

Charte relative aux MODALITÉS D'EXÉCUTION des contrats de la commande publique à La Réunion

Entre les soussignés :

- Le Préfet de la région Réunion, M. Jacques BILLANT
- Le Président du HCCP, M. Dominique VIENNE
- Le président de l'association SBA, M. Johny LAW YEN
- Le/la Président.e/Maire de

1. Préambule

Les prix de certaines matières premières ont connu une inflation importante à partir du début de l'année 2021. Pour certains intrants essentiels à notre économie, notamment les matières premières énergétiques, gaz et pétrole, cette augmentation sensible du niveau des prix s'est transformée en une véritable envolée du fait de la guerre en Ukraine et des mesures de rétorsion prises à l'encontre de la Russie. Cette forte augmentation peut mettre en danger la pérennité de certaines entreprises dont le bilan est déjà fragilisé par les deux années de crise sanitaire, et par voie de conséquence leurs emplois salariés.

Des efforts conséquents ont été mis en œuvre depuis 2020 pour préserver notre tissu productif et les emplois afférents. Le « quoi qu'il en coûte » puis le plan sortie de crise et le plan France Relance ont permis une forte reprise de l'activité économique en 2021 qui ne doit pas être cassée par des effets géopolitiques exogènes. Un plan de résilience, comprenant un bouclier tarifaire généralisé et des mesures sectorielles ciblées vers certaines filières (BTP, agriculture, pêche, transport), a été mis en œuvre et commence à être déployé.

En parallèle, il est important de saisir tous les outils à notre disposition pour ne pas faire peser les conséquences de la guerre en Ukraine sur toutes nos entreprises, quelle que soit leur taille, et leurs salariés. Dans ce contexte, l'État applique à ses services et opérateurs des mesures relatives à l'exécution des contrats de la commande publique, que les collectivités peuvent également prendre à leur compte.

En effet, au-delà de l'insertion d'une clause de révision des prix dans les contrats de la commande publique (marché public ou contrat de concession), il existe a minima trois dispositifs réglementaires à mettre en œuvre : la modification des contrats, l'application de la théorie de l'imprévision, le gel des pénalités contractuelles.

2. Considérant les éléments contextuels suivants :

Considérant que les contrats de la commande publique peuvent être modifiés lorsque l'une des trois hypothèses suivantes, rendue nécessaire par des circonstances qui n'étaient pas prévisibles à la date de signature du contrat, est remplie :

- Substitution d'un matériau à celui initialement prévu, devenu introuvable ou trop cher ;
- Modification des quantités ou du périmètre des prestations ;
- Aménagement des conditions et délais de réalisation des prestations.

Considérant que dans ces cas-là, les modifications des contrats peuvent induire des majorations dont les conditions et les limites sont respectivement spécifiées aux articles R. 2194-5 et R. 2194-3 pour les marchés publics et R. 3135-5 du Code de la commande publique pour les contrats de concession.

Considérant que la théorie de l'imprévision, codifiée au 3° de l'article L.6 du Code de la commande publique, prévoit la compensation de la majorité des charges supplémentaires (généralement qualifiées d'extra-contractuelles) en cas « *d'évènement extérieur aux parties, imprévisibles et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat* ».

Considérant que cette théorie vise à assurer la continuité du service public, en assurant le titulaire d'un marché que les conséquences d'un bouleversement de l'économie du contrat seront prises en charge par le pouvoir adjudicateur.

Considérant que, alors même que l'augmentation des prix ne saurait constituer un cas de force majeure, qui serait en contradiction avec l'esprit de la théorie de l'imprévision exposée ci-dessus, l'État a souhaité prolonger les mesures prévues par l'ordonnance 2020-319 du 25 mars 2020 dans le cadre de la crise sanitaire. Ainsi, l'exécution des pénalités de retard sont suspendues tant que le titulaire du marché est dans l'impossibilité de s'approvisionner dans des conditions normales.

Considérant la nécessité de pratiquer la médiation afin d'améliorer les pratiques d'achats entre nos entreprises et les acteurs publics et de faire de la commande publique un véritable levier de croissance.

3. En conséquence de quoi, les parties prenantes s'engagent sur la mise en place et le respect des actions suivantes :

*** Le signataire s'engage** à modifier les contrats passés lorsque l'une des trois hypothèses suivantes, rendue nécessaire par des circonstances qui n'étaient pas prévisibles à la date de signature du contrat, est remplie :

- Substitution d'un matériau à celui initialement prévu, devenu introuvable ou trop cher ;
- Modification des quantités ou du périmètre des prestations ;
- Aménagement des conditions et délais de réalisation des prestations.

Dans ces cas, les modifications des contrats peuvent induire des majorations dont les limites sont définies dans les articles R. 2194-5 et R. 3135-5 du Code de la commande publique.

*** Le signataire s'engage** à recourir à la théorie de l'imprévision si le contrat ne comporte pas un mécanisme de révision de prix et si l'économie du contrat reste bouleversée après application des clauses contractuelles de révision.

- Lorsque l'état d'imprévision est caractérisé, la part d'aléa laissé au titulaire du contrat est comprise entre 5 % et 25 % du déficit résultant des charges extra-contractuelles, avec une moyenne à 10 %. Le taux juste est à déterminer individuellement, en fonction de la situation de l'entreprise.
- Afin de remplir sa fonction première, à savoir de permettre l'exécution du contrat malgré le bouleversement économique, l'indemnité doit au moins pour partie être versée avant l'exécution du contrat.
- L'indemnisation d'imprévision ne doit pas être formulée dans un avenant au contrat (puisqu'elle n'en modifie pas les stipulations) mais dans une convention liée au contrat, applicable durant la situation d'imprévision et qui pourra comporter une « clause de rendez-vous » à l'issue du contrat.

*** Le signataire s'engage** à suspendre l'exécution des pénalités de retard ainsi que les clauses prévoyant l'exécution des prestations aux frais et risques du titulaire tant que le titulaire du marché est dans l'impossibilité de s'approvisionner dans des conditions normales.

*** Le signataire s'engage** à respecter les dispositions des articles R.2112-13 et R.2112-14 du Code de la commande publique qui prohibent le recours au prix ferme lorsque les parties sont exposées à des aléas majeurs du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la durée d'exécution des prestations.

Elles imposent que les marchés d'une durée d'exécution supérieure à trois mois qui nécessitent le recours à une part importante de fournitures, notam-

ment de matières premières, dont le prix est directement affecté par les fluctuations des cours mondiaux, comportent une clause de révision de prix incluant au moins une référence aux indices officiels de fixation des cours.

Le non-respect de ces obligations est susceptible d'engager la responsabilité de l'acheteur.

Par ailleurs, afin de ne pas pénaliser les entreprises, les formules de révision de prix ne contiendront pas de terme fixe mais une périodicité de mise en œuvre minimale de 3 mois et les contrats ne devront contenir ni clause butoir, ni clause de sauvegarde.

*** Le signataire s'engage** à respecter les délais maximums de paiement fixé par le CCP et à verser les intérêts moratoires en cas de retard.

*** Le signataire s'engage** à procéder à une médiation dans le cas de différent entre les parties concernant :

- les délais de paiement,
- les pénalités de retard,
- l'établissement du décompte général et définitif (DGD) et la rémunération des travaux supplémentaires,
- les clauses de révision de prix et d'imprévision.

La saisine de la Médiation des Marchés Publics sera privilégiée pour les entreprises.

Initiée en phase d'attribution du marché, elle présente un intérêt certain pour les entreprises puisqu'elle permet d'ouvrir un espace de dialogue et de compréhension mutuelle et d'éviter d'avoir recours au juge par la voie du recours en référé précontractuel.

4. Durée de la charte

Cette charte entre en vigueur à compter de sa date de signature et fera l'objet d'un bilan d'évaluation au terme de la première année de mise en œuvre. Sur la base de celui-ci, les signataires pourront la prolonger.

À, le 2022

Le préfet de la
région Réunion

Le Président du
HCCP

Le Président de
SBA

Le/la Président.e
ou La/le Maire

M. Jacques
BILLANT

M. Dominique
VIENNE

M. Johny
LAW YEN

M./Mme.....