



PRESIDENCE

4719 /PR
(DCO22700002CI-1)

Papeete, le

04 JUL. 2022

à

**Monsieur le Vice-Président
Mesdames et Messieurs les ministres
Mesdames et Messieurs les chefs des services administratifs**

CIRCULAIRE

Objet : Prise en compte de l'évolution du contexte économique dans la passation et l'exécution des marchés publics.

Réf. : Circulaire n° 7576/PR du 29 septembre 2021 ;
Code Polynésien des Marchés Publics (CPMP).

Par circulaire n° 7675/PR du 29 septembre 2021, j'attirais votre attention sur les difficultés que rencontraient les entreprises titulaires de marchés publics, du fait des conséquences économiques issues de la crise sanitaire de la COVID-19, se traduisant notamment par un renchérissement des coûts d'approvisionnement (matières premières et fret maritime) dans plusieurs secteurs d'activités, ainsi que par l'allongement des délais de livraison.

Le déclenchement du conflit russo-ukrainien a amplifié ces phénomènes sur notre territoire, au point que nombre d'entreprises titulaires de marchés publics ont exprimé leur incapacité à maintenir les prix, proposés lors du dépôt de leur offre initiale, ainsi qu'à respecter les délais contractuels d'exécution.

La circulaire précitée a rappelé les outils juridiques qu'offre le code polynésien des marchés publics (CPMP) pour gérer de telles circonstances, tant en ce qui concerne l'organisation des consultations, que le traitement des difficultés constatées lors de l'exécution des marchés qui étaient en cours.

Compte tenu de l'évolution de la situation économique, la présente circulaire entend vous enjoindre de mettre en œuvre, dans les consultations à venir, certaines bonnes pratiques qui étaient déjà préconisées dans la circulaire du 29 septembre 2021 précitée.

Par ailleurs, afin d'assurer la poursuite des contrats en cours d'exécution touchés par cette situation, la présente circulaire vous demande d'aménager l'application des pénalités contractuelles et vous apporte des éclairages sur les conditions et modalités de mise en œuvre de la théorie de l'imprévision, aujourd'hui avancée par les titulaires des marchés publics pour demander une indemnisation des surcoûts qu'ils subissent dans l'exécution des marchés.



I. Mesures à introduire dans les consultations à venir ou déjà publiées mais dont la date limite de réception des plis n'est pas encore atteinte.

Les mesures présentées ci-après sont à introduire dans toutes les consultations, en procédure adaptée ou en procédure formalisée, que vos services envisagent de lancer ainsi que dans les procédures en cours pour lesquelles la date limite de remise des plis n'a pas encore été atteinte.

Les documents de consultation (DCE) de ces dernières qui ne respecteraient pas les instructions fixées ci-après devront être modifiés en conséquence.

Vous publierez un avis de marché rectificatif afin d'annoncer la nouvelle version du DCE et repousserez la date limite de remise des offres afin de laisser aux candidats un délai supplémentaire pour tenir compte des modifications introduites.

La direction de la commande publique (DCO) s'assurera que les mesures que je vous demande d'introduire dans les règles de consultation ou dans les projets de contrats sont bien respectées.

Aussi, vous transmettez désormais, de façon dématérialisée, tous vos DCE à ce service, simultanément à l'envoi de l'avis de publicité de votre marché.

A. Proposer systématiquement le versement d'avances.

L'avance est un versement effectué au profit du titulaire d'un marché public ayant pour objet de lui fournir une trésorerie suffisante, destinée à assurer le préfinancement de l'exécution des prestations qui lui ont été confiées. Pour les marchés de travaux, l'avance permet ainsi au titulaire de s'approvisionner dans les meilleures conditions.

Je vous rappelle que, conformément aux dispositions de l'article LP 411-2 du CPMP, l'avance est, sauf renonciation de sa part, un droit pour le titulaire d'un marché public dès lors que deux conditions cumulatives sont remplies :

- Le montant du marché est supérieur à 10 millions F CFP TTC ;
- La durée d'exécution du marché est supérieure à deux mois.

Si ces conditions sont remplies, l'article A 411-3 du CPMP précise que le taux de l'avance obligatoire est fixé à 10% du montant initial TTC du marché ou de la tranche affermée.

L'article LP 411-2 I, avant dernier alinéa, vous offre la possibilité de verser une avance même si ces conditions ne sont pas remplies, par exemple pour les marchés dont le montant est inférieur à 10 millions F CFP TTC. De plus, le CPMP offre également la possibilité à l'acheteur public d'augmenter le taux de l'avance jusqu'à 30% du montant initial TTC du marché sans condition de garantie et même au-delà, jusqu'à 60%, à la condition que le titulaire constitue une garantie à première demande garantissant la totalité du montant préfinancé.

Ces règles du code polynésien des marchés publics rappelées, afin de soutenir la trésorerie de nos entreprises et améliorer les conditions de leurs approvisionnements, dans le contexte économique actuel, les services sont invités :

- à proposer systématiquement des avances dans les marchés dont le montant estimé est inférieur à 10 millions F CFP afin notamment, de susciter les candidatures des très petites entreprises hésitant à soumissionner, eu égard au besoin de trésorerie que peut entraîner le commencement d'exécution d'un marché public au montant même modeste ;



- à porter systématiquement, dans les marchés dont le montant estimé est supérieur à 10 millions de F CFP, le taux de l'avance au-delà des 10% obligatoires, en le fixant à 30% sans exiger la constitution d'une garantie pour son remboursement ;

- à porter le montant de l'avance au-delà de 30 %, selon votre appréciation en fonction :

- de l'objet des prestations à exécuter,
- du montant estimé du marché et notamment de la part nécessaire à la couverture des dépenses d'approvisionnements,
- des disponibilités budgétaires.

Vous veillerez également à respecter scrupuleusement les règles relatives au mandatement de l'avance. A cet égard, je vous rappelle que l'avance doit être mandatée sans formalité, dans un délai qui ne peut dépasser 30 jours à compter de la date de notification de l'acte portant commencement d'exécution du marché c'est à dire, soit à la notification du marché, soit à la notification d'un ordre de service de démarrage ou d'un bon de commande.

Si l'avance est conditionnée à la constitution d'une garantie à première demande, le délai court à compter de la réception par l'acheteur public de la garantie financière exigée du titulaire.

B. Fixer un prix révisable dans tous les marchés de travaux et de fournitures d'une durée supérieure à 3 mois.

Le code polynésien des marchés publics laisse à l'acheteur public le choix de la forme de prix à retenir pour son marché : ferme ou révisable. 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 public du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations* ».

Or, il apparaît aujourd'hui que la quasi-totalité des marchés de travaux et de fournitures de plus de 3 mois s'avèrent plus ou moins exposés aux variations des conditions économiques.

Aussi, dans ce contexte, je vous demande de fixer un prix révisable dans tous les marchés de travaux et de fournitures d'une durée supérieure à 3 mois.

Vous veillerez également à établir, dans vos cahiers des charges, des formules de révision des prix représentatives des différentes composantes des coûts des prestations et de leurs facteurs d'évolution.

Vous ne fixerez aucune partie « fixe » dans les formules de révision, et n'encadrerez pas celles-ci par des clauses « butoir » ou de « sauvegarde ».

S'agissant du rythme de la révision des prix qu'il vous appartient de fixer dans les clauses particulières du marché, vous veillerez à choisir une périodicité de révision (mensuelle, trimestrielle ou semestrielle) calquée sur le rythme des fluctuations de prix observées sur le segment d'activité concerné. Pour les marchés publics de travaux se référant au Cahier des clauses administratives générales (CCAG-Travaux), figurant en annexe 1 du CPMP, je vous rappelle que la révision s'applique à chaque situation mensuelle établie pour le versement de l'acompte.

C. Ne pas utiliser le critère du délai d'exécution/de livraison ou limiter sa pondération pour l'attribution des marchés publics exposés à des risques de retard liés aux approvisionnements nécessaires à leur exécution.

Si l'acheteur public doit encadrer l'exécution d'un marché public dans un délai compatible avec la continuité du service public, le contexte actuel doit inviter à reconsidérer l'opportunité de retenir le délai d'exécution ou de livraison comme critère de jugement des offres, lorsque les marchés apparaissent exposés à des risques de retard liés à la part des approvisionnements nécessaires à leur exécution.



C'est le cas principalement dans les marchés de travaux ou de fournitures. Pour ces marchés, il vous est demandé :

- d'encadrer l'exécution des prestations dans un délai maximum raisonnable en cohérence avec la situation actuelle. Toute offre proposant un délai supérieur serait en conséquence considérée comme irrégulière ;

- de ne pas utiliser le critère du délai d'exécution ou de livraison comme critère d'attribution du marché ou du moins en minimiser l'importance par une pondération appropriée si celui-ci était incontournable.

D. Pour maintenir la viabilité économique des offres des candidats, prévoir un délai de validité des offres suffisant mais pas excessif.

Dans le contexte économique actuel, la question de la fixation du délai de validité des offres des candidats à un marché public requiert une attention particulière de l'acheteur.

En effet, si le délai fixé doit être suffisant pour permettre à l'acheteur public d'étudier les offres et de se prononcer sur l'offre économiquement la plus avantageuse, ce délai ne doit cependant pas être excessif afin que les offres des entreprises candidates demeurent viables.

Dans ce même esprit, il est également demandé aux services que les délais d'instruction nécessaires à l'analyse des propositions des entreprises candidates jusqu'à la notification du marché soient optimisés, tout respectant les exigences procédurales prévues, notamment dans les procédures formalisées (respect des délais de convocation de la CAO, respect du délai de suspension).

II. Modalités de prise en compte de la situation économique actuelle dans les marchés en cours d'exécution.

A. Renoncer aux sanctions contractuelles dans les marchés en cours d'exécution.

L'application des pénalités de retard est un droit contractuel pour l'acheteur public, auquel, selon la jurisprudence du Conseil d'Etat (CE, 29 décembre 2008, OPHLM de Puteaux), il peut renoncer partiellement ou totalement sous réserve toutefois que cet abandon de créance ne puisse être assimilé à un avantage injustifié au sens de l'article 432-14 du Code pénal (CE 9 novembre 2018, SAS Savoie).

Ce principe trouve particulièrement à s'appliquer lorsque le titulaire du marché est une TPE ou une PME, pour laquelle la mise en œuvre des pénalités peut avoir de lourdes conséquences financières.

Aussi, les services veilleront à ne pas appliquer les sanctions prévues contractuellement lorsque les retards de livraison ou d'exécution sont liés au renchérissement des prix des matières premières, à des pénuries ou des retards d'approvisionnement des entreprises.

A cet égard, aucune pénalité de retard, aucune exécution aux frais et risques du titulaire et aucune résiliation ne devra être prononcée contre le titulaire, si celui-ci démontre que l'inexécution de ses obligations contractuelles résulte d'un cas de force majeure. Il est rappelé que la force majeure s'entend d'un évènement extérieur, imprévisible et irrésistible et que ces conditions s'apprécient au cas par cas, selon les aménagements prévus par le marché.

Ces dispositions se substituent à celles de la circulaire n° 679/MEF du 25 mars 2022.

B. Recourir à la théorie de l'imprévision : conditions et modalités de mise en œuvre

De nombreuses entreprises titulaires de marchés publics demandent aujourd'hui, en invoquant la théorie de l'imprévision, une indemnisation de charges extracontractuelles qu'elles prétendent subir, au motif que l'économie du contrat initial est bouleversée.

Afin d'éviter que nos services n'adoptent, à l'égard de ces demandes, des attitudes divergentes, il me paraît utile, après avoir rappelé les conditions posées par la jurisprudence, de préciser les modalités pratiques de mise en œuvre de la théorie de l'imprévision.



1. Les conditions posées par la jurisprudence pour la mise en œuvre de la théorie de l'imprévision.

Le Conseil d'État a dégagé, dans un arrêt du 30 mars 1916 « Compagnie générale du gaz de Bordeaux », la théorie de l'imprévision qui impose à l'administration l'obligation d'aider financièrement son cocontractant à exécuter le contrat lorsqu'un évènement imprévisible et étranger à la volonté des parties a bouleversé l'économie générale du contrat.

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

- que l'évènement affectant l'exécution du marché n'a pu être raisonnablement prévu par lui au moment de la conclusion du contrat (condition d'imprévisibilité) ;
- que l'évènement est indépendant de la volonté des parties (condition d'extériorité) ;
- que l'évènement bouleverse l'économie générale du contrat en occasionnant des charges supplémentaires généralement qualifiées « d'extracontractuelles » (condition du bouleversement de l'économie générale du contrat).

Lorsque ces conditions sont établies, le titulaire peut obtenir une indemnité de la part de l'acheteur public.

2. Modalités pratiques de mise en œuvre de la théorie de l'imprévision

A titre liminaire, il est rappelé que les contrats font la loi des parties.

De ce principe fondamental, qui ne saurait en aucun être perdu de vue, résulte l'obligation faite au titulaire d'appliquer strictement les clauses contractuelles. L'administration se doit d'exiger de son cocontractant l'exécution du contrat et l'imprévision qu'il peut invoquer ne saurait le libérer d'aucune de ses obligations, faute de quoi il se verrait privé du droit d'obtenir une indemnisation au titre de l'imprévision. Le bouleversement de l'économie du marché donne lieu, lorsqu'il est dûment établi, à l'octroi d'une indemnité, mais ne justifie pas la résiliation du marché.

La demande indemnitaire du titulaire d'un marché au titre de l'imprévision, doit, pour les contrats visant le CCAG-FCS ou le CCAG-Travaux, être présentée sous la forme d'un mémoire en réclamation, exposant les motifs et montants de la demande. Pour les marchés n'ayant pas visé ces cahiers des charges généraux, il appartient à chaque acheteur de vérifier les conditions prévues dans son marché.

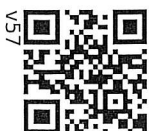
Le délai laissé à l'acheteur public pour répondre à ce mémoire est de deux (2) mois pour les marchés visant le CCAG-FCS et de trente (30) jours pour les marchés visant le CCAG-Travaux. En l'absence de réponse dans ces délais, le silence de l'acheteur vaut rejet et autorise le titulaire à saisir le juge du contrat pour faire valoir sa demande.

En présence d'une demande indemnitaire au titre de l'imprévision, l'acheteur doit, en premier lieu, s'attacher à vérifier que les conditions d'extériorité et d'imprévisibilité précitées sont bien réunies.

Au regard de la hausse des prix des matières premières et de celle du prix du transport maritime constatées depuis le dernier trimestre 2021 sur notre territoire, dont ampleur a été accentuée par le conflit russo-ukrainien, il est incontestable que ces deux premières conditions sont réunies.

En revanche, la troisième condition relative au bouleversement de l'économie générale du marché doit être analysée au cas par cas, en tenant compte des spécificités du secteur économique dans lequel est exécuté le marché, de l'existence le cas échéant d'une clause de révision des prix et en contrôlant les justifications apportées par l'entreprise établissant les charges extracontractuelles qu'elle a supporté.

En principe, l'application de la théorie de l'imprévision n'est pas possible si les clauses du marché prévoient un mécanisme de révision des prix, en fonction de la conjoncture économique. Toutefois il est possible de recourir à cette théorie lorsque, même après application de la clause de révision, l'économie générale du contrat se trouve toujours bouleversée.



S'agissant des charges extracontractuelles supportées, le titulaire du marché doit apporter tous les justificatifs établissant le préjudice qu'il estime avoir subi. L'ampleur de cette surcharge se mesure à l'aune de l'évolution des coûts des matières premières, des semi-produits, des produits finis ou encore du fret maritime réellement supportés pour l'exécution du marché par rapport aux coûts du marché estimés initialement dans des conditions économiques normales ou, le cas échéant à ceux résultant de l'application de la formule de révision de prix.

Le titulaire ne peut simplement invoquer un manque à gagner ou même une disparition totale de son bénéfice.

Il doit donc être en mesure de justifier :

- de son prix de revient ;
- de sa marge bénéficiaire au moment où il a soumis son offre soumission ;
- de ses débours en cours d'exécution du marché.

La jurisprudence reconnaît le bouleversement de l'équilibre financier du contrat lorsque les charges extracontractuelles ont atteint environ un quinzième (6,66%) du montant initial HT du marché ou de la tranche.

Après avoir caractérisé l'état d'imprévision, l'acheteur doit déterminer le montant maximal de l'indemnité qu'il peut octroyer au titulaire. Les pertes ou surcharges subies par l'entreprise étant la conséquence d'évènements extérieurs aux parties, l'acheteur ne peut en supporter la totalité et le titulaire reste tenu de prendre à sa charge l'aléa économique « normal » inhérent à tout contrat. A cet égard, la jurisprudence a fixé, en moyenne, à 10% la part d'aléa laissée à la charge du titulaire. Ce taux peut 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 ;
- des différences de situation des entreprises : les PME, les TPE et artisans n'ont pas les mêmes moyens que les grandes entreprises pour anticiper et couvrir les aléas extraordinaires susceptibles d'affecter leurs approvisionnements.

Tout logiquement, le montant de l'indemnité ne peut être calculé qu'à l'échéance de l'exécution du marché, au motif que les charges extracontractuelles doivent être évaluées sur l'ensemble du contrat.

Néanmoins, il est possible d'octroyer, à titre exceptionnel, des indemnités provisionnelles à valoir sur l'indemnité globale d'imprévision dont le montant sera déterminé au moment du règlement financier du marché. Il appartient au titulaire du marché de la solliciter. Pour octroyer ces indemnités provisionnelles, les conditions suivantes doivent être réunies :

- le bouleversement de l'économie générale du contrat est d'une telle ampleur qu'il peut déjà être considéré comme irréversible (ce qui induit que l'indemnité sera bien attribuée en fin d'exécution du marché) ;
- le montant des provisions sur indemnité peut être évalué sur la base d'éléments financiers certains ;
- la poursuite même de l'activité de l'opérateur économique est menacée par des difficultés de trésorerie et les pertes subies.

Sur le plan du formalisme contractuel, l'indemnité d'imprévision (provisionnelle ou globale) ne peut être fixée dans le cadre d'un avenant au contrat. Elle doit faire l'objet d'une convention liée au contrat, applicable sur toute la durée de la période d'imprévision et indiquant :

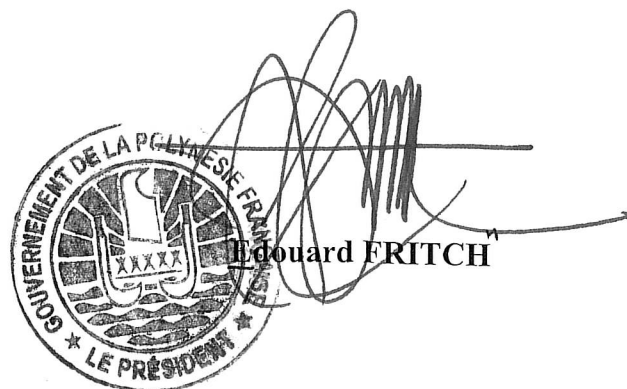
- la référence du marché ;
- le montant de la provision sur indemnité ;



- la fréquence de son versement ;
- les bases et les modalités du calcul qui a permis de l'établir ;
- qu'elle a été accordée en application de la théorie de l'imprévision ;
- la clause de rendez-vous en application de laquelle, en fin de contrat, le montant définitif de l'indemnité d'imprévision sera fixé.

Vous veillerez à appliquer strictement les dispositions de la présente circulaire, dans un esprit de soutien et de compréhension de la situation délicate que traverse nos entreprises polynésiennes titulaires ou candidates à nos marchés publics.

En cas de difficultés dans sa mise en oeuvre, vous vous rapprocherez de la direction de la commande publique.



The image shows an official circular stamp of the Government of French Polynesia. The stamp features a central emblem with a stylized figure and the text "GOUVERNEMENT DE LA POLYNÉSIE FRANÇAISE" around the top and "LE PRÉSIDENT" at the bottom. Overlaid on the stamp is a handwritten signature in black ink, which appears to be "Edouard ERITCH".

Edouard ERITCH





PRESIDENCE

N° 4719 /PR

(DCO22700002CI-1)

Papeete, le

04 JUL. 2022

à

**Monsieur le Vice-Président
Mesdames et Messieurs les ministres
Mesdames et Messieurs les chefs des services administratifs**

CIRCULAIRE

Objet : Prise en compte de l'évolution du contexte économique dans la passation et l'exécution des marchés publics.

Réf. : Circulaire n° 7576/PR du 29 septembre 2021 ;
Code Polynésien des Marchés Publics (CPMP).

Par circulaire n° 7675/PR du 29 septembre 2021, j'attirais votre attention sur les difficultés que rencontraient les entreprises titulaires de marchés publics, du fait des conséquences économiques issues de la crise sanitaire de la COVID-19, se traduisant notamment par un renchérissement des coûts d'approvisionnement (matières premières et fret maritime) dans plusieurs secteurs d'activités, ainsi que par l'allongement des délais de livraison.

Le déclenchement du conflit russo-ukrainien a amplifié ces phénomènes sur notre territoire, au point que nombre d'entreprises titulaires de marchés publics ont exprimé leur incapacité à maintenir les prix, proposés lors du dépôt de leur offre initiale, ainsi qu'à respecter les délais contractuels d'exécution.

La circulaire précitée a rappelé les outils juridiques qu'offre le code polynésien des marchés publics (CPMP) pour gérer de telles circonstances, tant en ce qui concerne l'organisation des consultations, que le traitement des difficultés constatées lors de l'exécution des marchés qui étaient en cours.

Compte tenu de l'évolution de la situation économique, la présente circulaire entend vous enjoindre de mettre en œuvre, dans les consultations à venir, certaines bonnes pratiques qui étaient déjà préconisées dans la circulaire du 29 septembre 2021 précitée.

Par ailleurs, afin d'assurer la poursuite des contrats en cours d'exécution touchés par cette situation, la présente circulaire vous demande d'aménager l'application des pénalités contractuelles et vous apporte des éclairages sur les conditions et modalités de mise en œuvre de la théorie de l'imprévision, aujourd'hui avancée par les titulaires des marchés publics pour demander une indemnisation des surcoûts qu'ils subissent dans l'exécution des marchés.



I. Mesures à introduire dans les consultations à venir ou déjà publiées mais dont la date limite de réception des plis n'est pas encore atteinte.

Les mesures présentées ci-après sont à introduire dans toutes les consultations, en procédure adaptée ou en procédure formalisée, que vos services envisagent de lancer ainsi que dans les procédures en cours pour lesquelles la date limite de remise des plis n'a pas encore été atteinte.

Les documents de consultation (DCE) de ces dernières qui ne respecteraient pas les instructions fixées ci-après devront être modifiés en conséquence.

Vous publierez un avis de marché rectificatif afin d'annoncer la nouvelle version du DCE et repousserez la date limite de remise des offres afin de laisser aux candidats un délai supplémentaire pour tenir compte des modifications introduites.

La direction de la commande publique (DCO) s'assurera que les mesures que je vous demande d'introduire dans les règles de consultation ou dans les projets de contrats sont bien respectées.

Aussi, vous transmettez désormais, de façon dématérialisée, tous vos DCE à ce service, simultanément à l'envoi de l'avis de publicité de votre marché.

A. Proposer systématiquement le versement d'avances.

L'avance est un versement effectué au profit du titulaire d'un marché public ayant pour objet de lui fournir une trésorerie suffisante, destinée à assurer le préfinancement de l'exécution des prestations qui lui ont été confiées. Pour les marchés de travaux, l'avance permet ainsi au titulaire de s'approvisionner dans les meilleures conditions.

Je vous rappelle que, conformément aux dispositions de l'article LP 411-2 du CPMP, l'avance est, sauf renonciation de sa part, un droit pour le titulaire d'un marché public dès lors que deux conditions cumulatives sont remplies :

- Le montant du marché est supérieur à 10 millions F CFP TTC ;
- La durée d'exécution du marché est supérieure à deux mois.

Si ces conditions sont remplies, l'article A 411-3 du CPMP précise que le taux de l'avance obligatoire est fixé à 10% du montant initial TTC du marché ou de la tranche affermée.

L'article LP 411-2 I, avant dernier alinéa, vous offre la possibilité de verser une avance même si ces conditions ne sont pas remplies, par exemple pour les marchés dont le montant est inférieur à 10 millions F CFP TTC. De plus, le CPMP offre également la possibilité à l'acheteur public d'augmenter le taux de l'avance jusqu'à 30% du montant initial TTC du marché sans condition de garantie et même au-delà, jusqu'à 60%, à la condition que le titulaire constitue une garantie à première demande garantissant la totalité du montant préfinancé.

Ces règles du code polynésien des marchés publics rappelées, afin de soutenir la trésorerie de nos entreprises et améliorer les conditions de leurs approvisionnements, dans le contexte économique actuel, les services sont invités :

- à proposer systématiquement des avances dans les marchés dont le montant estimé est inférieur à 10 millions F CFP afin notamment, de susciter les candidatures des très petites entreprises hésitant à soumissionner, eu égard au besoin de trésorerie que peut entraîner le commencement d'exécution d'un marché public au montant même modeste ;



- à porter systématiquement, dans les marchés dont le montant estimé est supérieur à 10 millions de F CFP, le taux de l'avance au-delà des 10% obligatoires, en le fixant à 30% sans exiger la constitution d'une garantie pour son remboursement ;

- à porter le montant de l'avance au-delà de 30 %, selon votre appréciation en fonction :

- de l'objet des prestations à exécuter,
- du montant estimé du marché et notamment de la part nécessaire à la couverture des dépenses d'approvisionnements,
- des disponibilités budgétaires.

Vous veillerez également à respecter scrupuleusement les règles relatives au mandatement de l'avance. A cet égard, je vous rappelle que l'avance doit être mandatée sans formalité, dans un délai qui ne peut dépasser 30 jours à compter de la date de notification de l'acte portant commencement d'exécution du marché c'est à dire, soit à la notification du marché, soit à la notification d'un ordre de service de démarrage ou d'un bon de commande.

Si l'avance est conditionnée à la constitution d'une garantie à première demande, le délai court à compter de la réception par l'acheteur public de la garantie financière exigée du titulaire.

B. Fixer un prix révisable dans tous les marchés de travaux et de fournitures d'une durée supérieure à 3 mois.

Le code polynésien des marchés publics laisse à l'acheteur public le choix de la forme de prix à retenir pour son marché : ferme ou révisable. 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 public du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations* ».

Or, il apparaît aujourd'hui que la quasi-totalité des marchés de travaux et de fournitures de plus de 3 mois s'avèrent plus ou moins exposés aux variations des conditions économiques.

Aussi, dans ce contexte, je vous demande de fixer un prix révisable dans tous les marchés de travaux et de fournitures d'une durée supérieure à 3 mois.

Vous veillerez également à établir, dans vos cahiers des charges, des formules de révision des prix représentatives des différentes composantes des coûts des prestations et de leurs facteurs d'évolution.

Vous ne fixerez aucune partie « fixe » dans les formules de révision, et n'encadrerez pas celles-ci par des clauses « butoir » ou de « sauvegarde ».

S'agissant du rythme de la révision des prix qu'il vous appartient de fixer dans les clauses particulières du marché, vous veillerez à choisir une périodicité de révision (mensuelle, trimestrielle ou semestrielle) calquée sur le rythme des fluctuations de prix observées sur le segment d'activité concerné. Pour les marchés publics de travaux se référant au Cahier des clauses administratives générales (CCAG-Travaux), figurant en annexe 1 du CPMP, je vous rappelle que la révision s'applique à chaque situation mensuelle établie pour le versement de l'acompte.

C. Ne pas utiliser le critère du délai d'exécution/de livraison ou limiter sa pondération pour l'attribution des marchés publics exposés à des risques de retard liés aux approvisionnements nécessaires à leur exécution.

Si l'acheteur public doit encadrer l'exécution d'un marché public dans un délai compatible avec la continuité du service public, le contexte actuel doit inviter à reconsidérer l'opportunité de retenir le délai d'exécution ou de livraison comme critère de jugement des offres, lorsque les marchés apparaissent exposés à des risques de retard liés à la part des approvisionnements nécessaires à leur exécution.



C'est le cas principalement dans les marchés de travaux ou de fournitures. Pour ces marchés, il vous est demandé :

- d'encadrer l'exécution des prestations dans un délai maximum raisonnable en cohérence avec la situation actuelle. Toute offre proposant un délai supérieur serait en conséquence considérée comme irrégulière ;

- de ne pas utiliser le critère du délai d'exécution ou de livraison comme critère d'attribution du marché ou du moins en minimiser l'importance par une pondération appropriée si celui-ci était incontournable.

D. Pour maintenir la viabilité économique des offres des candidats, prévoir un délai de validité des offres suffisant mais pas excessif.

Dans le contexte économique actuel, la question de la fixation du délai de validité des offres des candidats à un marché public requiert une attention particulière de l'acheteur.

En effet, si le délai fixé doit être suffisant pour permettre à l'acheteur public d'étudier les offres et de se prononcer sur l'offre économiquement la plus avantageuse, ce délai ne doit cependant pas être excessif afin que les offres des entreprises candidates demeurent viables.

Dans ce même esprit, il est également demandé aux services que les délais d'instruction nécessaires à l'analyse des propositions des entreprises candidates jusqu'à la notification du marché soient optimisés, tout respectant les exigences procédurales prévues, notamment dans les procédures formalisées (respect des délais de convocation de la CAO, respect du délai de suspension).

II. Modalités de prise en compte de la situation économique actuelle dans les marchés en cours d'exécution.

A. Renoncer aux sanctions contractuelles dans les marchés en cours d'exécution.

L'application des pénalités de retard est un droit contractuel pour l'acheteur public, auquel, selon la jurisprudence du Conseil d'Etat (CE, 29 décembre 2008, OPHLM de Puteaux), il peut renoncer partiellement ou totalement sous réserve toutefois que cet abandon de créance ne puisse être assimilé à un avantage injustifié au sens de l'article 432-14 du Code pénal (CE 9 novembre 2018, SAS Savoie).

Ce principe trouve particulièrement à s'appliquer lorsque le titulaire du marché est une TPE ou une PME, pour laquelle la mise en œuvre des pénalités peut avoir de lourdes conséquences financières.

Aussi, les services veilleront à ne pas appliquer les sanctions prévues contractuellement lorsque les retards de livraison ou d'exécution sont liés au renchérissement des prix des matières premières, à des pénuries ou des retards d'approvisionnement des entreprises.

A cet égard, aucune pénalité de retard, aucune exécution aux frais et risques du titulaire et aucune résiliation ne devra être prononcée contre le titulaire, si celui-ci démontre que l'inexécution de ses obligations contractuelles résulte d'un cas de force majeure. Il est rappelé que la force majeure s'entend d'un évènement extérieur, imprévisible et irrésistible et que ces conditions s'apprécient au cas par cas, selon les aménagements prévus par le marché.

Ces dispositions se substituent à celles de la circulaire n° 679/MEF du 25 mars 2022.

B. Recourir à la théorie de l'imprévision : conditions et modalités de mise en œuvre

De nombreuses entreprises titulaires de marchés publics demandent aujourd'hui, en invoquant la théorie de l'imprévision, une indemnisation de charges extracontractuelles qu'elles prétendent subir, au motif que l'économie du contrat initial est bouleversée.

Afin d'éviter que nos services n'adoptent, à l'égard de ces demandes, des attitudes divergentes, il me paraît utile, après avoir rappelé les conditions posées par la jurisprudence, de préciser les modalités pratiques de mise en œuvre de la théorie de l'imprévision.



1. Les conditions posées par la jurisprudence pour la mise en œuvre de la théorie de l'imprévision.

Le Conseil d'État a dégagé, dans un arrêt du 30 mars 1916 « Compagnie générale du gaz de Bordeaux », la théorie de l'imprévision qui impose à l'administration l'obligation d'aider financièrement son cocontractant à exécuter le contrat lorsqu'un évènement imprévisible et étranger à la volonté des parties a bouleversé l'économie générale du contrat.

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

- que l'évènement affectant l'exécution du marché n'a pu être raisonnablement prévu par lui au moment de la conclusion du contrat (condition d'imprévisibilité) ;
- que l'évènement est indépendant de la volonté des parties (condition d'extériorité) ;
- que l'évènement bouleverse l'économie générale du contrat en occasionnant des charges supplémentaires généralement qualifiées « d'extracontractuelles » (condition du bouleversement de l'économie générale du contrat).

Lorsque ces conditions sont établies, le titulaire peut obtenir une indemnité de la part de l'acheteur public.

2. Modalités pratiques de mise en œuvre de la théorie de l'imprévision

A titre liminaire, il est rappelé que les contrats font la loi des parties.

De ce principe fondamental, qui ne saurait en aucun être perdu de vue, résulte l'obligation faite au titulaire d'appliquer strictement les clauses contractuelles. L'administration se doit d'exiger de son cocontractant l'exécution du contrat et l'imprévision qu'il peut invoquer ne saurait le libérer d'aucune de ses obligations, faute de quoi il se verrait privé du droit d'obtenir une indemnisation au titre de l'imprévision. Le bouleversement de l'économie du marché donne lieu, lorsqu'il est dûment établi, à l'octroi d'une indemnité, mais ne justifie pas la résiliation du marché.

La demande indemnitaire du titulaire d'un marché au titre de l'imprévision, doit, pour les contrats visant le CCAG-FCS ou le CCAG-Travaux, être présentée sous la forme d'un mémoire en réclamation, exposant les motifs et montants de la demande. Pour les marchés n'ayant pas visé ces cahiers des charges généraux, il appartient à chaque acheteur de vérifier les conditions prévues dans son marché.

Le délai laissé à l'acheteur public pour répondre à ce mémoire est de deux (2) mois pour les marchés visant le CCAG-FCS et de trente (30) jours pour les marchés visant le CCAG-Travaux. En l'absence de réponse dans ces délais, le silence de l'acheteur vaut rejet et autorise le titulaire à saisir le juge du contrat pour faire valoir sa demande.

En présence d'une demande indemnitaire au titre de l'imprévision, l'acheteur doit, en premier lieu, s'attacher à vérifier que les conditions d'extériorité et d'imprévisibilité précitées sont bien réunies.

Au regard de la hausse des prix des matières premières et de celle du prix du transport maritime constatées depuis le dernier trimestre 2021 sur notre territoire, dont ampleur a été accentuée par le conflit russo-ukrainien, il est incontestable que ces deux premières conditions sont réunies.

En revanche, la troisième condition relative au bouleversement de l'économie générale du marché doit être analysée au cas par cas, en tenant compte des spécificités du secteur économique dans lequel est exécuté le marché, de l'existence le cas échéant d'une clause de révision des prix et en contrôlant les justifications apportées par l'entreprise établissant les charges extracontractuelles qu'elle a supporté.

En principe, l'application de la théorie de l'imprévision n'est pas possible si les clauses du marché prévoient un mécanisme de révision des prix, en fonction de la conjoncture économique. Toutefois il est possible de recourir à cette théorie lorsque, même après application de la clause de révision, l'économie générale du contrat se trouve toujours bouleversée.



S'agissant des charges extracontractuelles supportées, le titulaire du marché doit apporter tous les justificatifs établissant le préjudice qu'il estime avoir subi. L'ampleur de cette surcharge se mesure à l'aune de l'évolution des coûts des matières premières, des semi-produits, des produits finis ou encore du fret maritime réellement supportés pour l'exécution du marché par rapport aux coûts du marché estimés initialement dans des conditions économiques normales ou, le cas échéant à ceux résultant de l'application de la formule de révision de prix.

Le titulaire ne peut simplement invoquer un manque à gagner ou même une disparition totale de son bénéfice.

Il doit donc être en mesure de justifier :

- de son prix de revient ;
- de sa marge bénéficiaire au moment où il a soumis son offre soumission ;
- de ses débours en cours d'exécution du marché.

La jurisprudence reconnaît le bouleversement de l'équilibre financier du contrat lorsque les charges extracontractuelles ont atteint environ un quinzième (6,66%) du montant initial HT du marché ou de la tranche.

Après avoir caractérisé l'état d'imprévision, l'acheteur doit déterminer le montant maximal de l'indemnité qu'il peut octroyer au titulaire. Les pertes ou surcharges subies par l'entreprise étant la conséquence d'évènements extérieurs aux parties, l'acheteur ne peut en supporter la totalité et le titulaire reste tenu de prendre à sa charge l'aléa économique « normal » inhérent à tout contrat. A cet égard, la jurisprudence a fixé, en moyenne, à 10% la part d'aléa laissée à la charge du titulaire. Ce taux peut 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 ;
- des différences de situation des entreprises : les PME, les TPE et artisans n'ont pas les mêmes moyens que les grandes entreprises pour anticiper et couvrir les aléas extraordinaires susceptibles d'affecter leurs approvisionnements.

Tout logiquement, le montant de l'indemnité ne peut être calculé qu'à l'échéance de l'exécution du marché, au motif que les charges extracontractuelles doivent être évaluées sur l'ensemble du contrat.

Néanmoins, il est possible d'octroyer, à titre exceptionnel, des indemnités provisionnelles à valoir sur l'indemnité globale d'imprévision dont le montant sera déterminé au moment du règlement financier du marché. Il appartient au titulaire du marché de la solliciter. Pour octroyer ces indemnités provisionnelles, les conditions suivantes doivent être réunies :

- le bouleversement de l'économie générale du contrat est d'une telle ampleur qu'il peut déjà être considéré comme irréversible (ce qui induit que l'indemnité sera bien attribuée en fin d'exécution du marché) ;
- le montant des provisions sur indemnité peut être évalué sur la base d'éléments financiers certains ;
- la poursuite même de l'activité de l'opérateur économique est menacée par des difficultés de trésorerie et les pertes subies.

Sur le plan du formalisme contractuel, l'indemnité d'imprévision (provisionnelle ou globale) ne peut être fixée dans le cadre d'un avenant au contrat. Elle doit faire l'objet d'une convention liée au contrat, applicable sur toute la durée de la période d'imprévision et indiquant :

- la référence du marché ;
- le montant de la provision sur indemnité ;



- la fréquence de son versement ;
- les bases et les modalités du calcul qui a permis de l'établir ;
- qu'elle a été accordée en application de la théorie de l'imprévision ;
- la clause de rendez-vous en application de laquelle, en fin de contrat, le montant définitif de l'indemnité d'imprévision sera fixé.

Vous veillerez à appliquer strictement les dispositions de la présente circulaire, dans un esprit de soutien et de compréhension de la situation délicate que traverse nos entreprises polynésiennes titulaires ou candidates à nos marchés publics.

En cas de difficultés dans sa mise en oeuvre, vous vous rapprocherez de la direction de la commande publique.

Copies :

PR, VP, SGG, REG	4
MIN	8
DCO	1



Edouard FRITCH

