issu de la jurisprudence, le titulaire d'un marché public ne peut pas prendre l'initiative de résilier le marché (même en cas de fautes commises par l'Administration). En effet, les prérogatives de puissance publique liées à la nécessité, dans l'intérêt général, d'assurer à la fois la continuité du service public et la sécurisation des approvisionnements, autorisent en ce sens l'intégration de clauses exorbitantes du droit commun déséquilibrant le contrat administratif en faveur de la personne publique.

Toutefois, si les circonstances bouleversent définitivement le contrat, les parties se trouvent alors en présence d'un cas de force majeure administrative permettant au titulaire de solliciter la résiliation du contrat devenu manifestement inéquitable.<sup>5</sup>

Même en l'absence de force majeure, les parties du contrat peuvent toujours convenir d'une résiliation à l'amiable d'un marché en cours d'exécution en raison de la survenance de

---

<sup>4</sup> A noter en effet qu'en fonction des circonstances, de l'objet du marché et de l'impact que provoquait réellement la variation sur le contrat initial, le juge a pu situer cette marge sous les 15% ou au contraire au-delà des 25%.

<sup>5</sup> Conseil d'Etat, 9 décembre 1932, *Compagnie des tramways de Cherbourg*

difficultés imprévues. Cependant, la résiliation sera alors réputée pure et simple, donc sans indemnité pour aucune des parties. Le titulaire du marché n'aura donc droit qu'au paiement des prestations qu'il a déjà éventuellement réalisées.

Afin d'éviter tout litige éventuel sur l'indemnisation du titulaire ou de l'acheteur, il est recommandé à ce dernier de prévoir la clause adéquate dans le contrat initial. Ainsi, l'opérateur économique s'étant engagé sur la base de celui-ci, c'est en parfaite connaissance de cause qu'il aura adhéré aux stipulations de résiliation particulières adoptées en prévision des éventuels aléas liés au contexte actuel.

## **VII. Les modalités de règlement**

### **a. Les délais de mandatement et fréquence des acomptes**

Les acheteurs ont la liberté de fixer, dans les documents contractuels, des délais de mandatement inférieurs au maximum réglementaire.

Il en va de même en matière d'acomptes, dont la fréquence de versement peut être arrêtée à une périodicité plus courte que celle de trois mois, mentionnée en tant que maximum dans le CPMP.

### **b. Les avances**

L'article LP 411-2 du CPMP permet de prévoir des avances dont le montant peut atteindre 30% du montant initial du marché sans garantie, et même être porté à un maximum de 60%, à la condition que le titulaire constitue alors une garantie de première demande.

Enfin, obligatoirement prévues par l'acheteur public dès lors que le montant du marché dépasse les dix millions de F CFP TTC, les avances peuvent également être proposées pour des montants de marchés inférieurs et ainsi soutenir les très petites entreprises et les artisans qui se portent candidats à l'attribution de prestations plus modestes.

## **VIII. Qualification du cas de force majeure**

Il est rappelé que la force majeure s'entend d'un événement extérieur, imprévisible et irrésistible, et que ces conditions ne peuvent s'apprécier qu'au cas par cas, selon les aménagements prévus par les stipulations de chaque contrat, et les capacités de chaque titulaire pour y faire face.

Ainsi la pénurie des matières premières et des composants indispensables à la réalisation des prestations et la hausse de leurs prix, pourront se voir qualifiées de cas de force majeure dans le cadre de marchés publics lorsque de manière cumulative :

- Lors de la conclusion du marché, elles étaient encore imprévisibles par les parties diligentes<sup>6</sup>, ou que leurs conséquences étaient imprévisibles dans leur ampleur<sup>7</sup>.
- Elles sont indépendantes de la volonté des parties, c'est-à-dire qu'elles n'ont pas pour origine une faute grave de l'opérateur économique ou des acheteurs publics et qu'elles ne peuvent pas être évitées<sup>8</sup>, par le remplacement par d'autres matériaux ou composants par exemple.
- Par conséquent, elles constituent ou produisent des conséquences représentant des difficultés insurmontables à l'exécution du marché par l'opérateur économique<sup>9</sup>, au regard notamment du surcoût engendré, et des capacités globales dont il dispose qu'il a bien tenté de mettre en œuvre pour y faire face<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> Conseil d'Etat, 17 Décembre 1926, *Sté des chantiers de l'Adour*

<sup>7</sup> Conseil d'Etat, 1935, *Discours*

<sup>8</sup> Conseil d'Etat, 29 janvier 1909, *Cie Compagnie des messageries maritimes, Compagnie générale transatlantique*

<sup>9</sup> Conseil d'Etat, 7 juin 1939, *Pichol*

<sup>10</sup> *Cour administrative d'appel de Nantes, 5 Novembre 1998, Mutuelles du Mans Assurances*

Ces conditions seront appréciées comme étant caractérisées et réunies au cas par cas pour chaque marché et titulaire de marché. Dans l'affirmative, le cas de force majeure entraîne l'obligation pour l'acheteur public soit d'accorder un report de délai au titulaire et de l'exonérer des pénalités de retard, soit de résilier le marché.

\* \* \* \* \*

Ainsi, il est demandé aux acheteurs publics du Pays d'appliquer dans un esprit équitable et solidaire les dispositions en faveur des entreprises, évoquées dans la présente circulaire, visant à faciliter la bonne exécution des contrats publics malgré la pénurie et la hausse de certaines matières premières ou composants indispensables à la réalisation de leurs prestations.

L'application de ces dispositions doit toutefois toujours être justifiée par des éléments objectifs et étayés.

Je vous prie de prendre les dispositions nécessaires à l'application de ces préconisations.



**Edouard FRITCH**



*Le Président*

N° 7675 / PR

Papeete, le 29 SEP. 2021

à

**Mesdames et Messieurs les Ministres,  
Mesdames et Messieurs les Directrices, Directeurs, Chefs de services,**

**CIRCULAIRE**

**Objet :** Préconisations pour la bonne exécution des marchés publics malgré la pénurie et la hausse des prix des matières premières.

**Réf. :** Code Polynésien des Marchés Publics (CPMP)

Plusieurs secteurs économiques, notamment l'informatique, le bâtiment, les travaux publics, le mobilier et l'industrie agro-alimentaire, sont particulièrement touchés par des pénuries d'approvisionnement qui engendrent un renchérissement important des coûts et un allongement des délais de livraison.

Ces difficultés risquent de pénaliser les entreprises locales titulaires de marchés publics et d'impacter la bonne exécution de leurs contrats.

Elles peuvent toutefois être palliées par des dispositions prévues par le CPMP et rappelées dans la présente circulaire : la possibilité de faire référence aux cahiers des clauses administratives générales (CCAG) (I), la fixation des délais de consultation et la prolongation des délais d'exécution (II), la modulation des pénalités de retard (III), la modification des prix du marché (IV), la conclusion d'avenants (V), la résiliation du contrat (VI) ou encore les modalités de règlement et les avances (VII).

Par ailleurs, la force majeure pouvant trouver à se qualifier et imposer plusieurs de ces mesures, les cas où elle peut être admise sont précisés (VIII).

Pour autant, toutes les entreprises n'étant pas égales face à la crise sanitaire et à ses conséquences, il ne faudrait pas offrir à certaines le moyen de compenser sans frais une carence de gestion ou un manque d'anticipation manifeste, voire d'accéder à des contrats plus lucratifs.

**I. La référence aux CCAG**

En premier lieu, qu'il s'agisse de marchés formalisés ou passés selon une procédure adaptée (MAPA), il est conseillé aux acheteurs publics de se référer systématiquement aux CCAG pour la mise en œuvre de leurs contrats, ceux-ci constituant un précieux atout pour la bonne exécution des marchés et la prévention des litiges.

Comme en dispose l'article LP 213-1 du CPMP, les acheteurs publics de la Polynésie française ont en outre la possibilité de déroger à certaines de leurs dispositions dans le cadre de leurs cahiers des clauses administratives et techniques particulières (CCATP), notamment pour prévoir des dispositions plus favorables aux entreprises.

## **II. Les délais de consultation et d'exécution**

### **a. La fixation de délais de consultation adaptés**

Pour l'organisation des consultations, le délai de publication et de mise en concurrence, défini par le CPMP (en ce qui concerne les procédures formalisées) est un délai minimum.

Or, la crise sanitaire, et les perturbations qu'elle entraîne dans le transport et les acheminements postaux, peuvent handicaper les soumissionnaires pour remettre une offre dans un délai relativement court.

Dès lors, une consultation de trente jours (délais de parution compris) d'une procédure d'appel d'offres ne doit pas être systématiquement considéré comme un délai optimal. Il appartient au contraire à l'acheteur public de l'adapter au cas par cas et même, si nécessaire, de le prolonger. Dans ce dernier cas, il convient à cet effet de publier un avis rectificatif *avant* la date limite de remise des plis initialement prévue.

### **b. La prolongation des délais d'exécution sur sollicitation du titulaire du marché**

Dans un contexte de tension sur les approvisionnements, les acheteurs peuvent utilement prévoir dans leurs marchés à venir des clauses permettant la prolongation des délais d'exécution en cas de circonstances échappant à la responsabilité du titulaire et le mettant dans l'impossibilité de respecter les délais contractuels, ou lorsque l'exécution des prestations encadrées par ces délais entraînerait pour lui un surcoût manifestement excessif.

Aussi, dès lors que le titulaire du contrat en apporte la démonstration, il lui est possible de solliciter de l'autorité contractante la prolongation des délais concernés.

Ainsi, lorsque cela est compatible avec le bon fonctionnement des services publics, il est demandé aux acheteurs d'accorder des reports de délais.

### **c. L'obligation pour l'acheteur public d'accorder un report en cas de force majeure**

Par ailleurs, l'acheteur public a l'obligation d'accorder un report des délais d'exécution lorsque les circonstances peuvent être qualifiées de « force majeure ». Il a toujours la possibilité d'aménager les modalités d'exécution du marché lorsque des circonstances extérieures mettent le titulaire dans l'impossibilité de les respecter. La réunion des conditions qualifiant une situation de cas de force majeure ne peut toutefois s'apprécier qu'au cas par cas, et doit seulement permettre d'aboutir à une solution pertinente et proportionnée à la situation rencontrée.

### **d. Les articles concernés des CCAG**

La prolongation des délais d'exécution est prévue à l'article 19 du CCAG Travaux et à l'article 13 du CCAG Fournitures courantes et services (FCS). Ainsi, les modalités de prolongation des délais peuvent d'ores et déjà être mises en œuvre dans les marchés en cours « ayant visé un CCAG ».

Les stipulations actuelles des CCAG prévoient 2 mécanismes de prolongation des délais d'exécution :

- Une prolongation « de droit » : Face à la survenance de circonstances ou de difficultés particulières, imprévues, et qui ne sont pas au fait du titulaire du marché, les CCAG prévoient la possibilité de prolonger les délais d'exécution sans pour cela avoir à recourir à la conclusion d'un avenant. Il suffit alors que les conditions édictées soient remplies (CCAG Travaux art 19.2.2 – 19.2.3) (CCAG FCS art 13.3).

Bien qu'elle ne soit pas mentionnée dans le CCAG Travaux, la prise en compte de la force majeure ne saurait être considérée comme exclusive aux marchés publics de fournitures et services. Les chantiers ne sont, en effet, pas exempts du risque de se voir exposés à des circonstances pouvant être qualifiées d'événements extérieurs, imprévisibles et irrésistibles.

- Une prolongation « négociable » : Considérant que l'exécution des marchés publics s'inscrit dans un cadre contractuel régi par la loi des parties, celles-ci peuvent convenir d'une prolongation du délai d'exécution par voie d'avenant.

Bien que le CCAG FCS ne mentionne pas expressément cette possibilité, au contraire du CCAG Travaux (art 19.2.1), cette option n'en demeure pas moins envisageable.

Il est ainsi possible au titulaire d'un marché de solliciter l'autorité compétente afin d'obtenir un report de ses échéances contractuelles, lorsque l'exécution des prestations encadrées par des délais d'exécution rendus insurmontables par la situation actuelle entraînerait pour lui un surcoût manifestement excessif au regard des conditions initiales de conclusion du contrat.

La « juste proportion » de la prolongation accordée, au regard de la durée globale du marché ou de son niveau d'exécution, constituera alors l'une des garanties de licéité de l'acte modificatif du contrat initial. Dans le cas contraire, une prolongation excessive risquerait d'engendrer un bouleversement injustifié de l'équilibre économique du marché au bénéfice du titulaire, au point que la mesure constituerait une libéralité éminemment contestable de l'acheteur en faveur de son cocontractant.

En tout état de cause, les documents particuliers des marchés à venir peuvent utilement prévoir, sous condition, l'application de clauses de prolongation des délais d'exécution adaptées à l'objet et aux circonstances des marchés. Cela permet, au cas où la situation rencontrée ne correspondait pas à l'une des hypothèses spécifiques prévues dans les CCAG, de déjà disposer d'un outil de gestion qui permet l'économie d'un recours à un avenant et donc le gain de temps nécessaire à sa conclusion.

### **III. La modulation des pénalités de retard**

#### **a. L'application raisonnée des pénalités de retard**

En l'absence de preuve expresse apportée par le titulaire de son impossibilité, manifeste et indépendante de sa volonté, à exécuter ses prestations contractuelles dans les délais prévus, l'application des pénalités de retard ne doit pas sembler optionnelle, l'acheteur public doit les appliquer, et à plus forte raison lorsque les délais d'exécution d'un marché public ont constitué un des critères de choix de l'offre.

Cependant, l'acheteur public peut faire une application raisonnée des pénalités de retard si ces pénalités atteignent un montant manifestement excessif, ou au contraire dérisoire, eu égard au montant du marché, selon la jurisprudence du Conseil d'Etat<sup>1</sup>.

#### **b. La renonciation par l'acheteur public aux pénalités de retard**

Les acheteurs publics peuvent renoncer à appliquer les pénalités de retard selon la jurisprudence du Conseil d'Etat<sup>2</sup>, sous réserve que cette non-application ne vise pas à procurer un avantage injustifié à un opérateur en particulier<sup>3</sup>. Le renoncement aux pénalités peut, en effet, être regardé comme constituant un avantage injustifié au sens de l'article L 432-14 du Code pénal.

En outre, la non-application des pénalités de retard s'impose à l'acheteur lorsque les circonstances peuvent être qualifiées de cas de force majeure.

<sup>1</sup> Conseil d'Etat, 29 décembre 2008, OPHLM de Puteaux

<sup>2</sup> Conseil d'Etat, 9 novembre 2018, SAS Savoie

<sup>3</sup> Conseil d'Etat, 19 mars 1971, Mergui

En tout état de cause, lorsque l'acheteur public renonce au bénéfice de ces pénalités, il doit le faire de manière expresse et, dans tous les cas, motiver son choix par des raisons d'intérêt général.

#### **IV. La modification des prix du marché**

##### **a. L'actualisation des prix du marché**

L'actualisation des prix est réglementairement prévue par l'articulation des articles LP 216-2 et A 216-3 du CPMP.

L'acheteur public a l'obligation d'actualiser le prix du marché si un délai supérieur à trois mois s'écoule entre la date à laquelle le soumissionnaire a fixé son prix dans l'offre et la date de début d'exécution des prestations (*art. A 216-3 CPMP*).

Toutefois, il peut prévoir un délai d'actualisation du prix inférieur à ce maximum de 3 mois.

Par ailleurs, lorsqu'une consultation concerne un marché de travaux alloti et que les titulaires des lots sont appelés à participer successivement au chantier, il est recommandé d'émettre systématiquement un ordre de service (OS) de démarrage des travaux spécifique à chaque titulaire, et respectant le calendrier d'exécution des prestations fixé pour chacun des corps de métier, au lieu d'un seul OS de démarrage général du chantier.

Ainsi, les entreprises intervenant au milieu ou en fin de chantier ne seraient pas pénalisés par une actualisation de prix effectuée potentiellement plusieurs mois avant l'exécution effective de leurs prestations.

##### **b. La révision des prix du marché**

L'article LP 216-2 du CPMP dispose qu'un marché « *est conclu à prix ferme dans le cas où cette forme de prix n'est pas de nature à exposer à des aléas majeurs les parties au marché du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations* ».

Ainsi, les marchés publics peuvent être conclus à prix révisibles lorsque les prestations sur lesquelles ils portent sont exposées à des « aléas majeurs », en fonction du rythme prévisible des fluctuations des prix de l'activité économique concerné.

Au vu de l'état actuel du contexte économique qui veut qu'une part substantielle de l'achat public se trouve précisément exposée aux « aléas majeurs » précités, il est fortement recommandé aux acheteurs publics de passer tous leurs marchés à prix révisibles, dès lors qu'ils portent sur des besoins continus ou réguliers, ou sur des prestations dont l'exécution peut s'étendre sur une durée supérieure ou égale à un an.

Il est rappelé que la clause de révision de prix ne peut être ni modifiée, ni introduite en cours d'exécution du marché.

##### **c. La représentativité des références ou des formules employées**

Les acheteurs doivent veiller à l'établissement de formules de révision ou d'actualisation de prix représentatives des différentes composantes du coût des prestations et de leurs facteurs d'évolution. Si des marchés ont été conclus sans respecter cette obligation et que des difficultés surviennent en cours d'exécution du contrat du fait de fortes fluctuations, l'acheteur est susceptible d'engager sa responsabilité contractuelle.

## **V. La conclusion d'avenants**

L'acheteur public et le titulaire peuvent conclure un avenant au marché lorsque les modifications envisagées sont indispensables pour faire face à certaines circonstances imprévues et permettre la poursuite de l'exécution du contrat (art LP 431-2 du CPMP).

### **a. La qualification de sujétions techniques imprévues**

Lorsque, cumulativement, ces circonstances sont extérieures aux parties, ont un caractère imprévisible, entraînent un bouleversement de l'économie du marché et constituent des difficultés matérielles exceptionnelles qui ont pour effet de rendre plus difficile l'exécution des prestations, elles peuvent être qualifiées de sujétions techniques imprévues.

Dès lors, bien qu'elle nécessite l'utilisation de techniques plus onéreuses ou des travaux de même nature supplémentaires et indispensables, l'exécution des prestations demeure possible.

A cet égard, les sujétions techniques imprévues ne doivent pas être confondues avec le cas de force majeure.

En effet, ce dernier libère l'entrepreneur de son obligation d'exécuter, ce qui n'est donc pas le cas des sujétions techniques imprévues bien qu'elles rendent l'exécution du marché plus onéreuse.

### **b. En dehors de la situation précédente**

Si le contexte actuel concourt donc à s'interroger sur la survenance d'éventuelles sujétions techniques imprévues, l'« explosion » des coûts d'approvisionnement peut également s'avérer ne représenter qu'une augmentation du montant initial du marché finalement circonscrite dans une proportion inférieure à 20%.

En règle générale et selon la jurisprudence, ce taux de variation n'entraînerait pas systématiquement<sup>4</sup> le bouleversement de l'économie du marché.

Dans le contexte actuel, une augmentation inférieure ou égale à 20% ne devrait apparaître, ni disproportionnée, ni comme constituant une libéralité accordée par l'acheteur, à la condition expresse que cette variation soit directement et dûment justifiée par la hausse des coûts d'approvisionnements et qu'elle ne se trouve pas amplifiée par d'éventuels agissements malavisés de la part du titulaire.

## **VI. La résiliation du marché**

Par principe issu de la jurisprudence, le titulaire d'un marché public ne peut pas prendre l'initiative de résilier le marché (même en cas de fautes commises par l'Administration). En effet, les prérogatives de puissance publique liées à la nécessité, dans l'intérêt général, d'assurer à la fois la continuité du service public et la sécurisation des approvisionnements, autorisent en ce sens l'intégration de clauses exorbitantes du droit commun déséquilibrant le contrat administratif en faveur de la personne publique.

Toutefois, si les circonstances bouleversent définitivement le contrat, les parties se trouvent alors en présence d'un cas de force majeure administrative permettant au titulaire de solliciter la résiliation du contrat devenu manifestement inéquitable.<sup>5</sup>

Même en l'absence de force majeure, les parties du contrat peuvent toujours convenir d'une résiliation à l'amiable d'un marché en cours d'exécution en raison de la survenance de

<sup>4</sup> A noter en effet qu'en fonction des circonstances, de l'objet du marché et de l'impact que provoquait réellement la variation sur le contrat initial, le juge a pu situer cette marge sous les 15% ou au contraire au-delà des 25%.

<sup>5</sup> Conseil d'Etat, 9 décembre 1932, *Compagnie des tramways de Cherbourg*

difficultés imprévues. Cependant, la résiliation sera alors réputée pure et simple, donc sans indemnité pour aucune des parties. Le titulaire du marché n'aura donc droit qu'au paiement des prestations qu'il a déjà éventuellement réalisées.

Afin d'éviter tout litige éventuel sur l'indemnisation du titulaire ou de l'acheteur, il est recommandé à ce dernier de prévoir la clause adéquate dans le contrat initial. Ainsi, l'opérateur économique s'étant engagé sur la base de celui-ci, c'est en parfaite connaissance de cause qu'il aura adhéré aux stipulations de résiliation particulières adoptées en prévision des éventuels aléas liés au contexte actuel.

## **VII. Les modalités de règlement**

### **a. Les délais de mandatement et fréquence des acomptes**

Les acheteurs ont la liberté de fixer, dans les documents contractuels, des délais de mandatement inférieurs au maximum réglementaire.

Il en va de même en matière d'acomptes, dont la fréquence de versement peut être arrêtée à une périodicité plus courte que celle de trois mois, mentionnée en tant que maximum dans le CPMP.

### **b. Les avances**

L'article LP 411-2 du CPMP permet de prévoir des avances dont le montant peut atteindre 30% du montant initial du marché sans garantie, et même être porté à un maximum de 60%, à la condition que le titulaire constitue alors une garantie de première demande.

Enfin, obligatoirement prévues par l'acheteur public dès lors que le montant du marché dépasse les dix millions de F CFP TTC, les avances peuvent également être proposées pour des montants de marchés inférieurs et ainsi soutenir les très petites entreprises et les artisans qui se portent candidats à l'attribution de prestations plus modestes.

## **VIII. Qualification du cas de force majeure**

Il est rappelé que la force majeure s'entend d'un événement extérieur, imprévisible et irrésistible, et que ces conditions ne peuvent s'apprécier qu'au cas par cas, selon les aménagements prévus par les stipulations de chaque contrat, et les capacités de chaque titulaire pour y faire face.

Ainsi la pénurie des matières premières et des composants indispensables à la réalisation des prestations et la hausse de leurs prix, pourront se voir qualifiées de cas de force majeure dans le cadre de marchés publics lorsque de manière cumulative :

- Lors de la conclusion du marché, elles étaient encore imprévisibles par les parties diligentes<sup>6</sup>, ou que leurs conséquences étaient imprévisibles dans leur ampleur<sup>7</sup>.
- Elles sont indépendantes de la volonté des parties, c'est-à-dire qu'elles n'ont pas pour origine une faute grave de l'opérateur économique ou des acheteurs publics et qu'elles ne peuvent pas être évitées<sup>8</sup>, par le remplacement par d'autres matériaux ou composants par exemple.
- Par conséquent, elles constituent ou produisent des conséquences représentant des difficultés insurmontables à l'exécution du marché par l'opérateur économique<sup>9</sup>, au regard notamment du surcoût engendré, et des capacités globales dont il dispose qu'il a bien tenté de mettre en œuvre pour y faire face<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> Conseil d'Etat, 17 Décembre 1926, *Sté des chantiers de l'Adour*

<sup>7</sup> Conseil d'Etat, 1935, *Discours*

<sup>8</sup> Conseil d'Etat, 29 janvier 1909, *Cie Compagnie des messageries maritimes, Compagnie générale transatlantique*

<sup>9</sup> Conseil d'Etat, 7 juin 1939, *Pichol*

<sup>10</sup> *Cour administrative d'appel de Nantes, 5 Novembre 1998, Mutuelles du Mans Assurances*

Ces conditions seront appréciées comme étant caractérisées et réunies au cas par cas pour chaque marché et titulaire de marché. Dans l'affirmative, le cas de force majeure entraîne l'obligation pour l'acheteur public soit d'accorder un report de délai au titulaire et de l'exonérer des pénalités de retard, soit de résilier le marché.

\* \* \* \* \*

Ainsi, il est demandé aux acheteurs publics du Pays d'appliquer dans un esprit équitable et solidaire les dispositions en faveur des entreprises, évoquées dans la présente circulaire, visant à faciliter la bonne exécution des contrats publics malgré la pénurie et la hausse de certaines matières premières ou composants indispensables à la réalisation de leurs prestations.

L'application de ces dispositions doit toutefois toujours être justifiée par des éléments objectifs et étayés.

Je vous prie de prendre les dispositions nécessaires à l'application de ces préconisations.

Copies :

PR 1  
VP 1  
SGG 1  
REG 1  
Min. 8  
DBF 1

Lexpol :

DMRA



**Edouard FRITCH**