



GOUVERNEMENT

Liberté
Égalité
Fraternité

MARCHÉS PUBLICS

Restauration collective

Guide pratique pour les acheteurs

Adaptation des marchés publics face à des évolutions de prix imprévisibles

CONSEIL NATIONAL
DE LA RESTAURATION
COLLECTIVE

JANVIER 2023

Retrouvez toutes les informations et les outils sur :



<https://ma-cantine.agriculture.gouv.fr/accueil>

Contributeurs et relecteurs du guide :

- Restau'Co et ses adhérents, notamment CNOUS, Economat des Armées, CHU Dijon
- CGF
- Agores
- Ministère de l'Agriculture et de Souveraineté alimentaire, Direction générale de l'alimentation
- Ministère de l'Economie, des Finances et de la Souveraineté industrielle et numérique, Direction des achats de l'État et Direction des affaires juridiques

Table des matières

Introduction	3
Fiche 1 : Se mettre d'accord sur un nouveau prix et faire évoluer le prix d'un contrat établi à prix ferme	4
Fiche 2 : Faire évoluer un marché par l'insertion dans le contrat d'un indice de révision non initialement prévu	10
Fiche 3 : Faire évoluer un marché qui a une clause de révision inadaptée (indices non pertinents, fréquence inadaptée)	13
Fiche 4 : Intégrer une hausse de prix importante entre le moment où l'offre a été remise et le moment où le contrat entre en vigueur	15
Fiche 5 : Faire évoluer un marché face à des augmentations de différents coûts (matière première agricole, énergie, emballage ...)	18
Annexe 1 :	21
La circulaire n°6380/SG, signée par le Directeur du cabinet de la Première Ministre le 29 novembre 2022	21
Annexe 2 :	27
La fiche technique DAJ	27

Introduction

Durant l'année 2022, les prix des denrées alimentaires ont enregistré de fortes hausses, initiées par la reprise économique mondiale post-crise COVID et aggravées par la guerre en Ukraine. Cette hausse des prix des denrées alimentaires résulte d'une inflation du prix des matières premières agricoles qui s'est pérennisée, accompagnée par l'inflation d'autres coûts intermédiaires tels que les emballages, le transport ou l'énergie.

Dans le cadre du Conseil national de la restauration collective (CNRC), plusieurs actions ont été engagées, en concertation avec les acteurs de la filière, visant à éclairer les possibilités et conditions de prise en compte de ces hausses de prix imprévisibles lors de la passation des contrats dans les marchés publics de la restauration collective.

La première réponse a consisté en la publication de la [circulaire n°6335/SG](#), signée le 23 mars 2022 par le Directeur de Cabinet du Premier Ministre, laquelle a été adressée aux secrétaires généraux et aux préfets, afin que leurs services puissent aménager, autant que possible, les conditions d'exécution des contrats en cours liés à la restauration collective (achats de denrées / prestations de services). Par ailleurs, les établissements publics de l'État, les collectivités territoriales et les établissements publics locaux ont été invités à suivre les mêmes recommandations. Une seconde [circulaire](#) plus générale et non sectorielle (n°6338/SG) a été signée par le Premier ministre le 30 mars 2022.

La séance plénière du CNRC le 1^{er} avril 2022, en présence des ministres en charge de l'alimentation et des collectivités territoriales, a acté la mise en place d'un groupe de travail spécifique sur l'application de ces deux circulaires.

Dans le prolongement de l'avis du Conseil d'État du [15 septembre 2022](#), relatif aux possibilités de modification du prix ou des tarifs des contrats de la commande publique et aux conditions d'application de la théorie de l'imprévision, ont été publiées, le 29 septembre 2022, une nouvelle circulaire générale ([n°6374/SG](#)) abrogeant la circulaire n°6338/SG du 30 mars 2022 ainsi qu'une nouvelle circulaire sectorielle Restauration collective ([n°6380/SG](#) en annexe 1) abrogeant la circulaire n°6335/SG du 23 mars 2022.

L'avis du Conseil d'Etat a en outre donné lieu à la rédaction d'une [fiche technique](#) par la Direction des Affaires Juridiques (DAJ) du Ministère de l'Economie, des Finances et de la Souveraineté industrielle et numérique (annexe 2).

Le présent guide pratique a pour but d'outiller et d'accompagner les acheteurs de la restauration collective dans l'adaptation de leurs marchés publics dans ce contexte rappelé supra. Rédigé sous forme de fiches pratiques, il illustre à partir de cas concrets remontés par les acteurs des méthodes pouvant permettre l'adaptation des marchés, et notamment la renégociation des prix. De nouvelles fiches pourraient être intégrées dans de prochaines mises à jour de ce guide.

Fiche 1 : Se mettre d'accord sur un nouveau prix et faire évoluer le prix d'un contrat établi à prix ferme

Pour qui et pourquoi ?

Les fournisseurs : Pour demander et justifier une modification tarifaire sur des produits ayant subi une hausse imprévisible ;

Les acheteurs : Pour valider la demande de révision tarifaire du fournisseur et la justifier auprès des services juridiques, financiers et comptables.

Comment ?

La modification tarifaire souhaitée et demandée par le fournisseur doit correspondre à la hausse imprévisible de prix ou de coût subie et ne pas la dépasser.

La demande de modification tarifaire peut être fondée sur :

- Les factures d'achats des fournisseurs (à présenter aux acheteurs dès invocation de la circonstance imprévisible) ;
- Des indices de prix pertinents, partagés par les fournisseurs et les acheteurs, et qui permettent d'apprécier des variations de prix.

Les évolutions constatées sur le marché national sont une référence pratique pour convenir de la modification envisageable des prix contractuels.

Un référentiel d'indices de prix, réalisé par FranceAgriMer, est à disposition des acheteurs et des fournisseurs pour travailler sur la définition d'un nouveau prix.

Point d'attention : Le référentiel d'indices de prix présente, entre autres, des indices de prix de matières premières agricoles. Il peut donc être nécessaire, dans l'analyse, selon les produits et les indices utilisés, d'avoir des éléments sur la composition du prix global avec le coût matière, le coût énergie, le coût personnel et les autres coûts de production / distribution.

Comment utiliser ce référentiel ?

Disponible sur la plateforme gouvernementale « ma cantine » :

<https://ma-cantine-1.gitbook.io/ma-cantine-egalim/au-moins-50-de-produits-de-qualite-et-durables-dont-20-de-bio/referentiel-indices-de-prix-pour-marches-publics>

Ce référentiel, non exhaustif (mais couvrant néanmoins la majeure partie des produits alimentaires), présente des indicateurs de prix existants et pouvant être utilisés pour la conduite de leurs relations contractuelles.

Ainsi, pour une sélection d'environ 500 références de produits et de familles de produits, trois types d'indicateurs ont été référencés :

1. Des indicateurs de niveau de prix des produits achetés par la restauration collective ;
2. Des indicateurs d'évolution de prix (indices) des catégories de produits achetés par la restauration collective ;
3. Des indicateurs de prix des matières premières agricoles principales entrant dans la composition des produits achetés par la restauration collective.

1. Les indicateurs de niveau de prix des produits achetés par la restauration collective (RNM)

Ces indicateurs sont les cotations officielles produites par le Réseau des Nouvelles des Marchés (RNM), un réseau public associant les services régionaux de l'information statistique et économiques dans les directions régionales de l'agriculture, de l'alimentation et de la forêt et l'établissement public FranceAgriMer. Ils existent **pour une sélection de produits frais bruts et peu transformés et pour une sélection de produits surgelés**. Ces indicateurs ne couvrent pas l'ensemble des denrées alimentaires. Les produits alimentaires transformés frais, les conserves, les produits d'épicerie, les charcuteries et les boissons, notamment ne sont pas cotés par le RNM.

2. Les indicateurs d'évolutions de prix des catégories de produits achetés par la restauration collective (INSEE)

Pour les produits agricoles bruts (fruits, légumes non transformés) ce sont les indices des prix des produits agricoles à la production, dits IPPAP, produits mensuellement et annuellement par l'Institut national de la statistique et des études économiques (Insee).

Pour les autres denrées alimentaires (produits élaborés) et les boissons ce sont les indices des prix à la production et les indices des prix à l'importation dans l'industrie, dits IPPI qui sont également produits par l'Insee

3. Des indicateurs de prix des matières premières agricoles principales entrant dans la composition des produits achetés par la restauration collective (multi-sources)

Selon les produits, les indicateurs référencés sont, des cotations et indices officiels publics produits par FranceAgriMer, des prix produits par le Ministère de l'Agriculture (Agreste), des prix publiés par la Commission européenne. Ils sont complétés le cas échéant par des cotations et indicateurs produits par les interprofessions et la presse spécialisée et considérés comme pertinents pour la production concernée.

Méthode :

- Apprécier une variation de prix d'une denrée :

- Chercher dans le référentiel le produit, ou la famille de produit, qui subit la variation de prix ;
- **S'il y a une cotation RNM référencée comme indicateur de niveau de prix de gros (1)** => la consulter sur le site RNM et prendre la plus récente ou faire une moyenne de l'indice depuis la date de conclusion du dernier tarif à aujourd'hui afin d'avoir une tendance de marché.
- **S'il n'y a pas de cotation RNM référencée comme indicateur de niveau de prix de gros** => consulter les indicateurs d'évolutions de prix des catégories de produits achetés par la restauration collective de l'INSEE (2) qui pourraient approcher ce produit (voir encadré ci-dessous pour télécharger le tableau des indices INSEE) ou les indicateurs de prix de matières premières qui peuvent donner une tendance d'évolution de prix. Comme pour le RNM, prendre l'indice le plus récent ou faire une moyenne de l'indice depuis la date de conclusion du dernier tarif à aujourd'hui afin d'avoir une tendance de marché.

Remarque : les cotations du RNM représentent des prix SPOT qu'il semble pertinent d'utiliser de manière moyennée pour éviter les effets des variations ponctuelles du prix à la différence des indices INSEE IPPI sont des indices qui intègrent des prix de contrats, qu'il semble pertinent d'utiliser de manière sur la

seule base du dernier indice connu. Les indices INSEE IPPAP ne sont pas corrigés des variations saisonnières et sont proches des évolutions des prix SPOT.

- Compléter l'analyse, le cas échéant, de la variation du prix de la denrée avec la prise en compte de l'évolution des autres composantes du coût du produit (emballages, carburants, énergies, etc...) avec des indices INSEE ou des contrats ou factures spécifiques démontrant une hausse des coûts subis par le titulaire.

Pour accéder aux indices de prix de production et d'importation dans l'industrie (IPPI) de l'INSEE =>

1. Aller sur le site <https://www.insee.fr/fr/statistiques/series/108665892>



2. Cliquer sur « Télécharger XLSX » et vous avez accès à un tableau avec tous les indices de prix de productions INSEE, et leur variation depuis 1980.
3. Il vous reste à choisir votre ligne (utiliser les commandes de recherche d'Excel) et les dernières colonnes pour l'année 2022.

Pour accéder aux Indices des prix des produits agricoles à la production (IPPAP) de l'INSEE =>

1. Aller sur le site <https://www.insee.fr/fr/statistiques/series/109144301>



2. Cliquer sur « Télécharger XLSX » et vous avez accès à un tableau avec tous les indices de prix de productions INSEE, et leur variation depuis 1980.
3. Il vous reste à choisir votre ligne (utiliser les commandes de recherche d'Excel) et les dernières colonnes pour l'année 2022.

Exemple (cas réel) :

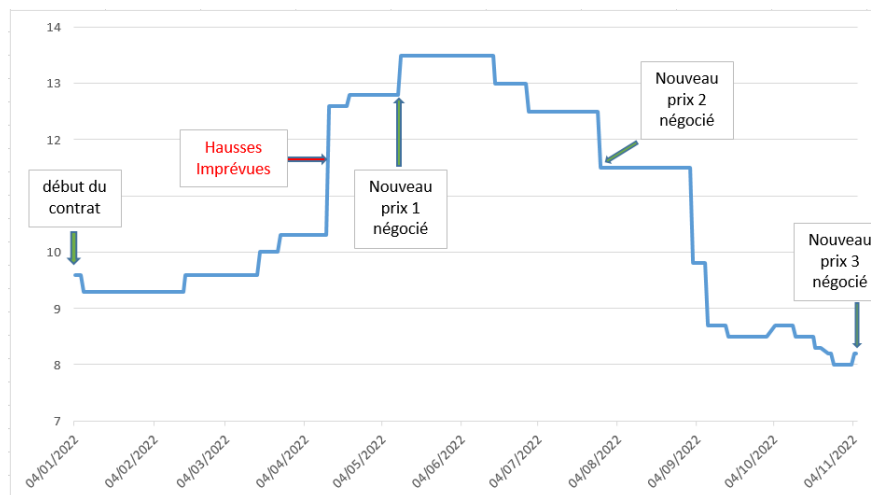
Demande d'un fournisseur pour une hausse de prix du pavé de saumon frais.

Eléments de contexte

- Prix conclus le 01/01/2022 à 15 €/kg ;
- Prix fermes et non attachés à un indice de révision ;
- Demande de hausse de la part du fournisseur au 01/04/2022 pour le passer à 19€/kg avec application des tarifs au 01/05/2022 ;
- Le coût de la matière première (denrée) correspond à 12 € (sur les 15 €) et les 3 € restant correspondent à d'autres coûts de revient du produit (marge comprise) = 3 €

Sur le RNM, le produit exact n'existe pas. Mais il y a un produit approchant : le « **saumon 5/6** », qui correspond bien à la famille de produit impacté et qui peut être représentatif de plusieurs lignes (pavé de saumon, filet de saumon, saumon entier ...). On peut donc fonder l'analyse d'évolution de prix sur cet indicateur.

Voici l'évolution de cet indicateur :



Cours du saumon 5/6 depuis début 2022 sur RNM (<https://rnm.franceagrimer.fr/prix>)

Comme on le voit sur le graphique, la cotation RNM indique 33% d'augmentation entre le 01/01/2022 et le 01/05/22.

Point d'attention : les prix de l'indicateur ne correspondent pas forcément aux prix d'achat des fournisseurs mais donnent une tendance de pourcentage de hausse ou de baisse.

Dans cet exemple (voir tableau ci-dessous), le prix de l'indicateur au 01/01/2022 est de 9.6 €/kg alors que le marché a été conclu à un prix de 15 €/kg.

Le prix de l'indicateur augmente de 33% en 4 mois, il convient d'appliquer ce pourcentage au prix réel du marché même si le prix conclu lors de la passation de marché est supérieur au prix de l'indicateur

Comme cette augmentation était imprévisible, on peut négocier un nouveau prix applicable à partir du 01/05/2022, avec une modification de + 33% du prix initial par le calcul suivant :

- On applique l'évolution de prix donnée par l'indicateur à la partie « denrée », soit :

$$12 \text{ €} * 1.33 = 15.96 \text{ €/kg}$$

- Les 3 €, correspondant aux autres coûts, n'ont pas évolué donc mon nouveau prix est :

$$15.96 \text{ €} + 3 \text{ €} = 18.96 \text{ €/kg}$$

Dans l'exemple si la marge du fournisseur reste identique, il convient en pratique de négocier avec le fournisseur qu'il la réduise afin que l'intégralité de la hausse ne soit pas assumée exclusivement par l'acheteur, seule la perte excédant ce qui pouvait raisonnablement être anticipé lors de la conclusion du contrat étant indemnisable.

Ce nouveau prix peut être acté et validé, au moyen d'un avenant au marché, fondé sur l'article R.2194-5 (ou R.3135-5 en cas de contrat de concession) du code de la commande publique, qui définira la nouvelle grille tarifaire applicable. Cet avenant devra également prévoir la durée de cette modification et les conditions dans lesquelles le prix pourra évoluer à la hausse ou à la baisse en cas d'évolution de la situation. Par ailleurs, l'avenant doit intégrer une clause de révision permettant de modifier les prix (modification de la formule, de l'indice de référence, de la périodicité...). En effet, les marchés publics doivent obligatoirement être à prix révisibles. Dans notre exemple, est prévue une clause de révision au bout de 3 mois.

Par la suite, les cours du « saumon 5/6 » diminuent entre le 01/05/2022 et le 01/08/2022 (le prix de l'indicateur passe de 12.8 €/kg à 11.5 €/kg, cf. tableau ci-dessous). Le prix est donc encore supérieur au prix initial du contrat mais de 20% maintenant et non plus de 33%. On peut donc renégocier le prix sur cette base pour les 3 mois à venir soit :

$$12 \text{ €} * 1.2 = 14.40 + 3 \text{ €} = 17.40 \text{ €/kg}$$

Ce nouveau prix, issu de la négociation 2, peut être acté et validé au moyen d'un avenant au marché, comme lors de la première renégociation.

Au bout de 3 autres mois, le prix de l'indicateur a encore baissé. L'indicateur est donc revenu à la situation d'avant la circonstance imprévue. On revient donc sur le contrat initial, sans ajout d'avenant, et en appliquant le prix initial du contrat (15 €/kg).

	Cours RNM		Prix		
	€/kg	Ecart	Coûts Matières premières	Autres coûts	Prix d'achat
Cours au début contrat 04/01/2022	9,60		12,00	3,00	15,00
Cours début mai / Révision Prix 1	12,80	33%	15,96	3,00	18,96
Cours début août / Révision Prix 2	11,50	20%	14,40	3,00	17,40
Cours début Novembre / Révision Prix 3	8,20	-15%	12,00	3,00	15,00

Point d'attention : Il faut s'entendre sur une fréquence de réexamen des hausses de prix accordées sur le fondement des circonstances imprévues ou de l'imprévision, qui soit acceptable par les 2 parties :

- pas trop fréquente, car la procédure est complexe et chronophage (acheteur) ;
- suffisamment fréquente pour permettre les évolutions de prix du contrat au plus près de la réalité des prix des marchés (fournisseur).

Point d'attention : Si la modification de prix s'effectue dans le cadre de circonstances imprévisibles (article R.2194-5 du code de la commande publique), la modification du prix est limitée à 50% du prix initial du montant total du contrat.

Si ces modifications successives sont liées à une même circonstance imprévisible, alors elles se cumulent et le respect du seuil de 50% s'apprécie toutes modifications confondues. En revanche si ces modifications successives relèvent de circonstances distinctes, le seuil de 50% s'apprécie individuellement, pour chaque modification

Fiche 2 : Faire évoluer un marché par l'insertion dans le contrat d'un indice de révision non initialement prévu

Pour qui et pourquoi ?

Les fournisseurs : Parce que des prix de produits ont augmenté de façon imprévisible ce qui déstabilise l'équilibre financier du contrat et rend nécessaire sa modification pour permettre la continuité de son exécution.

Les acheteurs : Pour permettre la poursuite du contrat, éviter la rupture du contrat et des approvisionnements, maintenir le service public.

Comment ?

Dès lors qu'une circonstance imprévisible est constatée, l'acheteur doit s'assurer que la demande est justifiée :

- est-ce que les produits qui ont eu une forte hausse de prix représentent une part importante de l'économie du contrat ? (fort volume ou prix unitaire élevé ?) ;
- est-ce que le contrat est déstabilisé et justifie la nécessité de la modification du contrat ? ;
- l'acheteur peut demander des factures d'achats du fournisseur pour avérer l'augmentation ;
- l'acheteur peut demander la décomposition du coût du produit (coût denrée et autres coûts – voir **Fiche 1**) ;
- Si la demande concerne de nombreux produits, il est conseillé à l'acheteur de se concentrer sur les principales lignes impactées pour fonder son analyse.

Suite à cette validation, l'acheteur doit s'assurer que la proposition de hausse de prix proposée par le fournisseur est cohérente avec les augmentations constatées sur les principaux indices de prix, répertoriés dans le référentiel d'indices de prix, réalisé par FranceAgriMer, et disponible sur la plateforme gouvernementale « ma cantine » :

<https://ma-cantine-1.gitbook.io/ma-cantine-egalim/au-moins-50-de-produits-de-qualite-et-durables-dont-20-de-bio/referentiel-indices-de-prix-pour-marches-publics>

La **Fiche 1** explique l'utilisation de ce référentiel et la détermination du nouveau prix, qui doit donner lieu à une négociation entre l'acheteur et le fournisseur.

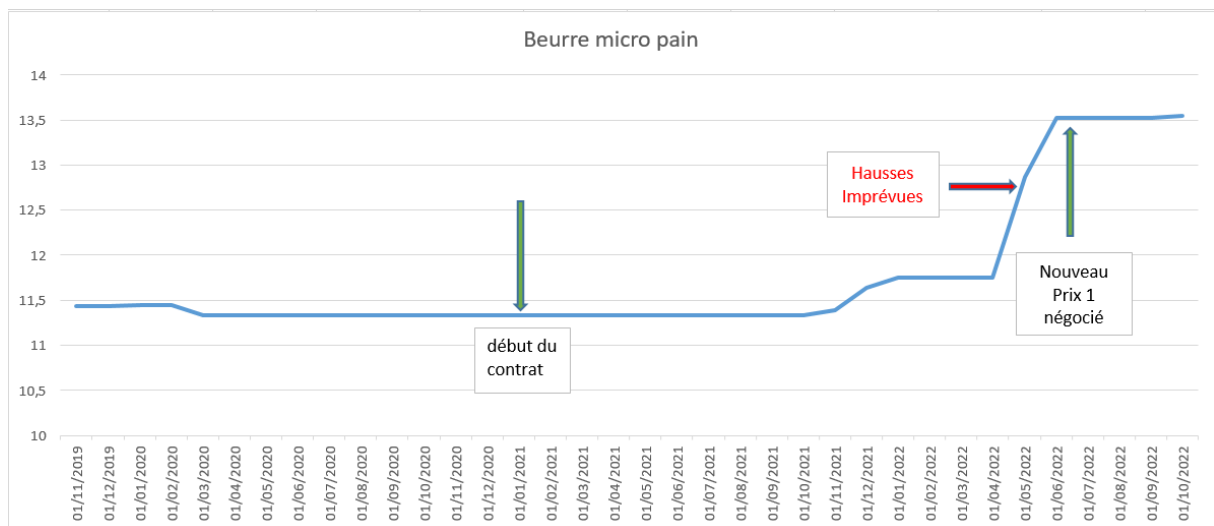
Il convient aussi de déterminer la date d'application de ce nouveau prix et de prévoir une clause de révision tarifaire, pour modifier le prix, à la hausse ou à la baisse, sur la base d'un indice de prix, pertinent et communiqué, et avec une périodicité définie.

Exemple (cas réel) :

Demande d'un fournisseur pour une hausse de prix de beurre micropain dans un marché sans clause de révision.

Éléments de contexte :

- Le marché a été notifié le 01/01/2021 sans clause de révision, car le prix du produit était stable depuis 2 ans.
- En 2022, le produit a subi des hausses imprévues entre avril et juin, et se stabilise au niveau le plus haut à partir de juillet, sans baisse les mois suivants ;
- Prix conclus le 01/01/2021 à 8 €/kg ;
- Demande de modification de prix de la part du fournisseur pour circonstances imprévues ;
- Le fournisseur a communiqué la décomposition tarifaire suivante :
 - o Coût de la matière première (denrée) = 55 % du prix, soit 4.40 €/kg (55% de 8 €/kg)
 - o Autres coûts de revient du produit (marge comprise) = 8-4.40 = 3.60 /kg



Le référentiel d'indicateurs de niveau de prix présente bien une cotation RNM pour ce produit « beurre micro pain ».

Le prix de l'indicateur était à 11,64 €/kg au 04/01/2022 et il est passé à 13,52 €/kg début mai (causes imprévues), ce qui équivaut à une augmentation de 16% (voir tableau ci-dessous).

	Cours RNM		Prix		
	€/kg	Ecart	Coûts Matières premières	Autres coûts	Prix d'achat
Décomposition du prix			55%	45%	100%
Cours au début contrat 04/01/2022	11,64		4,40	3,60	8,00
Cours début mai suite hausses imprévues	13,52	16%	5,10	3,60	8,70

Calcul du nouveau prix (tel que défini dans la **Fiche 1**) avec application de la hausse sur le coût matière première :

$$4.40 * 1.16 = 5.10 + 3.60 = 8.70 \text{ €/kg}$$

L'acheteur rédige un avenant au contrat intégrant :

- le nouveau prix négocié entre les deux parties (8.70 €/kg dans notre exemple)
- le nouveau prix de l'indicateur de référence (13.52 €/kg dans notre exemple)

- pour faire face aux possibles futures fluctuations des coûts, une clause de révision avec l'indicateur de prix pertinent et la périodicité de révision.

L'avenant au marché est fondé sur l'article R.2194-5 (ou R.3135-5 en cas de contrat de concession) du code de la commande publique relatif aux modifications pour circonstances imprévisibles.

Point d'attention : Si la modification de prix s'effectue dans le cadre de circonstances imprévisibles (article R.2194-5 du code de la commande publique), la modification du prix est limitée à 50% du prix initial du montant total du contrat.

Si ces modifications successives sont liées à une même circonstance imprévisible, alors elles se cumulent et le respect du seuil de 50% s'apprécie toutes modifications confondues. En revanche si ces modifications successives relèvent de circonstances distinctes, le seuil de 50% s'apprécie individuellement, pour chaque modification

Fiche 3 : Faire évoluer un marché qui a une clause de révision inadaptée (indices non pertinents, fréquence inadaptée)

Pour qui et pourquoi ?

Les fournisseurs : Parce que des prix de produits ont augmenté de façon imprévisible ce qui déstabilise l'équilibre financier du contrat et rend nécessaire sa modification pour permettre la continuité de son exécution.

Les acheteurs : Pour permettre la poursuite du contrat, éviter la rupture du contrat et des approvisionnements, maintenir le service public.

Comment ?

Comme l'évolution des prix était imprévisible, il est possible de modifier la clause de révision qui s'avère inadaptée, en établissant un avenant au contrat.

L'avenant au marché est fondé sur l'article R.2194-5 (ou R.3135-5 en cas de contrat de concession) du code de la commande publique relatif aux modifications pour circonstances imprévisibles.

Voici des préconisations pour les **fréquences de révision** :

Catégorie	Fréquence de révision
Ultra frais	Trimestre
Frais	Trimestre
Surgelés	Semestre
Epicerie	Semestre

Point d'attention : Il faut s'entendre sur une fréquence de révision acceptable par les 2 parties :

- pas trop fréquente, car la procédure est complexe et chronophage (acheteur) ;
- suffisamment fréquente pour permettre les évolutions de prix du contrat au plus près de la réalité des prix des marchés (fournisseur).

Pour les **indices de révision** : il est conseillé de se référer au référentiel d'indicateurs de prix, réalisé par FranceAgriMer, et disponible sur la plateforme gouvernementale « ma cantine » :

<https://ma-cantine-1.gitbook.io/ma-cantine-egalim/au-moins-50-de-produits-de-qualite-et-durables-dont-20-de-bio/referentiel-indices-de-prix-pour-marches-publics>

La **Fiche 1** explique l'utilisation de ce référentiel.

Si aucun indicateur n'est directement applicable au produit, il convient d'en rechercher un approchant et/ ou représentatif d'une famille (voir l'exemple de la **Fiche 1**). Il est possible aussi de demander conseil au fournisseur et voir quels indicateurs il utilise.

Sinon, il convient de demander les factures d'achats des produits au fournisseur, et de lui faire préciser la décomposition des coûts qui structurent le prix d'achat. Dans ce cas, la transparence du fournisseur est primordiale pour que l'acheteur puisse valider et négocier de nouveaux tarifs.

Point d'attention : Si la modification de prix s'effectue dans le cadre de circonstances imprévisibles (article R.2194-5 du code de la commande publique), la modification du prix est limitée à 50% du prix initial du montant total du contrat.

Si ces modifications successives sont liées à une même circonstance imprévisible, alors elles se cumulent et le respect du seuil de 50% s'apprécie toutes modifications confondues. En revanche si ces modifications successives relèvent de circonstances distinctes, le seuil de 50% s'apprécie individuellement, pour chaque modification

Fiche 4 : Intégrer une hausse de prix importante entre le moment où l'offre a été remise et le moment où le contrat entre en vigueur

Pour qui et pourquoi ?

Il peut advenir qu'une hausse de prix importante intervienne sur un ou plusieurs produits entre le moment où le fournisseur a proposé le(s) prix dans l'offre (date de remise des offres) et le moment où le contrat entre en vigueur.

Les fournisseurs : Parce que des prix de produits ont augmenté de façon imprévue entre le moment où le fournisseur a remis l'offre et le moment où le contrat est notifié. L'équilibre financier est déstabilisé.

Les acheteurs : Pour permettre le démarrage et la pérennité du nouveau contrat, dans un objectif de maintien du service public.

Comment ?

Il est possible de réviser les prix au moment du démarrage du contrat comme stipulé initialement dans les documents contractuels. Pour négocier et valider cette révision, il convient de travailler à partir d'indicateurs de prix. Les principaux indicateurs de prix sont répertoriés dans le référentiel d'indicateurs de prix, réalisé par FranceAgriMer, et disponible sur la plateforme gouvernementale « ma cantine » :

<https://ma-cantine-1.gitbook.io/ma-cantine-egalim/au-moins-50-de-produits-de-qualite-et-durables-dont-20-de-bio/referentiel-indices-de-prix-pour-marches-publics>

La **Fiche 1** explique l'utilisation de ce référentiel permettant l'évaluation de l'évolution d'un ou plusieurs prix.

Dans le cas traité dans cette **Fiche 4**, il convient de regarder l'indicateur de prix, pour le produit en cause, à la date de remise des offres (c'est l'indice de cours initial, sur lequel le fournisseur s'est basé pour remettre son offre) et à la date de notification. Si cet indice a évolué de façon importante, le prix du produit peut être révisé au moment du démarrage du contrat.

Ainsi, un prix peut être révisé avant le démarrage effectif du contrat, avec un préavis raisonnable pour les deux parties.

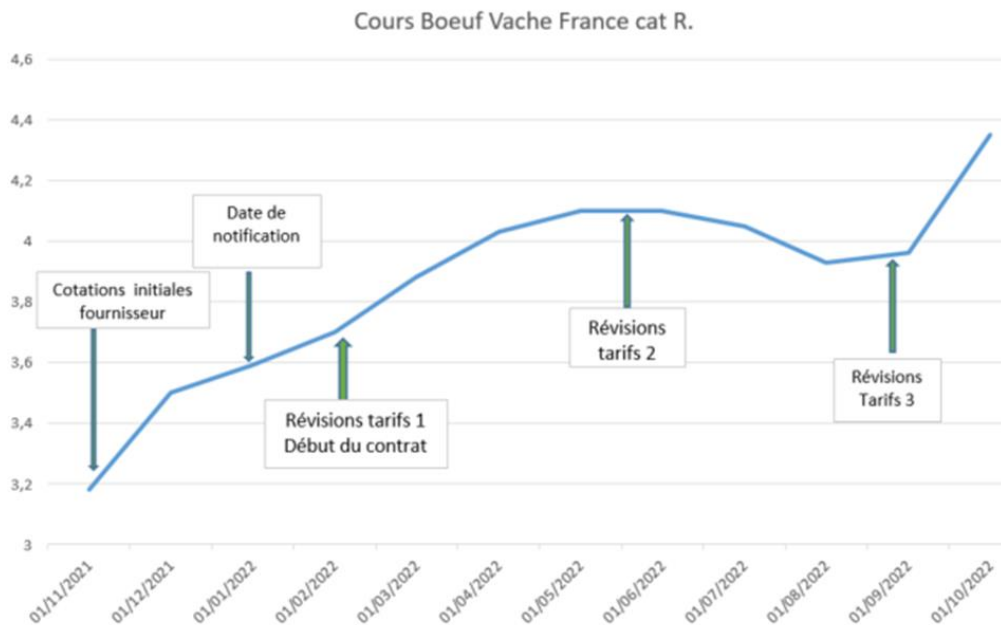
Une autre possibilité est de prévoir, dans son marché, une clause de révision assez proche de la date de démarrage effectif du contrat (un trimestre après la date de démarrage, par exemple), en se basant sur cet indice de prix de référence.

Exemple (cas réel) :

Demande d'un fournisseur pour une hausse de prix sur plusieurs pièces de bœuf.

Éléments de contexte

- Clause de révision prévue dans les pièces du marché avec :
 - o Indicateur de prix de révision indiqué = cotation RNM « BOEUF vache (quartier avant) France cat. R (le kg) »
 - o Fréquence de révision : tous les 3 mois, avec un mois de latence pour appliquer le nouveau tarif
- Prix initial proposé par le fournisseur lors de la remise des offres en date du 01/11/2021 : 7 €/kg
- Le coût de la matière première représente 60% du prix d'achat. On peut décomposer le prix de 7€/kg : 60% coût matière première = 4.2 €/kg et 40% autres coûts = 2.8 €
- Date de notification : 01/01/2022
- Date de début de contrat : 01/02/2022
- 3 révisions de tarifs : 1 au début du contrat et 2 autres aux échéances trimestrielles



La cotation RNM retenue comme indicateur de prix augmente de 16.4 % entre le 01/11/2021 (date remise des offres) et le 01/02/2022 (date de début de contrat). Voir tableau ci-dessous.

Pour rechercher le nouveau prix, on applique ce % d'augmentation au coût matière première du produit, et on ajoute les autres coûts sans appliquer d'augmentation, soit

$$4.2 * 1.164 = 4.89 + 2.8 = 7.69 \text{ €/kg}$$

Ce nouveau prix peut être acté et validé, au moyen d'un avenant au marché en intégrant une clause revoyure trimestrielle. Il y aura une révision de prix à chaque échéance trimestrielle (révision prix 2 et 3) en suivant l'évolution des indices RNM du produit. (voir les prix dans le tableau ci-dessous).

		Indices RNM		Prix				
		€/kg	Ecart vs cotations initiales	Coûts Matières premières (60% du prix)	Evolution coûts matière première	Autres coûts (40% du prix)	Prix d'achat total	Evolution prix final vs prix initial
01/11/2021	Cotations initiales Fournisseur	3,18		4,20		2,80	7,00	
01/01/2022	Notifications du contrat	3,59	12,9%					
01/02/2022	Début du contrat / Révisions de prix 1	3,70	16,4%	4,89	16,4%	2,80	7,69	10%
01/06/2022	Révision prix 2	4,10	28,9%	5,41	28,9%	2,80	8,21	17%
01/09/2022	Révision prix 3	3,96	24,5%	5,23	24,5%	2,80	8,03	15%

Point d'attention : Si la modification de prix s'effectue dans le cadre de circonstances imprévisibles (article R.2194-5 du code de la commande publique), la modification du prix est limitée à 50% du prix initial du montant total du contrat.

Si ces modifications successives sont liées à une même circonstance imprévisible, alors elles se cumulent et le respect du seuil de 50% s'apprécie toutes modifications confondues. En revanche si ces modifications successives relèvent de circonstances distinctes, le seuil de 50% s'apprécie individuellement, pour chaque modification

Fiche 5 : Faire évoluer un marché face à des augmentations de différents coûts (matière première agricole, énergie, emballage ...)

Pour qui et pourquoi ?

Différents coûts composent un produit alimentaire (matière première agricole, énergie pour le stockage, packaging, main d'œuvre nécessaire aux différentes étapes de transformation et/ou distribution, etc...). Tous ces coûts sont susceptibles de subir des fluctuations qui peuvent engendrer une augmentation du prix final. Les cotations RNM prennent en compte les différents coûts du produits (et donc leur variation), mais pour des produits qui ne seraient pas cotés au RNM, il convient d'analyser les différents centres de coûts.

Les fournisseurs : Parce que les coûts composants le coût global du produit, et donc son prix, ont augmenté de façon imprévisible, ce qui déstabilise l'équilibre financier du contrat.

Les acheteurs : Pour permettre la poursuite du contrat, éviter la rupture du contrat et des approvisionnements, maintenir le service public.

Comment ? Exemple (cas réel) :

Demande d'un fournisseur pour une hausse de prix sur des carottes 4^{ème} gamme.

Eléments de contexte

- Le fournisseur a proposé un prix, dans le cadre de son offre finale en décembre 2021, à 1.16 €/kg
- L'acheteur a notifié le marché en décembre 2021
- Au cours de l'année 2022, les prix de la matière première, de l'énergie et du packaging ont augmenté.

Pour pouvoir travailler sur le prix du produit « final », il est nécessaire d'en connaître sa décomposition sur les différents postes de coût et leur pondération.

Pour ce produit, « carotte 4^{ème} gamme », négocié à 1.16 €/kg, voici la décomposition :

Centre de coût	Décomposition du prix en %	Décomposition du prix en €	Produit fini
Matière première	65 %	0.75	1.16 €
Energie	5 %	0.06	
Packaging	2 %	0.02	
Main d'œuvre	13 %	0.15	
Autres charges	5 %	0.06	
Marge	10 %	0.12	

En 2022, trois centres de coûts ont évolué : la matière première, l'énergie et le packaging. Il convient de travailler composante par composante et d'analyser pour chacune le % de hausse, en se basant sur des indices pertinents, pour chacune.

Dans cet exemple, comme il n'y a pas d'indicateur RNM existant pour les « carottes 4^{ème} gamme », on retiendra en indice pour la matière première, l'indice INSEE « prix agricoles à la production (IPPAP) - Carotte » ; pour l'énergie, l'indice INSEE « Production agricole (IPAMPA) – Electricité » ; pour le packaging, l'indice INSEE « Production agricole (IPAMPA) – Films plastique et filets pour culture ».

Voici l'évolution des indices de prix retenus :

Libellé	Source	Offre initiale Fr et notification			Début du contrat		Réactualisation Prix 1		Réactualisation Prix 2	
		nov-21	déc-21	janv-22	avr-22		juil-22			
		Indices	Indices	Indices	Indices	Evolution vs dec 21	Indices	Evolution vs Avr 22		
Matière Première	Indice mensuel des prix agricoles à la production (IPPAP) - Carotte	INSEE	107,70	99,30	101,00	126,10	27%	130,10	3%	
Energie	Production agricole (IPAMPA) – Electricité	INSEE	120,50	120,20	121,20	126,70	5%	128,40	1%	
Packaging	Production agricole (IPAMPA) – Films plastique et filets pour culture	INSEE	115,40	117,00	122,70	126,60	8%	128,70	2%	

Lors de la demande de révision en avril 2022, les % de hausses sont appliqués à chaque composante pour définir un nouveau prix avec le calcul suivant :

$$0.75 * 1.27 + 0.06 * 1.05 + 0.02 * 1.08 + 0.15 + 0.06 + 0.12 = 1.37 \text{ €/kg}$$

On peut donc renégocier le nouveau prix et prévoir une autre révision en juillet (clause intégrée initialement dans le contrat ou clause de revoyure intégrée dans l'avenant).

On renouvèlera la méthode en juillet et on obtiendra un nouveau prix de 1.40 €/kg (voir tableau ci-dessous).

Différents centre de cout du produit	Cours	Valeur en €	déc-21	janv-22	avr-22	juil-22
Matière 1ère	Voir évolution cours	0,750	0,750	0,750	0,952	0,983
Energie	Voir évolution cours	0,060	0,060	0,060	0,063	0,064
Packaging	Voir évolution cours	0,020	0,020	0,020	0,022	0,022
Main d'œuvre	Stable	0,150	0,150	0,150	0,150	0,150
Autres Charges	Stable	0,060	0,060	0,060	0,060	0,060
Marge	Stable	0,120	0,120	0,120	0,120	0,120
Prix d'Achat Négocié		1,16	1,16	1,16	1,37	1,40

Dans l'exemple si la marge du fournisseur reste identique, il convient en pratique de négocier avec le fournisseur qu'il la réduise afin que l'intégralité de la hausse ne soit pas assumée exclusivement par l'acheteur, seule la perte excédant ce qui pouvait raisonnablement être anticipé lors de la conclusion du contrat étant indemnisable.

Il convient de prévoir une révision tarifaire régulière (trimestre/semestre par exemple) afin de répercuter les fluctuations des indices à la hausse ou à la baisse.

La hausse fait l'objet d'un avenant au marché, fondé sur l'article R.2194-5 (ou R.3135-5 en cas de contrat de concession) du code de la commande publique relatif aux modifications pour circonstances imprévisibles.

Point d'attention : Si la modification de prix s'effectue dans le cadre de circonstances imprévisibles (article R.2194-5 du code de la commande publique), la modification du prix est limitée à 50% du prix initial du montant total du contrat.

Si ces modifications successives sont liées à une même circonstance imprévisible, alors elles se cumulent et le respect du seuil de 50% s'apprécie toutes modifications confondues. En revanche si ces modifications successives relèvent de circonstances distinctes, le seuil de 50% s'apprécie individuellement, pour chaque modification

Annexe 1 :

**La circulaire n°6380/SG, signée par le
Directeur du cabinet de la Première
Ministre le 29 novembre 2022**



**PREMIÈRE
MINISTRE**

*Liberté
Égalité
Fraternité*

Le Directeur du cabinet

Paris, le 30 novembre 2022

à

Mesdames et Messieurs les directeurs de cabinet
des membres du Gouvernement
Mesdames et Messieurs les secrétaires généraux
Mesdames et Messieurs les préfets

Référence	n° 6380/SG
Date de signature	29 novembre 2022
Emetteur	PRM – Premier ministre
Objet	Prise en compte de l'évolution des prix des denrées alimentaires dans les marchés publics de restauration
Commande	(i) Aménager les conditions d'exécution des contrats en cours (ii) Adapter les futurs marchés publics de fourniture de denrées alimentaires et de restauration collective à l'évolution du contexte économique
Action(s) à réaliser	Mise en œuvre de ces recommandations par les services placés sous votre responsabilité et par leur délégataires
Echéance	Effet immédiat
Contact utile	DAE, DGAL
Nombre de pages et annexe	5 pages – 0 annexe

Les producteurs, les fournisseurs, les grossistes et les opérateurs de la restauration collective font face depuis plusieurs mois à une flambée des prix des matières premières, des matériaux, des emballages, des transports et de l'énergie. Cette flambée des prix, qui a été notamment amplifiée par la situation en Ukraine, a des impacts visibles pour les fournisseurs sur le coût des matières premières agricoles et agroalimentaires, voire sur la disponibilité ponctuelle de certains approvisionnements. Cette situation est de nature à freiner la bonne la mise en œuvre des réformes dans ce secteur, introduites par les lois n° 2018-938 du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous dite «EGAlim » et n°2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets, dite loi « Climat et résilience ».

.../...

Afin d'assurer la poursuite de l'exécution des marchés publics ou des contrats de concession touchés par ces difficultés et éviter le risque de défaillance de leurs titulaires et de rupture d'approvisionnement, vous demanderez à vos services de veiller à aménager les conditions d'exécution des contrats en cours (I).

Par ailleurs, afin d'assurer une juste rémunération de l'ensemble des acteurs de la filière, vous demanderez à vos services de prendre les dispositions nécessaires pour adapter leurs futurs contrats de fourniture de denrées alimentaires et de restauration collective au contexte économique marqué par des fluctuations significatives des prix, y compris le cas échéant à des fréquences infra-annuelles (II).

Lorsque la restauration collective est déléguée par vos services à une association, une fondation, un cercle ou à un prestataire privé intervenant comme intermédiaire des fournisseurs de ce secteur, vous veillerez à ce que ceux-ci prennent aussi les dispositions nécessaires pour adapter leurs achats aux orientations de la présente circulaire. Les établissements publics de l'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics locaux sont invités à suivre les mêmes recommandations. En effet, l'ensemble des décideurs publics doit être mobilisé pour participer à cette démarche de soutien aux acteurs de la filière.

La présent circulaire complète la circulaire n°6374/SG du 29 septembre 2022 qui tire elle-même les conséquences de l'avis du Conseil d'Etat du 15 septembre 2022 autorisant, sous certaines conditions, la modification des conditions financières des contrats en cours.

Elle abroge la circulaire n° 6335-SG du 23 mars 2022 sur la prise en compte de l'évolution des prix des denrées alimentaires dans les marchés publics de restauration.

1. Modalités de prise en compte de ces difficultés dans les marchés en cours d'exécution

1.1 La renonciation aux sanctions contractuelles

Cf. circulaire n°6374/SG du 29 septembre 2022 relative à l'exécution des contrats de la commande publique dans le contexte actuel de hausse des prix de certaines matières premières et abrogeant la circulaire n° 6338/SG du 30 mars 2022¹.

1.2 La modification des spécifications techniques, des conditions d'exécution, des clauses financières ou de la durée du marché

Pour faire face au contexte de pénuries ou de fluctuations sans précédent du prix de certains produits alimentaires et afin d'éviter que les entreprises ou l'administration supportent des surcoûts anormaux, il est possible de recourir à une modification des contrats dans les conditions prévues par les dispositions du code de la commande publique.

La modification envisagée peut ainsi concerner les spécifications techniques et les conditions d'exécution, par exemple en convenant de substituer d'autres produits alimentaires à ceux initialement prévus ou en aménageant d'autres conditions d'exécution des prestations, aussi bien temporairement que jusqu'au terme du contrat.

Mais elle peut aussi porter sur la durée du marché ou bien sur les seules clauses financières du contrat, dans les conditions rappelées par la circulaire n° 6374/SG du 29 septembre 2022.

¹ https://www.legifrance.gouv.fr/circulaire/id/45371?dateSignature=29%2F09%2F2022&init=true&page=1&query=&searchField=ALL&tab_selection=circ

Les conditions économiques actuelles peuvent ainsi justifier une renégociation des prix ou des autres clauses financières en application de l'article R. 2194-5 ou de l'article R. 3135-5 du code de la commande publique, qui autorise une modification du marché lorsque cette modification est rendue nécessaire par des circonstances qui ne pouvaient pas être prévues.

En situation de hausse imprévisible des coûts, une telle modification n'est possible que si l'augmentation des dépenses exposées par l'opérateur économique ou la diminution de ses recettes imputables à ces circonstances ont dépassé les limites ayant pu raisonnablement être envisagées par les parties lors de la passation du contrat. En revanche, elle ne peut avoir pour effet d'assurer au cocontractant la couverture des risques dont il a tenu ou aurait dû tenir compte dans ses prévisions initiales.

Le montant de la compensation est négocié entre les parties dans la limite de ce qui est nécessaire pour permettre à l'entreprise titulaire de poursuivre l'exécution du contrat dans le respect de l'exigence constitutionnelle de bon emploi des deniers publics et du principe général interdisant aux personnes publiques de consentir des libéralités. Cette négociation doit être menée dans les conditions prévues par la circulaire du 29 septembre 2022 précitée.

Par ailleurs, il est toujours possible, pour remédier à des difficultés dans l'exécution du contrat, de procéder à une modification de faible montant des clauses financières sur le fondement de l'article R. 2194-8 ou de l'article R. 3135-8 du code de la commande publique.

La modification des clauses financières ou de la durée du contrat peut être cumulée avec une indemnisation fondée sur la théorie de l'imprévision. Le versement au titulaire d'une indemnité d'imprévision peut ainsi être envisagé si la modification du contrat n'a pas permis de compenser le préjudice d'imprévision subi par le titulaire.

1.3 Respecter les délais de paiement

Par ailleurs, je rappelle qu'il est essentiel que les acheteurs honorent dans les meilleurs délais les factures de leurs co-contractants. Vos services devront être particulièrement vigilants à respecter le délai maximum de paiement fixé par le code de la commande publique et, en cas de retard, à verser les intérêts moratoires dus au titulaire sans que celui-ci ait besoin de les réclamer.

2. Points d'attention sur la rédaction des futurs marchés

2.1. Prévoir des clauses de révision des prix adaptées

En vertu de l'article R. 2112-13 du code de la commande publique, les marchés publics portant sur l'acquisition de matières premières agricoles et alimentaires sont obligatoirement conclus à prix révisibles. Cette disposition est applicable à tous les acheteurs soumis au code : l'Etat et ses établissements publics, les collectivités locales, leurs groupements et leurs établissements publics mais aussi les pouvoirs adjudicateurs de droit privé.

L'article R. 2112-14 précise en outre que, pour les marchés de plus de trois mois qui nécessitent une part importante de fournitures dont le prix est directement affecté par les fluctuations de cours mondiaux, la clause de révision de prix inclut au moins une référence aux indices officiels de fixation de ces cours.

La difficulté des marchés publics de fournitures de produits alimentaires tient en effet à ce qu'ils sont par nature exposés à des fluctuations aléatoires liées aux saisons et à des problématiques de disponibilité des ressources (météorologie, rendements, mondialisation de certains facteurs de détermination des coûts, de l'offre et de la demande, etc.). Or un marché à prix ferme ne permet pas de prendre en compte les aléas auxquels ce secteur est exposé et qui sont particulièrement forts depuis le second semestre 2020.

Les acheteurs doivent donc insérer dans leurs marchés des clauses de prix révisibles, soit sur la base des prix réellement constatés sur les marchés (cotations RNM, cours ou mercuriales), soit sur la base d'une formule de révision, soit en combinant ces deux modalités.

Lorsqu'ils existent, l'acheteur devra privilégier les indices/index/mercuriales sectoriels ou interprofessionnels applicables aux produits concernés. Il est recommandé dans ce cadre de prendre en compte les cotations publiées par le réseau des nouvelles des marchés (RNM) qui propose un regroupement de références de prix de denrées alimentaires adapté aux services de la restauration collective. Les indices INSEE de prix à la production ou à l'importation ne devront être utilisés que lorsque la référence directe aux produits n'est pas possible, étant précisé que les indices de prix à la consommation, ne sont pas adaptés aux fournitures dans le cadre de marchés publics². Un référentiel d'indices de prix est mis à disposition sur la plateforme gouvernementale « ma cantine »³.

Il importe également d'adapter la périodicité de la révision de prix aux cycles de variation de ces coûts, qui diffèrent notamment selon les modes d'organisation des prestations de restauration, ainsi que les caractéristiques et la saisonnalité des denrées alimentaires utilisées.

Par ailleurs, afin que les clauses de révision de prix puissent refléter fidèlement les variations des coûts réellement subies, à la hausse comme à la baisse, vos services éviteront de prévoir des termes fixes au sein des formules de révision, ainsi que de faire coexister des clauses butoirs avec les clauses de variation des prix compte tenu de la variabilité intrinsèque aux prix de ces produits. Le recours à ces mécanismes risque de neutraliser les variations de prix, tant à la baisse qu'à la hausse, ne permettant pas une exécution équitable du marché entre les parties, et obérant l'atteinte des objectifs de la loi « EGAlim ».

2.2. Anticiper la dégradation des conditions d'exécution des contrats

Vos services veilleront également à prévoir des clauses de réexamen afin de compenser les fortes variations de prix des matières premières que les clauses de révision de prix ne permettraient pas de couvrir.

L'article R. 2194-1 ou l'article R. 3135-1 du code de la commande publique permet en effet de modifier un contrat en cours d'exécution lorsque le champ d'application des modifications envisagées, leur nature et les modalités de leur mise en œuvre ont été précisées dans le contrat initial.

Le contrat peut ainsi prévoir une éventuelle modification de sa clause de variation de prix en cas de survenance de certains événements qui pourraient altérer, en cours d'exécution, son équilibre financier. Les conditions de sa mise en œuvre et les modalités de modification du prix doivent néanmoins être suffisamment précisées dans le contrat initial, car elles constituent des éléments susceptibles d'influer sur les offres des candidats et par conséquent sur les conditions initiales de mise en concurrence.

2.3. Favoriser un approvisionnement durable et de qualité

Le Plan national des achats durables (PNAD) 2022-2025, publié le 15 mars dernier, pose 2 objectifs ambitieux : 100 % de contrats de la commande publique avec des considérations environnementales et 30 % avec des considérations sociales. Pour les atteindre, un grand nombre de leviers sont mobilisés : formation, conseil territorial, mise à disposition d'outils.

² Les acheteurs pourront utilement se référer à la fiche sur l'indexation des prix dans les marchés publics d'achats de denrées alimentaires de la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie, des finances et de la relance.

³ <https://ma-cantine-1.gitbook.io/ma-cantine-egalim/au-moins-50-de-produits-de-qualite-et-durables-dont-20-de-bio/referentiel-indices-de-prix-pour-marches-publics>

Le Gouvernement souhaite par ailleurs fixer des orientations, des leviers et une organisation permettant d'optimiser la politique d'achat public en termes d'impact économique et en particulier s'agissant du soutien aux filières productives, ainsi qu'en matière de sécurité d'approvisionnement et de résilience.

S'agissant de l'approvisionnement de la restauration collective et pour atteindre l'objectif d'au moins 50% de produits durables et de qualité dont au moins 20% de bio⁴ fixé par la loi « EGAlim », les acheteurs publics peuvent s'appuyer sur les guides d'achat élaborés dans le cadre du Conseil national de la restauration collective (CNRC), qu'ils fonctionnent en gestion directe ou concédée.

Par ailleurs, dès lors qu'ils proposent habituellement un choix multiple de menus, les gestionnaires, publics et privés, des services de restauration collective de l'Etat, de ses établissements publics et des entreprises publiques nationales sont tenus de proposer quotidiennement le choix d'un menu végétarien. L'objectif de ces outils, accessibles sur la plateforme gouvernementale « macantine »⁵, est de fournir à tous les acheteurs publics un appui méthodologique dans leurs pratiques d'achat, ainsi que de nombreuses informations sur les produits, les filières, les contacts à prendre, les modalités d'achat des produits et les possibilités offertes par la réglementation pour améliorer leurs pratiques.

En outre, la plateforme « ma-cantine » est également mobilisée pour la mise en œuvre de l'expérimentation de menus végétariens quotidiens dans les services de restauration collective gérés par les collectivités territoriales, prévue par l'article 252 de la loi portant lutte contre le dérèglement climatique et le renforcement de la résilience face à ses effets, codifiée aux articles L. 230-5-6 du code rural et de la pêche maritime. L'expérimentation a débuté à la date de publication de la loi, soit le 24 août 2021 pour une durée de deux ans. « Ma-cantine » permet le recensement des collectivités engagées et la remontée des données relatives à cette expérimentation.

En cas de difficultés particulières dans la mise en œuvre de ces préconisations, les parties pourront faire appel au médiateur des entreprises afin de trouver des solutions rapides et opérationnelles.



Aurélien ROUSSEAU

4 Pour rappel, la loi Climat et Résilience a étendu cette obligation aux restaurants collectifs privés, comme les restaurants d'entreprises, au 1^{er} janvier 2024.

5 <https://ma-cantine-1.gitbook.io/ma-cantine-egalim/au-moins-50-de-produits-de-qualite-et-durables-dont-20-de-bio/untitled-1>

Annexe 2 :

La fiche technique DAJ

Possibilités offertes par le droit de la commande publique de modifier les conditions financières et la durée des contrats de la commande publique pour faire face à des circonstances imprévisibles et articulation avec l'indemnité d'imprévision



Fiche technique

Possibilités offertes par le droit de la commande publique de modifier les conditions financières et la durée des contrats de la commande publique pour faire face à des circonstances imprévisibles et articulation avec l'indemnité d'imprévision

SOMMAIRE

1. Les parties peuvent convenir, pour faire face à une circonstance imprévisible, d'une modification des conditions financières ou de la durée des contrats de la commande publique dans les hypothèses, conditions et limites prévues par le droit de la commande publique.....	3
1.1. Les modifications pour circonstances imprévisibles sur le fondement des articles R. 2194-5 et R. 3135-5 du code de la commande publique	3
1.1.1. La modification doit être justifiée par des circonstances imprévisibles dont les conséquences onéreuses excèdent ce qui pouvait être raisonnablement prévu par les parties	4
1.1.2. La modification doit être limitée à ce qui est nécessaire pour faire face aux circonstances imprévisibles.....	5
1.1.3. Le montant de la modification pour circonstances imprévisibles ne peut excéder 50 % de la valeur du contrat initial pour les contrats passés par les pouvoirs adjudicateurs.....	10
1.2. Les modifications de faible montant sur le fondement des articles R. 2194-8 et R. 3135-8	12
1.3. Les modifications non substantielles sur le fondement des articles R. 2194-7 et R. 3135-7 du code de la commande publique	14
2. L'indemnisation sur le fondement de la théorie de l'imprévision constitue un droit pour le titulaire et peut se combiner avec une modification du contrat si cette dernière n'a pas été de nature à résorber la totalité du préjudice d'imprévision subi par le titulaire.....	15
2.1. Sur l'articulation entre les possibilités de modifications du contrat et le droit à indemnité d'imprévision.....	15

2.2. Sur la mise en œuvre de la théorie de l'imprévision selon la catégorie de contrats et la forme des prix	17
2.2.1. S'agissant des modalités d'appréciation du bouleversement de l'économie du contrat selon qu'il s'agit d'une concession ou d'un marché	17
2.2.2. S'agissant des modalités d'appréciation du bouleversement de l'économie du contrat selon la forme des prix stipulés	18
2.3. Sur la nature juridique de l'acte accordant une indemnité d'imprévision	18
2.4. Sur l'inscription de l'indemnité d'imprévision dans le décompte général du marché	19

La très forte hausse des prix et composants et les difficultés d'approvisionnement pour certaines matières premières, consécutives notamment à la relance économique après la crise du covid-19 puis à la guerre en Ukraine, ont entraîné un renchérissement important des coûts de production, ce qui a engendré des difficultés d'exécution des contrats de la commande publique, au regard notamment de leurs clauses financières.

Dans ce contexte, et alors que, d'une part, ni les directives européennes de 2014 relatives aux marchés publics et aux contrats de concession, ni leur transposition puis leur codification en droit interne n'ont précisé le champ des modifications rendues possibles en cas de circonstances imprévisibles, et que, d'autre part, aucune jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) ou du Conseil d'État n'a été rendue sur ce point depuis l'entrée en vigueur de ces textes, le Gouvernement a interrogé le Conseil d'État sur les possibilités offertes par le droit de la commande publique pour modifier les conditions financières et la durée des contrats de la commande publique pour faire face à des circonstances imprévisibles, ainsi que leur articulation avec la théorie de l'imprévision.

Dans son [avis d'Assemblée générale du 15 septembre 2022](#), le Conseil d'État admet que les parties à un contrat de la commande publique puissent, dans certaines conditions et limites, procéder à une modification des clauses financières pour faire face à des circonstances imprévisibles (1) et rappelle que le cocontractant a également droit à une indemnité sur le fondement de la théorie de l'imprévision (2).

1. Les parties peuvent convenir, pour faire face à une circonstance imprévisible, d'une modification des conditions financières ou de la durée des contrats de la commande publique dans les hypothèses, conditions et limites prévues par le droit de la commande publique

Le Conseil d'État a précisé que si le prix contractualisé ne peut, en principe, être modifié, ce principe n'est pas absolu et connaît des exceptions.

Outre l'application d'une éventuelle clause de réexamen prévue dans le contrat en application de l'article R. 2194-1 ou R. 3135-1, le code de la commande publique offre deux possibilités de modification des contrats sans nouvelle procédure de mise en concurrence pour faire face à des circonstances imprévisibles : les modifications pour circonstances imprévisibles et les modifications de faible montant.

Ces hypothèses de modification des contrats dans les conditions prévues aux 3° et 6° des articles L. 2194-1 ou L. 3135-1 et suivants du code de la commande publique s'appliquent à tous les contrats de la commande publique, y compris ceux dont le montant est inférieur aux seuils européens¹.

Il convient de rappeler que la modification des contrats en cours, qu'elle soit apportée par voie conventionnelle ou, lorsqu'il s'agit d'un contrat administratif, par l'autorité contractante unilatéralement, n'est qu'une faculté pour les parties². En effet, sauf stipulation contractuelle en ce sens, il n'existe pas de droit pour le titulaire à la modification du contrat, même si les conditions prévues par le droit de la commande publique pour permettre une modification sont remplies, a fortiori pour maintenir ou rétablir l'équilibre économique initial du contrat³.

1.1. Les modifications pour circonstances imprévisibles sur le fondement des articles R. 2194-5 et R. 3135-5 du code de la commande publique

Dans son avis du 15 septembre 2022, le Conseil d'État considère que ces dispositions autorisent une modification d'un contrat de la commande publique (dite modification « sèche » du prix ou des tarifs) ne portant que sur le prix, les tarifs, les conditions d'évolution des prix ou les autres clauses financières, sans que cette modification soit

¹ À l'exclusion de ceux relevant du livre V de la deuxième partie ou du livre II de la troisième partie du code, intitulés « autres » marchés publics ou « autres » contrats de concession.

² Point 8 de l'avis du Conseil d'État en date du 15 septembre 2022.

³ Sauf dans l'hypothèse d'un contrat administratif dans lequel l'autorité contractante a unilatéralement imposé une modification affectant substantiellement l'équilibre économique du contrat au détriment du titulaire (4° de l'article L. 6 du CCP).

liée à une modification des caractéristiques et des conditions d'exécution des prestations, lorsqu'elle est rendue nécessaire par des circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir, dans le but de compenser les surcoûts imprévisibles supportés par le cocontractant⁴.

Cette modification « sèche » des conditions financières peut notamment consister à modifier les prix d'un contrat, qu'ils soient forfaitaires ou unitaires, ou modifier les clauses de réexamen et notamment de révision des prix convenues initialement au contrat si leur application ne suffit pas à opérer la compensation voulue, ou intégrer une telle clause si elle n'était pas prévue initialement.

Une modification pour circonstances imprévisibles peut être envisagée par les parties sur le fondement de l'article R. 2194-5 ou R. 3135-5, alors même qu'elle serait substantielle au sens de l'article R. 2194-7 ou R. 3135-7⁵, lorsque les conditions suivantes sont remplies :

1.1.1. La modification doit être justifiée par des circonstances imprévisibles dont les conséquences onéreuses excèdent ce qui pouvait être raisonnablement prévu par les parties

Selon le Conseil d'État, « des événements ainsi que leurs conséquences financières qui pouvaient raisonnablement être prévus par les parties au moment de contracter »⁶ ne sauraient justifier la modification du contrat sur ce fondement. Le Conseil d'Etat précise également que « ces dispositions n'ont pas pour objet et ne peuvent avoir pour effet d'assurer au cocontractant la couverture des risques dont il a tenu compte ou aurait dû tenir compte dans ses prévisions initiales et qu'il doit en conséquence supporter. Par suite, la modification du contrat sur le fondement de ces dispositions n'est possible que si l'augmentation des dépenses exposées par l'opérateur économique ou la diminution de ses recettes imputables à ces circonstances nouvelles ont dépassé les limites ayant pu raisonnablement être envisagées par les parties lors de la passation du contrat »⁷.

La modification sur ce fondement suppose ainsi la survenance d'une circonstance imprévisible pour les parties dans son principe et/ou dans son ampleur au moment où le contrat a été passé.

⁴ Points 4 à 6 de l'avis du Conseil d'Etat en date du 15 septembre 2022.

⁵ Point 15 de l'avis.

⁶ Point 9 de l'avis.

⁷ Point 9 de l'avis.

Les parties ne doivent pas avoir contribué, en tout ou partie, à la survenance de l'évènement ou à l'aggravation de ses conséquences.

La modification envisagée doit par ailleurs être nécessaire pour permettre la poursuite de l'exécution du contrat.

1.1.2. La modification doit être limitée à ce qui est nécessaire pour faire face aux circonstances imprévisibles

Selon le Conseil d'État, « *les modifications apportées au contrat (...) doivent être directement imputables aux circonstances imprévisibles et ne peuvent excéder ce qui est nécessaire pour y répondre* »⁸. Il précise que ces dispositions doivent être interprétées en ce sens que « *les modifications envisagées doivent être strictement limitées, tant dans leur champ d'application que dans leur durée, à ce qui est rendu nécessaire par les circonstances imprévisibles pour assurer la continuité du service public et la satisfaction des besoins de la personne publique* »⁹.

La modification envisagée doit ainsi être nécessaire et proportionnée dans son principe, dans son montant comme dans sa durée pour faire face à la circonstance imprévisible. Le caractère nécessaire de la modification suppose de démontrer que la modification ne peut être envisagée par les parties, dans son montant comme dans sa durée, que si elle a pour objet de compenser les surcoûts importants supportés ou à supporter par le titulaire en lien direct et certain avec des difficultés techniques ou économiques d'exécution du contrat. Le montant ou la valeur de cette modification à titre de compensation ne doit pas dépasser le montant des surcoûts effectivement subis par le cocontractant.

Une modification du contrat qui ne serait pas strictement nécessaire pour faire face aux effets de la circonstance imprévisible :

- remettrait en cause de manière indue ou injustifiée les conditions de la mise en concurrence initiale ;
- contreviendrait au principe d'ordre public d'interdiction des libéralités¹⁰ et à l'exigence constitutionnelle de bon usage des deniers publics rappelée à l'article L. 3 du code de la commande publique et qui découle des articles 14 et 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789¹¹ ;

⁸ Point 10 de l'avis.

⁹ Point 20 de l'avis.

¹⁰ Pour l'interdiction d'ordre public pour une personne publique de payer une somme qu'elle ne doit pas : [CE, 19 mars 1971, Mergui, n° 79962.](#)

¹¹ [CC, 3 décembre 2020, Loi d'accélération et de simplification de l'action publique, n° 2020-807 DC, points 44 et 54.](#)

- et méconnaîtrait le principe constitutionnel d'égalité devant les charges publiques.

C'est pourquoi la modification du contrat n'est destinée qu'à compenser les seules pertes dépassant les limites maximales envisagées par les parties lors de la conclusion du contrat¹².

Le Conseil d'État ne s'est pas prononcé sur les modalités de calcul de la compensation contractuelle. Si l'autorité contractante dispose d'une liberté contractuelle pour négocier une modification du contrat dans les conditions et limites prévues par les articles R. 2194-5 et R. 3135-5, elle doit le faire en respectant les principes de bon usage des deniers publics et d'interdiction des libéralités. Elle pourrait notamment s'inspirer, dans le cadre de ses premières négociations avec son cocontractant, de certains principes régissant l'indemnité d'imprévision qui pourrait être accordée par le juge en cas de désaccord des parties sur les modifications à apporter au contrat.

Par analogie avec les règles de calcul de la charge extracontractuelle dégagée par la jurisprudence sur l'indemnité d'imprévision, l'augmentation anormale des charges maximales initialement envisagées, supportée par le titulaire, pourrait être appréciée selon les principes suivants :

- Le déficit est apprécié au regard de l'équilibre financier du contrat liant l'administration et son cocontractant, et non pas au regard de la situation financière globale de ce dernier¹³.
- Figurent au titre des charges supportées par le titulaire : les dépenses de personnels, les frais généraux, l'achat des matières premières, les charges normales d'assurance, l'intérêt statutaire du capital-actions, le service de l'intérêt et de l'amortissement des emprunts, l'amortissement du capital correspondant aux installations industrielles¹⁴ réellement et spécialement investies dans l'exploitation. *A contrario*, les intérêts du fonds de roulement ne sont pas compris parmi les charges extracontractuelles de l'entreprise susceptibles de lui ouvrir droit à indemnité¹⁵.
- Pour déterminer le montant des recettes perçues pendant la période

¹² Point 20 de l'avis.

¹³ CE, 22 février 1963, *Ville d'Avignon*, n° 51867. Ainsi, « la circonstance qu'au cours des exercices envisagés la société aurait procédé à la distribution d'un dividende aux actionnaires n'exclut pas nécessairement que ladite société ait supportée pendant cette période des charges extracontractuelles de nature à justifier l'allocation à son profit d'une indemnité d'imprévision ».

¹⁴ CE, 30 mars 1928, *Ville de Belfort*, n° 77987 ; CE, 23 mars 1934, *Société maritime et coloniale*, n° 13812 et 14478. « Les dépenses à amortir doivent comprendre toutes celles qui ont été faites dans l'intérêt de la concession et qui ont eu pour but d'assurer, dans les meilleures conditions possibles, l'exécution du service concédé » ; CE, 18 novembre 1936, *Ville de Bordeaux*, n° 6068 et 34682.

¹⁵ CE, 8 novembre 1935, *Ville de Lagny*, n° 23757 ; CE, 18 novembre 1936, *Ville de Bordeaux*, n° 6068 et 34682 ; CE, 25 février 1949, *Société Raulet et Ville de Melun*, n° 73606 et 73777 ; CE, 7 novembre 1969, *Ville d'Avignon*, n° [65292](#).

d'imprévision, il est fait état de tous les avantages dont bénéficie le titulaire dans le cadre du contrat¹⁶, notamment les subventions ou les avantages tarifaires octroyés mais également les recettes éventuelles afférentes au relèvement des tarifs pratiqués par le titulaire en accord avec l'autorité contractante¹⁷.

ATTENTION :

S'agissant d'un accord-cadre s'exécutant par bons de commande ou marchés subséquents et par analogie avec les principes régissant l'indemnité d'imprévision qui pourrait être accordée par le juge, le dépassement des limites ayant pu raisonnablement être envisagées par les parties lors de la conclusion du contrat s'apprécie par comparaison des prix applicables et des coûts subis sur la période contractuelle d'application de ces prix (de l'accord-cadre ou du marché subséquent).

Ainsi, sur la période en cause, une envolée des coûts de production supportés par le titulaire peut caractériser un dépassement des limites ayant pu raisonnablement être envisagées par les parties lors de la conclusion du contrat.

Le titulaire doit démontrer au préalable que cette situation résulte de circonstances extérieures et imprévisibles lors de la conclusion de l'accord-cadre ou du marché subséquent.

Lorsque l'accord-cadre comporte de nombreuses lignes de prix, unitaires ou forfaitaires, le dépassement des limites ayant pu raisonnablement être envisagées par les parties lors de la conclusion du contrat ainsi que les charges anormales compensables s'apprécient au regard de l'estimation qui peut en être faite, par exemple, par estimation de la part des achats portant sur les lignes de prix affectées par ces circonstances imprévisibles dans le volume global estimatif des commandes.

Cette compensation s'appliquera à tous les bons de commande ou marchés subséquents passés sur la période d'application des prix dans laquelle il est constaté un dépassement des limites ayant pu raisonnablement être envisagées par les parties lors de la conclusion du contrat au regard des coûts de production.

L'acheteur doit veiller, dans le cadre des négociations sur le contenu de la modification envisagée, à vérifier la réalité et la sincérité des justificatifs apportés par le titulaire pour éviter de payer des sommes sans lien avec les circonstances

¹⁶ Soit par une stipulation du contrat, soit, en l'absence de clause contractuel, par la nature même des opérations accessoires ; CE, 30 mars 1928, *Ville de Belfort*, n° 77987.

¹⁷ *A contrario*, « ne doivent pas entrer en compte, pour le calcul de la charge extracontractuelle, les réductions de prix accordées bénévolement par le concessionnaire et excédant celles que pouvait justifier une bonne exploitation » mais également « les dépenses que le concessionnaire pourrait avoir ultérieurement à supporter pour les travaux différés d'entretien du matériel » ; CE, 30 mars 1928, *Ville de Belfort*, n° 77987.

imprévisibles ou dont la réalité ne serait pas justifiée objectivement par le titulaire ou qui ne seraient pas strictement nécessaires pour compenser les surcoûts réellement subis par le titulaire du fait de ces circonstances. A défaut, il s'agirait d'un enrichissement sans cause au profit du titulaire.

A SIGNALER :

1. Le titulaire peut fournir tout document suffisamment probant attestant de la réalité et de l'étendue des surcoûts supportés. Il peut détailler la structure de ses prix dans une comptabilité analytique.

La décomposition des prix contractuels initiaux pourra notamment faire apparaître :

- le coût de revient, constitué des charges directes (notamment les achats de matières premières et fournitures nécessaires à l'exécution du marché) et des charges indirectes (notamment l'amortissement du matériel nécessaire à la production, les coûts structurels, etc.), chaque charge devant être affectée d'un coefficient représentant sa part dans la composition globale du prix ;
- le taux de marge de l'entreprise pour le marché en cause ;
- les éventuelles provisions pour risques intégrées au prix.

Le titulaire du marché pourra ensuite justifier du coût de revient après prise en compte de l'impact de la circonstance imprévisible et les hausses des différentes composantes du prix en produisant, par exemple :

- des évolutions des indices de prix, en utilisant notamment les indices officiels figurant sur le site de l'INSEE ;
- des contrats de sous-traitances, contrats de fournitures, ou factures permettant à l'acheteur de constater l'augmentation d'une ou plusieurs des composantes du prix (par exemple un avenant à un contrat de transport de marchandises démontrant que les coûts de transport nécessaires à la livraison des fournitures objets du marché ont effectivement augmenté) ;
- dans le cas où le marché porte sur l'acquisition de produits cotés, des extractions des cotations au jour d'acquisition des produits destinés à l'acheteur.

Plus la structure de coûts est complexe, plus l'acheteur pourra être conduit à entrer dans le détail de la prestation pour distinguer les composants du prix qui sont en réalité stables dans le temps de ceux qui sont très volatiles et ainsi apprécier plus finement l'ampleur du montant et de la durée de la modification envisagée pour faire face à la circonstance imprévisible.

Même pour des prestations simples, il est nécessaire de justifier que le titulaire n'était pas raisonnablement en mesure de prévoir, lors de la conclusion du contrat, la survenue de cet événement ou son ampleur.

S'agissant plus particulièrement des concessions, le concessionnaire pourra utilement fournir, outre les pièces précitées :

- les trois derniers rapports d'exploitation du concessionnaire ;
- les comptes historiques des trois derniers exercices comptables ;
- le détail des charges opérationnelles des trois dernières années ;
- les comptes prévisionnels annexés au contrat de concession ;
- les comptes prévisionnels mis à jour à la date de demande de compensation de l'augmentation des prix, tenant compte des évolutions financières pouvant permettre de justifier le déséquilibre économique en la défaveur du concessionnaire, détaillant notamment l'évolution du chiffre d'affaires, des principales charges d'exploitation et le résultat net. Ces comptes prévisionnels devront notamment intégrer un tableau de flux de trésorerie prévisionnel montrant l'impact de ces évolutions sur la trésorerie du concessionnaire ;
- le détail des charges opérationnelles de la concession sur les trois derniers exercices et l'exercice en cours par grandes catégories de dépenses.

2. L'appréciation des charges dépassant les limites maximales envisagées par les parties lors de la conclusion du contrat doit faire l'objet d'une analyse au cas par cas qui dépend du secteur et des stratégies commerciales des entreprises.

3. Les acheteurs peuvent, pour négocier avec le titulaire et apprécier ces différentes données économiques, faire appel à un assistant à maîtrise d'ouvrage, un expert-comptable ou un commissaire aux comptes, notamment en cas de contrats complexes ou d'un montant élevé ou s'ils ne disposent pas de l'expertise nécessaire.

ATTENTION :

1. En fonction de la durée et de l'objet du contrat (notamment les accords-cadres s'exécutant par marchés subséquents ou bons de commande, ou les contrats à prix forfaitaires mais s'exécutant sur une longue durée), l'autorité contractante devra veiller à limiter dans le temps l'avenant de modification des prix ou tarifs du contrat pour ne pas supporter une augmentation générant une compensation qui ne correspondrait pas aux surcoûts anormaux occasionnés du fait de ces circonstances imprévisibles.

Elle pourrait ainsi utilement prévoir dans cet avenant une durée d'application des nouveaux prix ou tarifs contractuels en fonction de la durée prévisible de la circonstance imprévisible à l'origine de la modification envisagée, cette durée initiale pouvant être trimestrielle, semestrielle, voire annuelle selon les cas de figure.

Elle pourrait donc également prévoir, dans l'avenant de modification, une clause de rendez-vous entre les parties avant l'expiration de la durée initiale d'application des nouveaux prix ou tarifs contractuels pour permettre de négocier le principe et la durée d'une nouvelle modification des prix ou tarifs, le retour aux conditions financières initiales du contrat ou sa résiliation.

2. L'autorité contractante pourrait aussi prévoir, dans l'avenant de modification, une autre clause de rendez-vous à la fin du contrat pour déterminer le montant définitif de la compensation des surcoûts anormaux réellement constatés à l'issue du contrat. Un remboursement par le titulaire des surplus de compensation consentie par l'acheteur pourra être envisagé.

1.1.3. Le montant de la modification pour circonstances imprévisibles ne peut excéder 50 % de la valeur du contrat initial pour les contrats passés par les pouvoirs adjudicateurs

Pour les marchés et concessions passés par les pouvoirs adjudicateurs, la modification envisagée pour faire face aux circonstances imprévisibles ne doit pas dépasser 50 % de la valeur du contrat initial¹⁸.

Lorsque plusieurs modifications successives sur le fondement des articles R.2194-5 ou R. 3135-5 du CCP sont effectuées, le seuil de 50 % du montant initial est à apprécier modification par modification. Toutefois, les mêmes circonstances imprévisibles ne peuvent donner lieu à plusieurs modifications du contrat sans nouvelle procédure de mise en concurrence dans le but de dépasser ce plafond. En effet, comme le rappelle cet article, « ces modifications consécutives ne visent pas à contourner les dispositions de la présente directive ». Ainsi, il ne serait pas régulier d'envisager une scission artificielle des modifications devenues nécessaires en recourant à plusieurs modifications au lieu d'une seule, afin de contourner cette limite de 50 % du montant initial du contrat¹⁹.

Dans ces conditions, chaque circonstance imprévisible, quelles que soient son importance, sa durée et son évolution, ne peut donner lieu à modifications du contrat sans nouvelle procédure de mise en concurrence que jusqu'à 50 % du montant initial de celui-ci.

Ainsi, une première modification correspondant à un fait générateur donné pourrait aboutir à une augmentation du montant initial du contrat de 45 %, puis, trois mois plus tard, les circonstances s'améliorant, un nouvel avenant pour le même fait générateur pourrait revoir cette augmentation à la baisse. Cet avenant impliquerait alors une augmentation du montant initial de seulement 30 %. Les circonstances évoluant de nouveau défavorablement, un troisième avenant pour le même fait générateur pourrait intervenir et impliquer une augmentation cumulée du montant initial de 48 %.

¹⁸ Points 2, 10 et 15 de l'avis.

¹⁹ Points 20 de l'avis.

ATTENTION :

1. Pour les accords-cadres, le montant maximum initial convenu par les parties dans le contrat doit être regardé comme le montant du contrat initial au sens et pour l'application de l'article R. 2194-3 du code de la commande publique auquel renvoie l'article R. 2194-5.

2. L'article R. 2194-4 du code de la commande publique auquel renvoie l'article R. 2194-5 pour le calcul du montant de la modification pour circonstances imprévisibles prévoit que l'acheteur tient compte de la mise en œuvre de la clause de variation des prix. Ainsi, lorsque l'application de la clause de variation des prix a conduit à une augmentation du montant du marché initial de 4 %, la valeur de la modification est calculée à partir du prix initial augmenté de 4 %.

S'agissant spécifiquement des contrats de concession, l'autorité concédante doit se fonder sur le montant actualisé du contrat au sens et pour l'application de l'article R. 3135-4 du code de la commande publique auquel renvoie l'article R. 3135-5.

A SIGNALER :

La modification du contrat sans nouvelle procédure de mise en concurrence sur ce fondement couvre y compris les situations de force majeure qui peuvent justifier de modifier le contrat pour surmonter une situation nouvelle empêchant de poursuivre l'exécution du contrat en l'état pour le reste de sa durée sans néanmoins en changer la nature globale. S'il n'est pas possible de rééquilibrer le contrat, le titulaire a droit à une résiliation du contrat pour force majeure, résiliation qui peut être prononcée unilatéralement par l'acheteur ou par voie conventionnelle.

Cette compensation des surcoûts peut aussi prendre la forme d'une simple prolongation de la durée du contrat. Cette solution peut présenter l'intérêt d'acquitter la compensation due, non pas par versement d'une somme à titre de hausse des prix, des tarifs ou d'une subvention d'équilibre, mais par un allongement de la durée du contrat générant la réalisation d'un complément d'exécution de prestations satisfaisant le besoin de l'autorité contractante. Les acheteurs devront cependant veiller à ce que la prolongation de la durée du contrat consentie à titre de compensation des surcoûts puisse être chiffrée financièrement afin de déterminer si les conditions prévues par le droit de la commande publique et notamment le respect du plafond, sont respectées²⁰.

²⁰ Point 7 de l'avis.

ATTENTION :

L'article R. 2194-10 pour les marchés publics et l'article R. 3135-10 pour les concessions imposent à l'acheteur ou à l'autorité concédante qui a procédé à une modification pour circonstances imprévisibles, de publier un avis de modification au Journal officiel de l'Union européenne lorsque le marché a été passé selon une procédure formalisée ou lorsque la valeur de la concession est supérieure aux seuils européens.

1.2. Les modifications de faible montant sur le fondement des articles R. 2194-8 et R. 3135-8

Selon Conseil d'État, « *les parties sont libres de procéder, si elles le souhaitent d'un commun accord, à la compensation de toute perte subie par le cocontractant même si cette perte ne suffit pas à caractériser une dégradation significative de l'équilibre économique du contrat initial* »²¹.

A cet égard, le Conseil d'État a, dans une récente décision²², admis, sur le fondement de l'article R. 2194-8, la possibilité de modifier la prime d'assurance de l'un des titulaires du marché à l'occasion d'un avenant ayant également pour objet une modification dans la composition du groupement titulaire du marché. Le Conseil d'Etat n'a conditionné une telle modification du prix du marché à aucune autre condition que celles prévues à cet article.

Ainsi, les parties peuvent librement négocier, sur le fondement des articles R. 2194-8 et R. 3135-8, une modification « sèche » de la durée, des prix ou tarifs ou des clauses d'évolution du prix initialement prévus au contrat de nature à compenser toute perte subie par le cocontractant, à la seule condition de respecter les seuils prévus à l'article précité²³.

Une modification sur ce fondement ne nécessite pas de démontrer une circonstance imprévisible ou un bouleversement de l'économie du contrat.

Néanmoins, le Conseil d'Etat estime que l'autorité contractante doit s'interroger sur l'opportunité de telles compensations, notamment lorsqu'elles sont susceptibles d'avoir pour effet de couvrir même partiellement la part de la dégradation des charges ou des recettes que l'interprétation raisonnable du contrat devrait normalement laisser à la charge de l'opérateur économique car elle relève des aléas normaux inhérents à l'exécution de tout contrat.

²¹ Point 12 de l'avis.

²² CE, 16 mai 2022, *Société hospitalière d'assurances mutuelles (SHAM)*, n° 459408.

²³ Point 12 de l'avis.

En outre, le Conseil d'État rappelle la nécessité de respecter les principes généraux d'égalité devant les charges publiques, de bon usage des deniers publics et d'interdiction des libéralités.

Les articles R. 2194-8 et R. 3135-8 du code de la commande publique disposent par ailleurs que le contrat peut être modifié sans procédure de publicité ou de mise en concurrence « *lorsque le montant de la modification est inférieur aux seuils européens et à 10 % du montant du contrat initial pour les marchés de services et de fournitures et pour les contrats de concession ou 15 % du montant initial pour les marchés de travaux* »²⁴.

La condition relative au non-dépassement des seuils européens s'apprécie au regard de la seule augmentation résultant de la modification, et non du nouveau montant du contrat une fois modifié. Le fait qu'une modification du contrat en cours d'exécution rende son montant supérieur aux seuils européens n'a donc pas de conséquence juridique, sous réserve que ce calcul ait été opéré dans le respect des dispositions applicables.

Pour apprécier la condition des 10 % pour les services et fournitures et 15 % pour les travaux, il convient de prendre en compte le montant cumulé de l'ensemble des modifications quel qu'en soit le fait générateur, à la condition de ne pas dépasser le seuil des procédures formalisées.

En outre, comme pour les modifications pour circonstances imprévisibles, cette compensation des surcoûts peut aussi prendre la forme d'une simple prolongation de la durée du contrat. Les acheteurs devront cependant veiller à ce que la prolongation de la durée du contrat consentie à titre de compensation des surcoûts puisse être chiffrée financièrement afin de déterminer si les conditions prévues par le droit de la commande publique, notamment le respect du plafond, sont valablement réunies.

Enfin, s'agissant de la possibilité de cumuler une modification de faible montant avec une modification pour circonstances imprévisibles, le Conseil d'Etat a estimé que « *les parties ayant procédé à des modifications de faible montant de leur marché ou contrat de concession peuvent, par la suite, le modifier de nouveau sur le fondement, si les*

²⁴ Le montant cumulé des modifications de faible montant est doublement plafonné. Il ne peut excéder :

- pour les marchés de fournitures et services des pouvoirs adjudicateurs : 10% du montant du marché initial et 140 000 euros HT (autorités centrales) ou 215 000 euros HT (autres pouvoirs adjudicateurs) ;
- pour les marchés de fournitures et services des entités adjudicatrices et les marchés fournitures et services de défense ou de sécurité : 10 % du montant du marché initial et 431 000 euros HT ;
- pour les marchés de travaux : 15 % du montant du marché initial et 5 382 000 euros HT ;
- pour les contrats de concession : 10 % de la valeur du contrat initial et 5 382 000 euros HT.

conditions en sont remplies, des dispositions relatives aux modifications rendues nécessaires par des circonstances imprévisibles »²⁵.

Ces deux motifs de modification sont ainsi nécessairement distincts puisque ne répondant pas aux mêmes conditions de déclenchement et que les limites encadrant les modifications de faible montant s'apprécient toutes modifications confondues cumulées sur la durée totale du contrat, alors que celles encadrant les modifications pour circonstances imprévisibles s'apprécient modification par modification.

1.3. Les modifications non substantielles sur le fondement des articles R. 2194-7 et R. 3135-7 du code de la commande publique

Selon le Conseil d'Etat, « les modifications non substantielles du contrat mises en œuvre sur le fondement des dispositions des articles R. 2194-7 et R. 3135-7 du code de la commande publique ne comportent pas de limite en montant, mais ne sauraient permettre aux parties de modifier l'objet du contrat ou de faire évoluer en faveur de l'entrepreneur, d'une manière qui n'était pas prévue dans le contrat initial, son équilibre économique tel qu'il résulte de ses éléments essentiels, comme la durée, le volume des investissements, les prix ou les tarifs »²⁶.

Il ajoute « que les modifications rendues nécessaires par des circonstances imprévisibles, même lorsqu'elles ne sont pas substantielles, sont régies par les dispositions des articles R. 2194-5 et R. 3135-5 du code, qui soumettent, lorsque le contrat est conclu par un pouvoir adjudicateur, le montant de chaque modification à un plafond de 50 % du montant du marché initial ».

Le Conseil d'Etat estime ainsi que les modifications sur le fondement des articles R. 2194-7 ou R. 3135-7 ne recouvrent pas le même champ d'application que les modifications pour circonstances imprévisibles sur le fondement des articles R. 2194-5 ou R. 3135-5.

Les deux dispositifs sont ainsi exclusifs l'un de l'autre de sorte que les parties ne peuvent pas modifier les conditions financières ou de durée pour faire face à une circonstance imprévisible sur le fondement des articles R. 2194-7 ou R. 3135-7

²⁵ Point 13 de l'avis.

²⁶ Point 15 de l'avis.

RAPPEL :

Si la modification du contrat n'est pas suffisamment avantageuse pour l'autorité contractante par rapport à une remise en concurrence du contrat aux conditions économiques actuelles, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a toujours la possibilité, au regard notamment de l'état de la concurrence sur le secteur considéré, d'envisager une suspension temporaire du contrat en attendant un retour à des conditions plus favorables ou une résiliation conventionnelle du contrat à effet soit immédiat si les prestations en cause peuvent souffrir un retard, soit différé le temps d'organiser une nouvelle procédure de mise en concurrence pour sélectionner une nouvelle meilleure offre économiquement la plus avantageuse aux conditions économiques actuelles.

2. L'indemnisation sur le fondement de la théorie de l'imprévision constitue un droit pour le titulaire et peut se combiner avec une modification du contrat si cette dernière n'a pas été de nature à résorber la totalité du préjudice d'imprévision subi par le titulaire

2.1. Sur l'articulation entre les possibilités de modifications du contrat et le droit à indemnité d'imprévision

La circonstance imprévisible peut provoquer un bouleversement temporaire de l'économie du contrat de nature à ouvrir droit à une indemnité d'imprévision pour le titulaire.

En effet, selon le Conseil d'Etat, « *les parties peuvent conclure, sur le fondement de la théorie de l'imprévision, une convention d'indemnisation dont le seul objet est de compenser les charges extracontractuelles subies par le titulaire ou le concessionnaire en lui attribuant une indemnité (CE, 17 janvier 1951, Hospices de Montpellier, n° 97613), afin qu'il puisse poursuivre l'exécution du contrat pendant la période envisagée. Celle-ci ne peut être que temporaire et la convention doit précisément la fixer. La convention d'indemnisation, qui permet de maintenir un certain équilibre contractuel en indemnisant l'opérateur économique qui, malgré la situation tout à fait exceptionnelle à laquelle il est confronté, poursuit la prestation initialement prévue, n'a ni pour objet ni pour effet de modifier les clauses du marché ou du contrat de concession ni les obligations contractuelles réciproques des parties, ni d'affecter la satisfaction des besoins de l'autorité contractante, qu'elle vise précisément à préserver* »²⁷.

²⁷ Point 22 de l'avis.

Il rappelle ensuite que « *pour compenser les charges extracontractuelles causées par des circonstances imprévisibles, extérieures aux parties et bouleversant l'économie du contrat, le juge administratif peut octroyer une indemnité d'imprévision* »²⁸. Le Conseil d'Etat précise à cet égard que le juge du contrat ne peut qu'accorder une indemnité dont le seul objet est de compenser la charge extracontractuelle qui résulte de la situation d'imprévision, et ne peut en aucun cas modifier lui-même les stipulations du contrat et les obligations réciproques des parties ni se substituer à l'autorité administrative pour réviser les tarifs et, éventuellement, en fixer de nouveaux.

Ainsi, l'indemnité d'imprévision peut se combiner avec une modification du contrat si cette dernière n'a pas été de nature à résorber la totalité du préjudice d'imprévision subi par le titulaire.

Par ailleurs, contrairement aux modifications du contrat, il s'agit d'un véritable droit du titulaire à indemnisation dont il peut se prévaloir devant le juge administratif en l'absence d'accord avec l'administration sur le principe et/ou sur l'objet et le montant d'une modification du contrat, sur une indemnité conventionnelle ou sur une combinaison de ces deux solutions pour compenser les pertes anormales, c'est-à-dire la part du déficit subi excédant les pertes maximales raisonnablement envisagées par les parties lors de la conclusion du contrat.

Cette indemnité peut ainsi être versée :

- soit sur le fondement d'un accord indemnitaire conclu avec l'acheteur ;
- soit, en cas de désaccord de l'acheteur sur le principe et le montant de cette indemnité, par le juge du contrat saisi par le titulaire.

Le Conseil d'Etat a enfin estimé que la théorie de l'imprévision relève d'un régime juridique autonome des règles de modification du contrat et permet une indemnisation qui n'est pas limitée par le seuil de 50 % par modification prévu aux articles R. 2194-3 et R. 3135-3 du code de la commande publique pour les marchés publics et les contrats de concession lorsqu'ils sont passés par des pouvoirs adjudicateurs²⁹.

Enfin, les conditions d'indemnisation du titulaire au titre de la théorie de l'imprévision demeurent inchangées³⁰.

²⁸ Point 23 de l'avis.

²⁹ Point 23 de l'avis. Aucun seuil ne limitant les modifications aux contrats conclus par les autres autorités contractantes soumises au code de la commande publique et n'ayant pas la qualité de pouvoir adjudicateur.

³⁰ Points 22 à 26 de l'avis.

ATTENTION :

1. L'équilibre du contrat tel qu'envisagé par les parties lors de sa conclusion est apprécié sur l'ensemble de la durée du contrat et demeure le même durant toute cette durée. Le bouleversement de son équilibre, pour sa part, est apprécié par période d'imprévision, de sorte qu'une indemnité d'imprévision peut être versée, même si l'équilibre du contrat n'est pas bouleversé sur toute sa durée. A cet égard, la période de référence à indemniser correspond à la période pendant laquelle le prix-limite, qui correspond au niveau des charges contractuelles envisagé par les parties lors de la conclusion du contrat, est dépassé.

2. L'indemnité d'imprévision se limite à réparer le préjudice constitué par le déficit d'exploitation supporté par le titulaire en lien direct et certain avec l'évènement imprévisible, à l'exclusion de tout bénéfice ou manque à gagner.

3. La part de la charge extracontractuelle laissée définitivement à la charge du titulaire à la fin du contrat peut évoluer. Il ne peut donc être convenu à l'avance que cette part sera identique à celle retenue au stade de l'évaluation et du paiement de l'indemnité provisionnelle d'imprévision.

4. Il est recommandé de prévoir dans l'accord indemnitaire une clause de rendez-vous pour permettre aux parties de signer ultérieurement un document en exécution de l'accord qui liquiderait définitivement le montant définitif et global de l'indemnité d'imprévision à l'issue du contrat et faisant les comptes entre les parties en cas de plus ou moins-value.

2.2. Sur la mise en œuvre de la théorie de l'imprévision selon la catégorie de contrats et la forme des prix

2.2.1. S'agissant des modalités d'appréciation du bouleversement de l'économie du contrat selon qu'il s'agit d'une concession ou d'un marché

Dans son avis, le Conseil d'Etat considère que « *pour apprécier si la situation est de nature à ouvrir droit à une indemnité d'imprévision au bénéfice du concessionnaire, il y a lieu de prendre en considération la part non négligeable de risque de pertes qu'il accepte nécessairement de courir en contractant et que l'interprétation raisonnable du contrat de concession conduit à laisser, en tout état de cause, à sa charge. Le concessionnaire peut être réputé avoir accepté, par principe, un dépassement du prix limite de revient plus élevé que le titulaire d'un marché public, sous réserve des clauses du contrat et de la part de risque qu'elles laissent effectivement à sa charge* »³¹.

³¹ Point 25 de l'avis.

Quand bien même les contrats de concession se distinguent du marché public par le transfert d'un risque substantiel d'exploitation, lié notamment au fait que le volume et la rentabilité de l'activité concédée dépendent des usagers ou d'autres facteurs extérieurs ne dépendant pas des décisions de l'autorité contractante, il convient de se référer aux clauses du contrat et à l'intention des parties pour déterminer le seuil en deçà duquel son équilibre peut être considéré comme bouleversé.

2.2.2. S'agissant des modalités d'appréciation du bouleversement de l'économie du contrat selon la forme des prix stipulés

Le Conseil d'Etat rappelle que « *l'indemnisation de l'entrepreneur au titre de l'imprévision est toujours soumise à l'exigence du bouleversement de l'économie du marché, qu'il soit conclu à prix global et forfaitaire ou à prix unitaire. Ainsi, le caractère forfaitaire des clauses financières d'une concession ne peut, à raison du bouleversement de l'économie du contrat, faire obstacle à l'allocation d'une indemnité pour les nouvelles charges extracontractuelles que le concessionnaire a été obligé de supporter (CE, 8 février 1924, Société l'Omnium français d'électricité, n° 73906). Il n'en va autrement que s'il résulte clairement de la commune intention des parties, notamment du caractère général et absolu du forfait et de la renonciation du cocontractant à toute nouvelle indemnité, qu'elles ont entendu, en signant un avenant au cours de la situation d'imprévision, renoncer à toute compensation supplémentaire (CE, 2 février 1923, Compagnie française d'éclairage et de chauffage par le gaz, n° 72521) »³².*

Enfin, le Conseil d'Etat estime qu'« *il n'y a pas lieu d'apporter une réponse différente dans le cas où le prix stipulé fait référence à un prix public régi par les articles L. 112-1 et suivants du code de la consommation* »³³.

Pour autant, dans les contrats à prix publics, la modification convenue à titre de compensation pourra porter sur les taux de remise consentis dans le cadre de certains contrats plutôt que sur les prix publics si seul l'équilibre de ces contrats se trouve bouleversé.

2.3. Sur la nature juridique de l'acte accordant une indemnité d'imprévision

Dans son avis du 15 septembre 2022, le Conseil d'Etat estime que « *cette convention d'indemnisation [...] ne peut être regardée comme une modification d'un marché ou d'un*

³² Point 26 de l'avis.

³³ Point 26 de l'avis.

contrat de concession au sens des dispositions du 3° des articles L. 2194-1 et L. 3135-1 et de celles des articles R. 2194-5 et R. 3135-5 du code de la commande publique »³⁴.

La convention d'indemnisation peut être ainsi être une convention ad'hoc qui n'est pas nécessairement une transaction au sens et pour l'application des dispositions des articles L. 423-2 et R. 423-3 du code des relations entre le public et l'administration.

2.4. Sur l'inscription de l'indemnité d'imprévision dans le décompte général du marché

Dans son avis du 15 septembre 2022, le Conseil d'Etat précise que l'indemnité d'imprévision n'a pas à figurer dans le décompte général et définitif dans la mesure où elle a pour objet de compenser les charges extracontractuelles subies par le titulaire et ne peut ainsi être regardée comme une conséquence financière de l'exécution du marché³⁵.

Le Conseil d'Etat rappelle par ailleurs que la fin du contrat, quelle qu'en soit le motif, ne fait pas obstacle à l'octroi d'une indemnité d'imprévision. En effet, il considère que le bouleversement de l'économie du contrat par suite de circonstances imprévisibles peut n'être établi qu'après complète exécution du marché et que l'indemnité due éventuellement aux entrepreneurs à raison des charges extracontractuelles qu'ils ont eu à supporter peut être utilement réclamée par ces derniers qu'après notification du décompte général et définitif.

³⁴ Point 22 de l'avis.

³⁵ Point 28 de l'avis.

SUIVEZ-NOUS

agriculture.gouv.fr

