

Monsieur Bruno LE MAIRE
Ministre de l'Économie,
des Finances et de la Relance
139 rue de Bercy
75572 PARIS Cedex 12

Paris, le 9 mai 2022

Objet : conséquences des hausses des coûts des matières premières et de l'énergie dans l'exécution des marchés publics

Monsieur le Ministre,

L'envolée des prix de l'énergie et des matières premières provoque de nombreuses difficultés d'exécution des marchés publics. La Direction des Affaires Juridiques a dès le mois de mai 2021 publié un certain nombre de recommandations aux acheteurs dans une note technique¹ qu'elle a actualisée en février 2022, et qui a été complétée depuis par les circulaires du Premier Ministre des 23 et 30 mars 2022. Nous vous en remercions.

Les collectivités que nous représentons se sont employées à mettre en œuvre ces recommandations et, s'agissant des marchés en cours d'exécution, les reports de délais ou la suspension des pénalités sont appliqués chaque fois que nécessaire.

Divers écueils subsistent toutefois pour traiter les déséquilibres économiques frappant les marchés dont les mécanismes d'indexation ne permettent pas de prendre pleinement en compte les augmentations exceptionnelles des coûts des matières premières et de l'énergie : soit parce que la fréquence de calcul des révisions est inadaptée à la forte volatilité des cours, soit parce que la formule paramétrique ne reflète pas la structure de coût des biens ou prestations

¹ Fiche technique « Les marchés publics confrontés à la flambée des prix et au risque de pénurie des matières premières » publiée le 27 mai 2021, actualisée en février 2022.

commandés. Dans ces cas spécifiques de plus en plus nombreux, le recours à l'imprévision et au versement d'une indemnité extracontractuelle apparaît le plus souvent inadapté.

Les collectivités ont désormais une certaine expérience de l'imprévision, qu'elles ont dû invoquer à de multiples reprises lors de la crise sanitaire, notamment pour des contrats de concessions d'exploitation d'équipements sportifs, culturels ou de congrès qui avaient dû être fermés pendant plusieurs mois. C'est un instrument juridique lourd et complexe de mise en œuvre, mais cohérent avec les durées d'exécution souvent longues de ces contrats, qui se prêtent par ailleurs plus facilement à une évaluation précise des déficits d'exploitation induits par des circonstances exceptionnelles dans les comptes des délégataires.

Il s'avère en revanche peu adapté lorsqu'il s'agit d'apporter une réponse rapide et immédiate à des prestataires subissant des hausses supérieures à leurs marges, conduisant certains d'entre eux à préférer renoncer à poursuivre l'exécution du marché, plutôt que de continuer à dégrader leur trésorerie en attendant le versement d'une indemnité dont le montant définitif ne pourra être calculé qu'à l'issue d'un lourd processus administratif opéré en fin de contrat. D'autant que cette indemnité ne viendra que partiellement compenser « *un déficit réellement important, et non un simple manque à gagner* », ce qui revient à leur imposer de vendre à perte. Cette situation semble difficilement tenable pour les artisans, TPE et PME, si l'on considère que cette crise est probablement durable. Elle met de surcroît les collectivités en risque de subir des ruptures d'approvisionnement, compromettant gravement le fonctionnement de certains services.

C'est pour minimiser ces risques que de nombreux acheteurs, y compris de grandes centrales d'achat, n'ont d'autre choix que de recourir à la passation d'avenants permettant de notifier des prix nouveaux temporaires tenant compte des hausses réellement constatées, et dûment justifiées, incluant une baisse de marge des fournisseurs, et dont la durée d'application limitée est assortie d'une clause de réexamen et/ou de retour à meilleure fortune. Ces avenants sont généralement passés sous le double fondement juridique de l'imprévision et des « *circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir* » (article R. 2194-5 du Code de la commande publique) ou des modifications non substantielles comme le prévoit l'article R. 2194-7 du code précité (et comme cela semble être le cas en Allemagne). Car il ne s'agit évidemment pas de modifier « *l'équilibre économique du marché en faveur du titulaire d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché initial* », mais au contraire de rétablir cet équilibre initial. Ce mécanisme de prix nouveaux temporaires permet de poursuivre au moins pour une période déterminée l'exécution du marché, le temps, le cas échéant, d'organiser la relance d'un nouveau marché.

La voie de l'avenant permet en outre de corriger une autre difficulté, de nature budgétaire, posée par l'imprévision : l'indemnité est en effet payée sur des crédits de fonctionnement, même lorsque les prestations objet du marché sont financées sur des crédits d'investissements, ce qui vient diminuer d'autant un autofinancement déjà grevé par les achats d'énergie (électricité, carburants et fluides) en forte hausse.

Nous souhaitons donc pouvoir engager avec vous un dialogue afin de trouver les voies d'un assouplissement des recommandations de la circulaire du 30 mars, dans un souci d'équilibre garantissant bonne utilisation des deniers publics, continuité des approvisionnements, et juste rémunération des fournisseurs, en s'inspirant des solutions pragmatiques déjà mises en œuvre par de nombreux acheteurs, ou d'autres exemples européens, et permettant aux collectivités d'agir en toute sécurité juridique.

Veillez agréer, Monsieur le Ministre, l'expression de notre considération distinguée.

Johanna ROLLAND
Présidente de
France urbaine

Sébastien MARTIN
Président
d'Intercommunalités de France

Carole DELGA
Présidente de
Régions de France

David LISNARD
Président de l'Association des maires de France
et des présidents d'intercommunalité

François SAUVADET
Président de l'Assemblée des Départements de
France

Copie : Mme Laure BÉDIER, Directrice des Affaires Juridiques