

intendance

DOSSIER SPÉCIAL

INFLATION L'ÉPLE DANS LA TOURMENTE

► Par Roland DELON, Nathalie ETUDIER, Éric LANDOT, Kévin PICAVEZ et François CASSAN



▶ Par Roland DELON

LES COLLECTIVITÉS FACE À L'INFLATION DANS LES EPLE

Depuis une trentaine d'années, on n'entendait plus parler de l'inflation, qui est, comme chacun sait, la hausse généralisée et durable des biens et des services. Pendant ces décennies l'inflation se maintenait en France dans une fourchette de 0 à 3 % mais depuis l'été 2021, elle a brusquement augmenté pour s'établir dans notre pays entre 6 et 7 %, le dernier indice de décembre 2022 s'élève à 6,2 %. D'autres pays occidentaux sont également touchés comme le Royaume-Uni à plus de 10 % ou les USA à 8,5 %, Allemagne 8 %, Italie 9 % et la zone euro à 9,1 %. Les banques centrales, garantes de la stabilité monétaire, pensant à un phénomène passager lié à la vive reprise économique post pandémie Covid ont mis du temps à réagir avant de revoir leurs analyses. Les experts économiques décèlent aujourd'hui des raisons conjoncturelles à l'inflation, censées être limitées dans le temps, et des facteurs structurels donc durables.

- **Les causes conjoncturelles de l'inflation** sont l'agression russe en Ukraine qui a fait flamber le prix de certaines matières premières (pétrole, gaz, blé, huile...) et diminuer les exportations de ce pays, déséquilibrant la loi de l'offre et de la demande. Les relances budgétaires massives pour soutenir la demande pendant la pandémie (le « *quoi qu'il en coûte en France* ») et pour maintenir le pouvoir d'achat aujourd'hui, accentuent la pression inflationniste. Enfin la faiblesse de l'euro qui s'est déprécié par rapport au dollar de 15 % renchérit les importations et renforce l'inflation.
- **Les motifs structurels de l'inflation** sont à chercher dans l'énorme poussée de la demande post Covid qui a asséché les stocks des entreprises, diminué l'offre (exemple des semi-conducteurs) et donc augmenté les prix. Le deuxième facteur, c'est l'augmentation des prix de l'énergie, prix confrontés au boycott des exportations russes, à l'épuisement des énergies fossiles, et aux objectifs de la transition écologique. Enfin, l'action des banques centrales qui, par des politiques d'assouplissement, ont injecté d'énormes quantités de liquidi-

tés (achat des dettes publiques) dans l'économie contribue à la poussée de l'inflation par le déséquilibre entre le potentiel de production et la masse d'actifs financiers.

Après cette introduction très générale, revenons aux EPLE qui dès la préparation de leurs budgets 2023, se sont trouvés confrontés à l'augmentation des prix dans au moins deux domaines essentiels, les prix de l'énergie et les prix des denrées alimentaires. Les établissements titulaires de marchés publics en cours d'exécution ont pu s'appuyer sur la note du 30 novembre signée par le directeur de cabinet de la Première ministre, note qui recense dans les textes réglementaires de la commande publique les éléments susceptibles de répondre à cette situation exceptionnelle : adaptation des contrats, renonciation aux sanctions contractuelle, clauses de révision de prix, théorie de l'imprévision, etc. Devant ces fluctuations à la hausse des prix, les EPLE se sont tournés vers leurs financeurs naturels, les collectivités territoriales qui, souvent, n'ont pas suffisamment anticipé les conséquences budgétaires de l'augmentation des prix de l'énergie, qui ont continué d'appliquer leurs procédures habi-

tuelles d'allocation de la DGF et qui ont laissé les chefs d'établissement et gestionnaires d'EPLE devant l'insoluble problème : comment présenter un budget 2023 sincère en l'absence des moyens financiers nécessaires à l'équilibre. Déjà les collectivités régionales, lors de l'Assemblée générale le 31 août 2022 de « *Régions de France* » leur association, estimaient, à raison de 7 régions sur 12, être en mesure de couvrir l'augmentation des coûts de l'énergie pour 2022. Pour 2023 les collectivités ont toutefois cherché des solutions et comme elles s'administrent librement (cf. article 72 de la Constitution), elles ont pris des mesures de diverses natures, dont nous vous présentons quelques exemples.

- **Région Nouvelle-Aquitaine**

Adoptant le 3 octobre 2022 une délibération annonçant « *geler les tarifs de restauration et d'hébergement dans les lycées pour préserver le pouvoir d'achat des familles* » les élus se sont prononcés sur leur compétence restauration et pour « *garantir la qualité des repas* », ils indiquent avoir décidé de verser 0,17 euro par repas aux établissements en 2023. Cette immense région aux 3 académies

a délibéré ensuite le 17 octobre 2022 en augmentant de 96 % le montant global des DGF 2023 pour un montant de 137 millions d'euros et en votant également un crédit de 112,5 millions d'euros dont 64 % serviront à financer les surcoûts 2022 dans les EPLE. Dans cette région 75 % des lycées se chauffent au gaz selon des modalités de gestion différentes : certains établissements sont adhérents à un groupement de commandes piloté par la région, d'autres adhèrent à des groupements locaux, enfin quelques-uns bénéficient de contrats individuels. L'administration régionale table sur une augmentation de prix du gaz de 217 % entre 2021 et 2023 et de 77 % pour l'électricité. Face à ces dérives insupportables des prix de l'énergie, la région, à l'occasion de son prochain plan pluriannuel d'investissement, va envisager le recours à des sources d'énergie décarbonées comme la géothermie, un exemple local (lycée de Talence) montrant une division par 4 de la consommation de mégawattheure et par 10 des émissions de CO2 avec ce procédé de chauffage.

• Région Bourgogne-Franche-Comté

La session du 21 octobre 2022 du Conseil régional a voté la DGF des 129 lycées publics en augmentation de 16 % à 44,685 millions d'euros. Face à l'hétérogénéité des modes de chauffage, les calculs ont été effectués lycée par lycée, par référence aux indices affichés par l'INSEE. Ainsi, les pourcentages retenus s'élèvent à 19,09 % pour le bois de chauffage, 37,7 % pour le gaz, 7,56 % pour l'électricité et 84,86 % pour le fuel.

• Département de la Seine-Saint-Denis

Le Conseil départemental a décidé en octobre 2022 de prendre en charge les surcoûts des dépenses de restauration scolaire pour les familles et d'énergie pour les collèges. Pour ce faire une enveloppe de 15 millions d'euros supplémentaires sera affectée en 2023 à l'ensemble des 130 collèges du département.

• Département du Gers

Les élus ont voté une aide financière exceptionnelle de 140 329 euros pour

aider les collèges du département à faire face à la hausse des tarifs de l'énergie en 2022. Cette prise en charge devrait couvrir 45 % des surcoûts estimés.

• Département du Tarn

À l'occasion d'une rencontre avec les principaux et les gestionnaires de collèges, le département informe que les dotations de fonctionnement de 2023 seront majorées de 28 % pour « faire face à l'inflation et garantir des conditions d'accueil optimales pour les élèves ».

• Département de l'Aude

Même volonté dans ce département d'aider les collèges à faire face aux envolées des tarifications de l'énergie. La promesse est faite de compenser l'intégralité des dépenses énergétiques des collèges et dans cet objectif les élus estiment à 3 millions d'euros l'augmentation de la facture de ce poste en 2023 dans les établissements, malgré la procédure d'achat groupé qui a été mise en place. Ils envisagent des augmentations de 100% pour l'électricité et de 460 % pour le gaz. Le Conseil départemental souhaitant « que les conditions d'étude des 15 000 collégiens soient préservées et considérant qu'il est du devoir de la collectivité de permettre aux établissements de fonctionner sans que les activités pédagogiques ne soient perturbées » va prendre en charge les surcoûts au-delà de la dotation globale de fonctionnement de 3,5 millions d'euros à destination des 23 collèges pour 2023.

• Région Auvergne-Rhône-Alpes

À l'encontre des collectivités ci-dessus, on reste ici dans le flou. Dans cette région, mais il semble qu'on rencontre la même problématique en région Provence-Alpes-Côte d'Azur (PACA), une polémique est née entre les établissements et l'autorité régionale sur les modalités de calcul de la dotation globale de fonctionnement. Ces divergences de vues ont fait l'objet d'un communiqué commun le 9 novembre 2022 des 2 organisations représentatives des chefs d'établissement et gestionnaires (SNPDEN-UNSA et A&I-UNSA). Les équipes de direction dénoncent « une

situation dans laquelle, les collectivités concernées n'ont pas su, à l'inverse de bien d'autres, dégager à ce stade les moyens de la prise en charge des surcoûts énergétiques prévisionnels des établissements dont elles ont la charge et ont fait le choix de notifier des dotations de fonctionnement manifestement très inférieures aux besoins de financement ». En effet, pour construire le budget de ses EPLE, la Région demande de prendre en compte une estimation moyenne des fluides des 3 dernières années alors même qu'en période de crise sanitaire le lycée a connu des périodes de fermeture. Autrement dit, la région demande de prendre comme référence des consommations d'énergie tarifées a minima pour bâtir un budget dans lequel ces mêmes consommations seront à l'évidence affectées de prix a maxima. Le refus d'anticipation de la région AURA amène ses lycées à se poser la question de la sincérité budgétaire. Un chef d'établissement de Haute-Savoie dénonce également avoir été obligé de puiser dans le fonds de réserve du lycée pour faire face aux surcoûts de l'exercice 2022, diminuant ses réserves à 21 jours de fonctionnement alors que le seuil recommandé est de 45 jours. Le communiqué des responsables syndicaux précise que les établissements sont « tout à fait prêts à faire des efforts » et demande « du dialogue et de la transparence » plaçant la région AURA devant ses responsabilités « Si la collectivité veut que nous supprimions toutes les activités pédagogiques, les sorties, les voyages, pour payer les factures d'énergie : ok mais qu'elle le dise et qu'elle l'assume. Nous sommes un service public et les élèves ont droit à une égalité de traitement, qu'ils soient scolarisés dans une passoire énergétique ou dans un établissement neuf ».

Cette région adepte de la procrastination, mais qui devra bien, tôt ou tard, prendre des mesures comme ses homologues, pour aider ses lycées à surmonter l'envolée des coûts énergétiques, n'a proposé pour l'instant qu'avancer à janvier 2023 le versement intégral de la dotation globale de fonctionnement. C'est comme répondre à côté de la question... ■

► Par Nathalie ETUDIER

LE POINT DE VUE DES FOURNISSEURS

Face à la crise économique, nous avons perdu en tant qu'acheteurs publics grand nombre de nos repères. Si la part la plus importante du travail consistait autrefois dans la phase de préparation et de lancement du marché, aujourd'hui c'est bien la phase d'exécution qui se révèle chronophage en tout cas tout au long de cette année 2022. Quel acheteur n'a pas été sollicité pour rediscuter des tarifs ? Qui n'a pas eu à se plonger dans l'application de la théorie de l'imprévision ? Qui n'a pas passé des heures sur l'analyse des factures d'approvisionnement de nos fournisseurs pour savoir si leurs propositions d'augmentation de tarifs n'étaient pas exagérées ? Au fil des échanges avec les services dédiés aux marchés publics de nos fournisseurs, force a été de constater qu'ils étaient, comme nous, submergés par les conséquences de l'inflation et le travail complexe de définition des tarifs. Aussi, nous les avons sollicités pour avoir leur avis. Deux d'entre eux ont bien voulu répondre à nos questions : POMONA PASSION FROID et SYSCO.

Revue Intendance : Comment décririez-vous cette année 2022 ?

Pomona Passion Froid : « Une année très complexe... le secteur de la restauration évolue depuis plusieurs mois dans un contexte inflationniste et un environnement fortement imprévisible : cette situation résulte d'un cumul d'aléas climatiques successifs et de la tension croissante apparue sur les marchés agricoles depuis 3 ans, la pandémie n'ayant eu aucun effet modérateur. À cela s'est rajouté le conflit entre l'Ukraine et la Russie, la grippe aviaire en Europe, ainsi que récemment la crise sur le prix du lait en octobre 2022. À tout cela s'est rajouté, les ruptures de produits par manque de matières premières entre autres. »

SYSCO : « Alors que 2022 semblait être l'année du retour à la normale après 2 années très perturbées par le COVID, nous avons vécu un contexte inédit pour notre secteur d'activité qui a bouleversé les équilibres économiques tant pour nos clients que pour nous même.

Le début de l'année avait pourtant été marqué par la mise en place de la loi EGalim avec une volonté affirmée des clients de la restauration collective de basculer vers une alimentation durable et de qualité.

Nous notons une évolution importante des achats de produits bio ou sous label de qualité.

Mais l'inflation et les pénuries que nous avons connues dès la fin du 1^{er} trimestre sont venus perturber cette tendance

La sécheresse que nous avons connue cet été n'a en rien amélioré la disponibilité des produits, notamment sur la famille des végétaux. La volaille a été touchée par la grippe aviaire, les pêches perturbées par l'augmentation très importante du prix du gasoil. Du fait des difficultés diverses rencontrées par les éleveurs, la viande bovine et les produits laitiers sont en situation de pénurie.

Quant aux produits élaborés, le manque de main-d'œuvre dans les usines se fait toujours sentir, 33 000 postes étaient à

pouvoir en début d'année dans le secteur de l'agroalimentaire. Et la situation ne s'arrange pas.

Actuellement, le rythme de l'inflation n'est absolument plus corrélé avec les cycles de révision contractuels et la disponibilité des produits est remise en cause tous les jours.

Un facteur aggravant est venu s'ajouter à ce contexte : l'explosion des coûts d'exécution dont la main-d'œuvre, les emballages, les fluides et plus particulièrement l'énergie fragilise encore plus notre activité.

L'ensemble de nos équipes s'est mobilisé au quotidien pour continuer d'apporter à nos clients la continuité du service. Nous avons tenu informé l'ensemble de nos clients sur les difficultés rencontrées afin de trouver toutes les solutions possibles. »

Revue Intendance : L'inflation a mis à l'épreuve nos marchés publics. Il a fallu en tant qu'acheteur nous adapter à une situation inédite.

“
*Du fait des difficultés diverses
rencontrées par les éleveurs,
la viande bovine et les produits
laitiers sont en situation de pénurie.*”



Quel bilan pouvez-vous tirer en tant que fournisseur de cette année ?

Pomona Passion Froid : « Nous avons dû accepter suite aux recommandations de l'État les hausses de nos fournisseurs pour ne pas mettre à mal les acteurs de la chaîne alimentaire. Nous avons donc dû, au jour le jour, suivre nos ventes et subir beaucoup de ventes à perte. Cela nous a obligés à réagir très vite auprès de nos clients, pour trouver des solutions rapidement afin de continuer de servir nos clients sans trop de perte. »

SYSCO : « Dès le début de la crise économique, nous avons informé nos clients des répercussions de disponibilité produits et avons entamé des négociations afin de trouver des solutions durables. »

Revue Intendance : Quelles sont les solutions que vous avez pu mettre en place avec vos acheteurs publics ? Quels sont les cas de blocage ?

Pomona Passion Froid : « Nous avons proposé de revoir les clauses des contrats des appels d'offres, nous avons dû faire des demandes d'ajustements exceptionnels. Nous avons même parfois appliqué des méthodes d'ajustements non prévus sur les cahiers des charges. Les cotations RNM ont été mises en avant pour ces méthodes d'ajustements.

Nos blocages : Certains acheteurs publics ont refusé catégoriquement une révision de leurs prix sous prétexte que le cahier des charges ne l'avait pas prévue.

D'autres nous ont demandé nos factures d'achat au début du marché et au moment de la révision afin de justifier les hausses => très compliqué pour nous de fournir autant de factures.

D'autres nous ont proposé la théorie de l'imprévision avec indemnisation => cette théorie est très difficile voir quasi impossible à mettre en place dans notre activité.

A contrario, nous avons des clients qui ont été compréhensifs (même des gros groupements d'établissements) et qui ont accepté nos propositions d'ajustements.

SYSCO : « Nous avons analysé chaque bordereau de produits afin, soit de substituer, modifier ou supprimer les produits en difficultés.

Nous avons mis également à disposition de nos clients, des menus avec des coûts de repas adaptés et des opérations de déstockage produits pouvant aider nos clients à pondérer le cout matière journalière. Malgré ce travail très important, nous avons dû négocier des révisions tarifaires en dehors du cycle de révision contractuel défini au début du marché (avant crise) par la voie d'avenants pour circonstances imprévues. Nous organisons des tables rondes régionales réunissant élus, clients, producteurs et associations afin d'analyser le contexte et partager des solutions d'adaptation nécessaires. Le gouvernement a incité, par différentes circulaires, nos interlocuteurs Marché Public à revoir les clauses des contrats en cours tant sur leurs cycles que sur les indices à prendre en compte ou les clauses butoirs. Malheureusement l'inflation est tous les mois plus soutenue, et il faut trouver avec nos clients la rapidité de négociation adéquate, car le circuit de validation des avenants de modification prend trop de temps et la situation pour notre entreprise s'aggrave chaque jour un peu plus. »

Revue Intendance : Quelles solutions et/ou conseils souhaiteriez-vous donner aux acheteurs publics que sont les collèges et lycées ? Est-il préférable d'intégrer un groupement d'achat ? Quelle que soit la structure, comment construire son marché et quelles préconisations pour établir la clause de révision des prix ?

Pomona Passion Froid : « Prévoir des révisions de prix avant démarrage et trimestriellement avec des cotations cohérentes. Attention sur les cotations RNM qui sont toujours en décalage avec les hausses de prix actuelles. C'est pour cela qu'il faut prévoir des révisions plus fréquentes. »

SYSCO : « L'ensemble des circulaires

paru ces derniers mois incite les acheteurs à adapter leurs pratiques au contexte, à revoir les cycles de révisions (mensuels et trimestriels), à appliquer une révision au début de l'exécution du marché, à choisir des indices représentatifs de notre activité (RNM) et à bannir les clauses butoirs et pénalités. L'ensemble de ces préconisations n'est actuellement pas encore appliqué par tous et nous voyons encore des AO avec des prix bloqués sur la durée du marché ou des révisions annuelles (ce qui n'est pas suffisant).

Pourtant, le fait d'appliquer ces principes de révision permettrait de sécuriser nos clients au moment où la déflation va se produire avec l'assurance de suivre le cours du marché.

La solution d'adhérer à un groupement a toujours eu plusieurs avantages. Elle permet de bénéficier de l'expertise du groupement. C'est aussi un gain de temps certain compte tenu de la complexité d'organiser une consultation. Si les volumes le permettent, des produits spécifiques peuvent être mis au point dans nos ateliers.

Par contre, contrairement à ce qui se passe dans une situation classique, en cette période de pénurie, la massification des achats n'est pas forcément synonyme d'une proposition économique mieux-disante. Les volumes massifiés peuvent dissuader certains distributeurs ou industriels de répondre, les disponibilités produites n'étant plus garanties. Cela augmente très significativement les risques de consultations infructueuses.

Quant à l'accompagnement tout au long du marché, chez Sysco, il est identique que ce soit un collège de 400 élèves ou un groupement de 100 établissements.

Pour conclure, Sysco est signataire de « l'appel du 15 juin », au travers de la confédération des grossistes français, afin de demander 40 centimes supplémentaires dans l'assiette pour sauver la restauration collective qui assure chaque jour des menus équilibrés, sains et variés. » ■

INFLATION : LE CONSEIL D'ÉTAT ACCEPTE QUELQUES MARGES DE MANŒUVRE

Face à l'inflation, certains fournisseurs se trouvent en situation délicate et, souvent, la simple application de l'indexation prévue par les contrats ne suffit pas. Cependant, le droit des avenants en contrats publics reste strict. Par un récent avis non contentieux, le Conseil d'État vient de préciser que si le prix d'un contrat ne peut en principe être modifié, quelques exceptions sont néanmoins admises.

Faisant preuve d'une souplesse tout à fait salubre pour les acheteurs et leurs cocontractants, la Haute Assemblée a précisé notamment que les dispositions du CCP, ou Code de la commande publique (art. R. 2194-5 et R. 2194-8 pour les marchés publics ; R. 3135-5 et R. 3135-8 pour les contrats de concession) n'interdisent pas une **modification « sèche » des prix** dans certaines conditions.

Source : *CE, avis, 15 septembre 2022, n°405540, NOR ECOM2217151X86*

Ces hypothèses sont :

- lorsque les modifications ont été prévues dans les documents contractuels initiaux ;
- ou sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues ;
- ou ne sont pas substantielles ;
- ou sont encore de faibles montants.

Si ces quatre cas étaient bien prévus par le code de la commande publique et connus de tous, la « nouveauté » consiste plus sur le fait de lever l'ambiguïté quant à la possibilité, pour un acheteur public, de modifier uniquement les clauses financières du contrat (modification « sèche » du prix).

Une question de durée et d'exécution

L'avis du Conseil d'État précise par ailleurs qu'il en va de même pour la durée du contrat : ainsi, **une modification de la seule durée du contrat est possible lorsque cela est nécessaire.**

Néanmoins l'avis de la Haute Assemblée prend soin de relever la difficulté d'évaluer une durée en proportion du montant initial afin de respecter les plafonds imposés par le code de la commande publique (par ex. 50% du montant initial en cas de modifications rendues nécessaires par des circonstances imprévisibles).

Naturellement le Conseil d'État précise que seul le contractant qui continue d'exécuter le contrat a droit à une indemnisation en raison du déficit subi du fait qu'il continue de remplir ses obligations contractuelles.

Les modifications devenues nécessaires

Un premier enseignement porte sur les modifications devenues nécessaires par des circonstances imprévisibles (art. R 2194-5 et R 3135-5 du code de la commande publique).

Ces modifications doivent être **limitées** à ce qui est strictement nécessaire et proportionnées, aux fins de répondre aux circonstances imprévisibles et à leurs conséquences directes.

En tout état de cause, les modifications apportées au contrat sur ce fondement **ne peuvent en aucun cas excéder le plafond de 50 % du montant du contrat initial** pour chaque modification **ni modifier la nature globale du contrat.**

La DAJ de Bercy, dans sa fiche explicative faisant suite à l'avis du Conseil d'État, indique que ces modifications ne doivent pas dépasser **les préjudices réellement et directement subis** par les cocontractants des acheteurs publics. Ces dispositions ne peuvent pas 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 supporter.

Concrètement, il n'est ainsi possible d'**indemniser que les charges dont le titulaire du contrat ne pouvait tenir compte au moment du dépôt de son offre.**

Par exemple, dans le cadre d'une concession, il n'est **pas question d'in-**

démniser le cocontractant sur un déficit dû à des projections trop optimistes de sa part, pas plus qu'un déficit qui trouverait son origine dans la mauvaise gestion du titulaire du contrat.

Tout autre comportement serait susceptible d'être caractérisé comme une libéralité interdite avec des conséquences tant sur le plan administratif que sur le plan pénal !

Cette modification « sèche » peut prendre différentes formes :

- modification des prix d'un contrat,
- modification des clauses de réexamen et notamment de révision des prix convenus initialement au contrat (ou intégration d'une telle clause si elle n'était pas prévue initialement).

À quoi sert la computation des seuils ?

Le Conseil d'État précise également qu'il n'y a pas de droit du titulaire à la modification de son contrat... Ainsi que la fiche de la DAJ le précise, la modification du contrat couvre également les situations de force majeure qui peuvent justifier de modifier le contrat afin de pouvoir poursuivre son exécution pour le reste de sa durée sans changer la nature globale de celui-ci. « *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.* »

Enfin, à ne pas oublier : un avis de modification au Journal officiel de l'Union européenne doit être publié à la suite d'une modification pour circonstance imprévisible lorsque le marché a été passé selon une procédure formalisée où lorsque la valeur de la concession est supérieure aux seuils européens.

Modifications de faible montant

Le Conseil d'État précise dans son avis que les parties sont libres de procéder

d'un commun accord à la compensation de toute perte subie par le titulaire du contrat même si cette perte ne suffit pas à caractériser une dégradation significative de l'équilibre économique du contrat initial.

Une telle modification ne nécessite aucune démonstration d'imprévisibilité ou d'un bouleversement de l'économie du contrat, mais il faudrait effectivement qu'elle puisse respecter les plafonds fixés par le code de la commande publique. Le montant de la modification doit être inférieur :

- aux seuils européens et à 10% du montant du contrat initial pour le marché de service des fournitures et pour les contrats de concession
- aux seuils européens et à 15 % du montant initial pour le marché de travaux.

NB : la condition du non-dépassement des seuils européens, s'apprécie au regard de la seule augmentation prise isolément et non pas du montant total du contrat une fois cette augmentation effectuée.

Néanmoins le Conseil d'État met en garde les acheteurs publics sur la nécessité d'éviter que, malgré leur faible montant, ces modifications aient pour effet de compenser la part des charges qui aurait dû être laissée à la charge du titulaire, même en cas d'aggravation, relevant des aléas d'exécution du contrat.

Naturellement, si par la suite des conditions imprévisibles impactent de nouveau l'économie du contrat, celui-ci pourra être modifié sur la base des dispositions relatives aux circonstances imprévisibles.

Ainsi, le Conseil d'État considère que les deux motifs de modification (de faible montant et pour circonstances imprévisibles) sont bien distincts et **cumulables**.

Conformément à l'avis du Conseil d'État, « *Les modifications non substantielles du contrat mise 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 limites au montant, mais ne saurait*





“ Par ailleurs, la fin du contrat - notamment sa fin anticipée par résiliation - ne fait pas obstacle à l’octroi d’une indemnité d’imprévision. ”

permettre aux parties de modifier l'objet du contrat où 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 ces éléments essentiels comme la durée, le volume des investissements, les prix ou les tarifs ».

Néanmoins même les modifications non substantielles sont concernées par le plafond de 50 % du montant du contrat initial, lorsque ces modifications sont rendues nécessaires par des circonstances imprévisibles.

L'indemnité d'imprévision, seule ou en complément

Si l'indemnisation du titulaire ayant pour fondement la théorie de l'imprévision n'est pas suffisante, elle peut se combiner avec une modification des clauses contractuelles.

Au point 22 de son avis, le Conseil d'État considère que les parties peuvent conclure, sur le fondement de la théorie d'imprévision, une convention d'indemnisation dont le seul objet est de compenser les charges extra contractuelles subies par les titulaires en lui attribuant une indemnité. Celle-ci ne peut être que **temporaire** ; la convention doit précisément fixer la période envisagée.

Par ailleurs, le Conseil d'État précise que cette convention d'indemnisation **ne peut pas être regardée comme une modification du contrat au sens des dispositions du code de la commande publique.**

Le Conseil d'État admet aussi que le juge administratif peut octroyer une indemnité d'imprévision pour compenser les charges extra contractuelles causées par des circonstances imprévisibles. En revanche, le juge ne peut en aucun cas modifier lui-même les stipulations du contrat et les obligations réciproques des parties.

L'octroi par les juges administratifs d'une indemnité d'imprévision n'entre dans le champ d'application des dispositions

du code de la commande publique : ainsi le plafond de 50% du montant du contrat initial prévu par ces dispositions ne s'applique-t-il pas au calcul de l'indemnité de l'imprévision lorsque celle-ci est accordée par le juge.

Ainsi **l'indemnité accordée au titulaire du contrat** (par l'autorité administrative ou par le juge) **peut-elle se combiner avec une modification de clauses contractuelles lorsque la totalité du préjudice subi par le titulaire n'a pas été résorbée par l'allocation de cette indemnisation**, selon la DAJ.

Bouleversement de l'économie du contrat

En cas de contrat de concession, pour apprécier si la situation de l'imprévision est de nature à ouvrir droit à une indemnité au bénéfice du titulaire, il y a lieu de prendre en considération la part des risques que celui-ci a accepté nécessairement de prendre à sa charge en concluant le contrat et que l'exécution normale du contrat laisse à sa charge.

Le concessionnaire peut être réputé avoir accepté un dépassement du prix limite de revient plus élevé que le titulaire d'un marché public sous réserve évidemment des clauses du contrat.

Une lecture attentive de clauses du contrat et du compte d'exploitation prévisionnel fourni par la titulaire dans son offre initiale peut nous donner des éclaircissements intéressants sur ce point.

La théorie de l'imprévision s'applique à tous les marchés qu'ils soient conclus à prix global et forfaitaire ou à prix unitaire.

Naturellement l'indemnisation du cocontractant et soumise à l'exigence du bouleversement de l'économie du marché qu'il soit conclu à prix global et forfaitaire ou unitaire.

Dans le cadre de l'indemnisation en raison des circonstances imprévisibles, il peut être tenu compte de l'importance du marché à forfait pour estimer que des

dépenses supplémentaires ne sont pas de nature à bouleverser l'économie du contrat notamment parce que ces dépenses sont d'un faible montant.

En tout état de cause, le caractère forfaitaire des clauses financières d'une concession ne peut faire obstacle à l'allocation d'une indemnité pour les nouvelles charges extracontractuelles que le cocontractant de l'administration subit.

Imprévision et DGD

L'indemnité d'une prévision ne peut être regardée comme une conséquence financière de l'exécution du marché dès lors qu'elle est allouée par décision unilatérale non négociée dans le cadre d'un protocole transactionnel ou octroyé par le juge administratif. Par conséquent, elle n'a pas à être inscrite dans le Décompte général définitif (DGD ; à la différence des indemnités allouées au titre des sujétions imprévues).

Par ailleurs, la fin du contrat - notamment sa fin anticipée par résiliation - ne fait pas obstacle à l'octroi d'une indemnité d'imprévision. En effet, il est possible que le bouleversement de l'économie du contrat par des circonstances imprévisibles ne puisse être établi qu'après complète exécution du marché et que l'indemnité éventuellement due aux entrepreneurs ne puisse être utilement réclamée par eux qu'après notification du décompte général et définitif.

La conséquence de ceci est que le montant d'une éventuelle indemnité pour imprévision peut être accordée même après la notification du DGD et sort ainsi du champ d'application du principe de l'unicité du décompte.

NB : autre source, voir aussi la circulaire de la Première Ministre 6374/SG du 29 septembre 2022. ■

▶ Par Kévin PICAVEZ et François CASSAN, *Direction des achats de l'État*

LA FLAMBÉE DES PRIX ET SES CONSÉQUENCES SUR LES CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Dans un contexte inflationniste résultant de divers facteurs, qui se traduit notamment par des hausses de prix des matières premières, de certains composants, de l'énergie, et par des pénuries d'approvisionnement, la commande publique se trouve fortement perturbée. En effet, les titulaires de marchés publics ou de contrats de concession en cours d'exécution peuvent être conduits à formuler des demandes visant à obtenir des reports de délais et des dispenses de pénalités, la modification des prix contractuels initiaux ou de certaines clauses financières, mais également à obtenir une indemnité voire la résiliation d'un contrat devenu trop déficitaire.



Un récent sondage réalisé par la direction des achats de l'État (ci-après DAE) à l'occasion de la convention des achats de l'État du 1^{er} décembre 2022, mettait ainsi en évidence que :

- 88 % des acheteurs de l'État et ses établissements publics ont été confrontés à au moins une demande de fournisseur tendant à modifier le contrat (prix, délai ...) du fait de la crise actuelle ;
- 71 % des mêmes acheteurs ont été confrontés à des retards de livraison voire, pour 56 % d'entre eux, à des ruptures d'approvisionnement.

Face à la crise, ces acheteurs ont été :

- 75 % à consentir des modifications contractuelles (portant notamment sur les prix ou les délais) ;
- 71 % à renoncer à l'application de pénalités ou d'autres sanctions contractuelles.

Ces chiffres démontrent que la crise touche tous les acheteurs et que ceux-ci se montrent globalement réceptifs aux demandes des entreprises, conscients de la réalité des difficultés auxquelles elles sont confrontées et des enjeux liés à la sécurisation des approvisionnements (qui conditionne bien souvent la continuité du service public).

Les secteurs touchés par la flambée des prix sont nombreux. Les services de l'État ont ainsi pu recevoir des demandes de hausse des prix concernant des opérations de travaux, pour la fourniture d'équipements comportant des composants électroniques, la fourniture de véhicules automobiles, d'équipements informatiques, de fournitures de bureau (notamment concernant le papier), d'énergie (pour l'approvisionnement en électricité et en gaz, dont les cours ont subi une véritable explosion), en matière de restauration collective, etc.

Longtemps contraints par le principe d'intangibilité des prix selon lequel les prix contractualisés ne peuvent être

modifiés (en dehors de l'application d'une clause de révision ou d'actualisation des prix), les acheteurs ont, un temps, été démunis, pour traiter ces demandes de hausse des prix.

Mais depuis un avis récent du Conseil d'État, une fiche technique de la Direction des affaires juridiques de Bercy (ci-après la DAJ), ainsi qu'une circulaire de la Première ministre, de nouveaux leviers ont été mis à la disposition des acheteurs publics. Ceux-ci disposent désormais d'une boîte à outils complète pour traiter les demandes de modifications adressées par les titulaires de marchés publics en cours d'exécution (I). Mais, dès lors que l'inflation est connue et que la volatilité des prix fait désormais partie intégrante du contexte économique actuel, il est indispensable qu'au-delà des mécanismes correctifs susceptibles d'être utilisés en cours d'exécution, les acheteurs anticipent les difficultés et adaptent leurs pratiques comme leurs contrats afin d'organiser, dès la phase de passation des marchés publics, les conditions leur permettant de disposer de contrats agiles, résilients et optimisés économiquement (II).

I. Les acheteurs publics disposent désormais d'une vaste boîte à outils leur permettant de traiter les demandes des titulaires de marchés publics en cours d'exécution.

I.1. L'avis du Conseil d'État du 15 septembre 2022 permet de déroger au principe d'intangibilité des prix et de tenir compte dans l'exécution du contrat de circonstances imprévisibles extérieures aux parties.

Soucieux de donner aux acheteurs publics et aux entreprises connaissant des difficultés dans le contexte actuel de pénurie et de flambée de certains prix, un cadre juridique à la fois sécurisé et opérationnel, le Gouvernement a interrogé le Conseil d'État sur les possibilités

offertes par le droit de la commande publique pour modifier les conditions financières des contrats publics afin de faire face à des circonstances imprévisibles, ainsi que sur leur articulation avec la théorie de l'imprévision.

Dans son avis du 15 septembre 2022⁽¹⁾, le Conseil d'État répond aux différentes problématiques occasionnées par le contexte de crise économique qui affecte directement les acheteurs publics, qui doivent faire face à de nombreuses demandes des titulaires en difficulté.

Le Conseil d'État considère qu'il ne résulte ni des dispositions du code de la commande publique, ni des directives et de la jurisprudence européennes que les modifications des seules clauses financières d'un contrat de la commande publique (y compris les modifications sèches de prix) seraient prohibées. Il en déduit que l'acheteur peut donc, afin de compenser les surcoûts que le titulaire subit du fait de circonstances imprévisibles, modifier par avenant, sur le fondement de l'article R.2194-5 du CCP, les prix contractuels, les modalités de leur détermination ou de leur évolution (par exemple par l'ajout ou la modification d'une clause de variation de prix). Ces modifications ne constituent pas un droit pour le titulaire, mais une simple faculté à la disposition de l'acheteur, qui demeure libre de refuser les demandes du titulaire.

Des modifications de faible montant peuvent également être mises en œuvre sur le fondement de l'article R.2194-8 du CCP à condition d'être inférieures aux seuils européens de procédures formalisées et de ne pas dépasser 10 % du montant du marché pour les marchés de services et fournitures et 15 % du montant du marché pour les marchés de travaux.

Le Conseil d'État ne remet par ailleurs pas en cause la théorie de l'imprévision qui continuera de s'appliquer dans les conditions jurisprudentielles antérieures (en cas de circonstances imprévisibles,

(1) Avis du Conseil d'État (Assemblée générale), 15 septembre 2022, n°405540.

extérieures aux parties et bouleversant l'économie du contrat).

Ainsi, si le principe d'intangibilité des prix n'a pas disparu, il peut être aménagé dès lors que cela est justifié par le caractère exceptionnel de la situation économique actuelle.

I.2. Les acheteurs pourront désormais, au-delà des mesures d'exécution bien connues et de la théorie de l'imprévision, utiliser les circonstances imprévues pour motiver des avenants faisant évoluer les conditions financières des contrats en cours.

Chaque acheteur dispose désormais d'une boîte à outils qu'il peut successivement et parfois cumulativement mettre en œuvre pour permettre une poursuite d'exécution malgré les difficultés auxquelles le titulaire est confronté.

Il nous semble pertinent d'énoncer ces différents leviers en suivant une gradation en fonction de leur complexité. Il est recommandé de les mettre en œuvre selon l'ordre indiqué ci-dessous, en commençant par la solution la plus simple et la plus aisée à justifier et en ne recourant à la solution d'un niveau de complexité supérieure que si cela s'avère nécessaire.

• **1^{er} niveau : les mesures d'exécution du contrat**

Avant d'envisager une modification par voie d'avenant, l'acheteur doit s'intéresser aux mesures d'exécution qu'il peut mettre en œuvre pour améliorer la situation.

Ainsi, à l'instar des mesures prévues par l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 dans le cadre de la crise sanitaire liée au covid-19, l'exécution des clauses des contrats prévoyant des pénalités de retard ou encore l'exécution des prestations aux frais et risques du titulaire peuvent être suspendues tant que celui-ci est dans l'impossibilité de s'approvisionner dans des conditions normales.

Sont ainsi envisageables :

- le gel des pénalités contractuelles, puisqu'il est admis que l'acheteur peut y renoncer⁽²⁾ notamment par le biais d'une décision unilatérale ;
- l'exonération des pénalités qui peut être prévue dans les documents de la consultation, en application des dispositions du CCAG de référence (si l'acheteur n'y a pas dérogé). Toutefois, ce renoncement ne peut que résulter d'une appréciation au cas par cas, lorsque les retards de livraison ou d'exécution sont liés aux envolées des prix des matières premières ou à des pénuries d'approvisionnement des entreprises ;
- le report des délais de livraison⁽³⁾, sachant qu'il appartient au titulaire de signaler à l'acheteur les causes faisant obstacle à l'exécution du marché dans le délai contractuel et qu'aucune demande de prolongation du délai d'exécution ne peut être présentée après l'expiration du délai contractuel d'exécution de la prestation.

Ces mesures, qui sont pour la plupart prévues par le contrat lui-même (notamment par renvoi aux CCAG de référence), constituent une première catégorie de solutions très simples d'utilisation qui ne nécessitent pas la conclusion d'un avenant, mais une simple décision unilatérale relevant de la responsabilité de l'acheteur. Elles peuvent être aisément justifiées même si l'acheteur demeure soumis aux principes généraux d'interdiction des libéralités et de bonne gestion des deniers publics et devra donc être en mesure de démontrer que de telles décisions sont justifiées au regard de la réalité de la situation du titulaire.

• **2^e niveau : la conclusion d'un avenant pour circonstances imprévisibles modifiant les conditions d'exécution non financières du contrat**

Si l'aménagement des mesures d'exécution n'est pas jugé suffisant pour répondre aux difficultés du titulaire, alors l'acheteur peut s'orienter vers la conclusion d'un avenant pour circonstances imprévisibles⁽⁴⁾. La modification du contrat en cours est possible dès lors que cette modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir lorsque le contrat a été conclu.

Il peut s'agir d'une modification des spécifications techniques, consistant par exemple à substituer un matériau à celui initialement prévu, mais touché par des pénuries ou devenu trop onéreux, à modifier les quantités ou le périmètre des prestations à fournir, ou à aménager les conditions et délais de réalisation des prestations pour pallier les difficultés provoquées par la circonstance imprévisible.

Toutefois, cette modification comporte une limite puisque ses conséquences financières ne peuvent dépasser, à chaque modification rendue nécessaire, 50 % du montant initial du marché.

Cette modification est particulièrement adaptée en cas de rupture d'approvisionnement (matière première ou composant devenu indisponible) rendant nécessaire une substitution de référence, ou encore en cas de flambée des prix d'un ou plusieurs composants d'une fourniture. Il s'agit donc ici d'un changement des conditions techniques d'exécution des prestations et non d'une modification ou révision des prix initiaux pour une prestation strictement identique.

• **3^e niveau : la conclusion d'un avenant de faible montant**

Un tel avenant peut avoir pour objet de compenser tout ou partie de la perte subie par le cocontractant, même si cette perte ne suffit pas à caractériser une dégradation significative de l'équilibre initial du contrat.

(2) CE, 9 novembre 2018, SAS Savoie, n° 413533 : Le Conseil d'État considère que « la personne publique n'est pas tenue de faire application des pénalités de retard et le juge administratif, saisi de conclusions en ce sens, peut, à titre exceptionnel, modérer ou augmenter les pénalités résultant du contrat si elles atteignent un montant manifestement excessif ou dérisoire eu égard au montant du marché et compte tenu de l'ampleur du retard constaté ».

(3) Chaque CCAG comporte une clause prévoyant la prolongation du délai d'exécution (par exemple article 13.3 du CCAG FCS)

(4) Article R. 2194-5 du code de la commande publique

Les parties sont ainsi libres de négocier une telle modification du contrat sur le fondement de l'article R. 2194-8 du code de la commande publique, sans nécessité de démonstration d'une circonstance imprévisible ni d'un bouleversement de l'économie du contrat.

L'avantage de cette solution réside dans la simplicité de justification qu'elle offre. La seule condition à respecter est celle relative au non-dépassement des seuils au regard de la seule augmentation résultant de la modification (et non du nouveau montant une fois modifié). Le montant de la modification doit être inférieur aux seuils européens et à 10 % du montant du contrat initial pour les marchés de services et de fournitures, ou 15 % du montant initial pour les marchés de travaux. Mais attention, ces 2 seuils s'apprécient en prenant en compte le montant cumulé de l'ensemble des modifications, quel qu'en soit le fait générateur⁽⁵⁾. Il se peut donc que cette hypothèse de modification ait déjà été utilisée par le passé, interdisant ou limitant son recours dans la période actuelle. Et inversement, y avoir recours aujourd'hui obérerait la possibilité d'y recourir demain. C'est donc une solution à envisager le plus tardivement possible.

Toujours est-il qu'une telle modification peut théoriquement, selon le Conseil d'État, couvrir tout ou partie de la dégradation des charges ou recettes relevant pourtant des aléas normaux inhérents à l'exécution de tout contrat. La compensation versée au titulaire est donc possiblement plus étendue que dans le cas d'un avenant pour circonstances imprévisibles et la justification du montant de l'avenant est moins stricte. Toutefois, une compensation à telle hauteur ne saurait être accordée systématiquement et devrait être réservée à des cas particuliers, par exemple lorsque le titulaire est une PME en situation de fragilité, qu'il n'a commis aucune faute d'anticipation des circonstances et qu'il présente

un risque de défaillance important dont les conséquences seraient très défavorables à l'acheteur. Tel serait notamment le cas dans l'hypothèse où les surcoûts liés à la conclusion d'un nouveau contrat excéderaient très largement ceux de l'avenant.

• **4^e niveau : la conclusion d'un avenant pour circonstances imprévisibles modifiant les conditions financières du contrat**

Une distinction doit être opérée entre la modification ou l'insertion d'une clause de révision de prix, et la modification « sèche » de prix.

Lorsque la modification est précisément justifiée, l'acheteur et le titulaire seront conduits à conclure un avenant modifiant les conditions financières contractuelles, en visant expressément l'article R.2194-5 du CCP. La modification étant par définition temporaire, l'avenant devra prévoir le retour aux prix contractuels initiaux et/ou aux stipulations initiales à une échéance déterminée. Comme le recommande la DAJ dans sa fiche technique⁽⁶⁾, il est souhaitable d'insérer dans l'avenant une clause de rendez-vous, permettant non seulement de faire baisser les prix dès la fin des hausses de prix dues aux circonstances imprévues, mais également de déterminer le montant définitif de la compensation des surcoûts anormaux réellement constatés à l'issue de l'exécution (un remboursement par le titulaire des surplus de compensation consentie par l'acheteur pourra être envisagé, notamment dans le cas où il est constaté que la durée de la hausse des prix a excédé la durée des circonstances imprévues, la situation étant revenue à la normale pour le titulaire plus rapidement que cela n'avait été anticipé par les parties).

- La modification ou l'insertion d'une clause de révision de prix

La révision des prix a pour objectif de permettre de garantir l'équilibre écono-

mique initial du contrat voulu par les parties. Mais il est fréquent dans la situation actuelle que la clause de révision de prix ne soit pas dans sa rédaction initiale suffisante pour couvrir la flambée des prix. Il peut également arriver que l'acheteur n'ait pas prévu de clause de variation de prix ou qu'il ait prévu une clause butoir ou une clause de sauvegarde inappropriées au contexte actuel.

En cas de clause de révision de prix inadaptée, il est désormais possible, par avenant, de modifier les différentes variables de la formule de révision afin de les adapter à la réalité de la situation économique. Ainsi, il est envisageable de supprimer ou réduire la partie fixe trop conséquente qui a été prévue dans la formule de révision, de remplacer les indices ou index utilisés afin qu'ils représentent mieux la décomposition du prix des prestations, de raccourcir les délais entre chaque révision afin qu'elle soit en adéquation avec la fréquence de publication des indices utilisés ou la volatilité des prix. Il est également envisageable de procéder à la suppression ou la modification d'une clause de butoir (augmentation du pourcentage plafond afin que la clause de variation de prix puisse pleinement jouer son rôle).

En l'absence d'une clause de révision, l'insertion d'une clause de révision de prix est possible. L'acheteur doit prendre garde à la fréquence de révision ainsi qu'aux indices utilisés qui doivent refléter la nature des prestations afin de traduire, dans la mesure du possible en temps réel, l'évolution des prix de ces prestations.

L'insertion d'une clause de révision de prix adaptée constitue à notre sens la solution préférentielle, dès lors qu'elle est possible, dans la mesure où elle permettra de prendre en compte automatiquement le retour à une situation économique normale. En effet, la clause jouant à la hausse comme à la baisse, la fin des circonstances imprévisibles

(5) R. 2194-9 du CCP

(6) <https://bit.ly/3hLzMTW>

se traduira mécaniquement par une diminution des indices utilisés qui se répercutera sur les prix contractuels, sans nécessité de formalité particulière.

- Modification « sèche » des prix

Si tout titulaire est libre de saisir l'acheteur d'une demande tendant à la modification d'un contrat de la commande publique en cours, il ne s'agit aucunement d'un droit, et ce même si les conditions prévues par le droit de la commande publique sont remplies⁽⁷⁾.

L'acheteur assume donc la pleine responsabilité de la décision de donner une suite favorable à une demande de modification. En sus du respect du cadre juridique, sa décision devrait prendre en compte différents facteurs, notamment l'incidence d'un refus sur le risque de défaillance du titulaire, sur les surcoûts qu'engendrerait pour l'acheteur la conclusion d'un nouveau contrat aux conditions économiques du moment, sur les enjeux en termes de sécurité d'approvisionnement et de risque d'atteinte à la continuité du service public.

Pèse sur l'acheteur l'obligation de procéder à une instruction minutieuse de ces demandes, ce qui doit le conduire à engager un dialogue et des négociations poussés avec le titulaire l'ayant sollicité.

De son côté l'entreprise demandeuse doit fournir un effort significatif de transparence quant à la structure de ses prix et l'impact réel des circonstances imprévisibles sur ses coûts. Cet effort, inhabituel, car relevant pour les titulaires de leur secret des affaires, est impératif et constitue la contrepartie de la prise en charge par l'administration, tout aussi exceptionnelle, d'une partie de ses surcoûts. L'entreprise doit être sensibilisée à cette exigence forte dès l'engagement des négociations. À l'appui d'une demande de modification des prix, le titulaire du marché doit fournir des éléments probants permettant à l'acheteur de mesurer les surcoûts réels et

particuliers à l'exécution du marché en cause. L'exercice consiste à examiner si le « prix-limite », correspondant au coût maximum qu'un professionnel diligent aurait dû ou pu prévoir, au regard de ses prévisions économiques lors de la conclusion du contrat et incluant l'aléa normal du marché, est ou non dépassé en l'espèce.

La modification du contrat n'étant destinée qu'à compenser les seules pertes dépassant les limites maximales envisagées par les parties lors de la conclusion du contrat, l'entreprise doit également être sensibilisée sur le fait que les hausses de prix susceptibles d'être consenties ne peuvent avoir pour objet de lui garantir un taux de marge constant sur la durée du contrat ni de reconstituer les provisions pour risques qu'elle avait intégrées lors de la formation de son prix. Seuls les surcoûts imprévisibles lui causant des pertes ont vocation à être couverts. À défaut, l'acheteur contreviendrait au principe d'ordre public d'interdiction d'octroi de libéralités⁽⁸⁾ et à l'exigence constitutionnelle de bon usage des deniers publics.

Le processus de négociation d'un avenant pour circonstances imprévues est exigeant et nécessite une véritable expertise financière. En cas de complexité importante, d'indisponibilité de ressources internes ou d'incapacité pour l'acheteur d'analyser précisément les documents justificatifs remis par l'entreprise, il est recommandé de recourir aux services d'un assistant à maîtrise d'ouvrage financier, d'un expert-comptable ou d'un commissaire aux comptes, notamment lorsque les sommes en jeu sont significatives.

Enfin, l'acheteur doit garder à l'esprit que le principe constitutionnel d'égalité devant les charges publiques lui impose d'adopter des décisions équivalentes pour tous les opérateurs économiques placés dans une situation comparable et justifiant de façon également convain-

cante la nécessité d'une modification des conditions financières. L'acheteur doit donc veiller à adopter un comportement équitable vis-à-vis de l'ensemble de ses fournisseurs.

• **5^e niveau : la mise en œuvre de la théorie de l'imprévision**

L'indemnisation pour imprévision peut présenter un intérêt, notamment si le plafond d'augmentation de 50 % du montant initial du marché, qui s'impose en cas d'avenant pour circonstances imprévues, est dépassé.

Cette indemnisation peut se cumuler avec une modification du contrat (pour circonstances imprévues ou de faible montant), si cette dernière n'a pas permis de résorber la totalité du préjudice d'imprévision subi par le titulaire. Pour autant, il est conseillé de choisir entre modification du contrat ou indemnisation pour imprévision afin d'exclure tout risque pour la personne publique d'indemniser deux fois le même préjudice.

Dans tous les cas, la charge de la preuve d'un préjudice appartient au titulaire et ce dernier doit adresser à l'acheteur un mémoire en réclamation démontrant l'existence d'une circonstance imprévisible et justifiant le montant de l'indemnité qu'il sollicite.

Pour mémoire, cette indemnisation suppose un bouleversement temporaire de l'économie du contrat sans rupture d'exécution du contrat par le titulaire. Le bouleversement de l'économie du contrat à démontrer n'est pas nécessairement sur toute la durée du contrat, mais peut ne porter que sur une période bien précise. Si ni l'avis du Conseil d'État ni la circulaire du 29 septembre 2022 ne le précisent explicitement, le seuil précédemment retenu pour qualifier le bouleversement de l'économie du contrat et fixé à un quinzième du montant initial du contrat demeure valable, même s'il ne constitue qu'un indice parmi d'autres du bouleversement. Une analyse casuistique

(7) R.2194-5 du CCP et dans l'avis du Conseil d'État du 15 septembre 2022 précité

(8) CE, 19 mars 1971, *Sieur Mergui*, req. n° 79962

s'impose donc toujours.

En pratique, 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. Le titulaire doit être en mesure de justifier, d'une part, son prix de revient et sa marge bénéficiaire au moment où il a remis son offre et, d'autre part, ses débours au cours de l'exécution du marché. Enfin, une part de ces charges extracontractuelles reste à la charge du titulaire (généralement entre 5 à 25 % du montant de la perte effectivement subie), en fonction des circonstances et compte tenu des éventuels profits déga-

gés par le titulaire dans le cadre du contrat en dehors de cette période d'imprévision. Le montant définitif de l'indemnité ne peut être évalué avec précision qu'à la fin du contrat, mais des indemnités provisionnelles peuvent être prévues en cours d'exécution avec une clause de rendez-vous en fin de contrat, permettant d'adapter le montant des provisions selon l'évolution de la situation économique.

En définitive, très prononcée depuis quelques mois pour les marchés publics en cours d'exécution, la problématique de la hausse des prix imprégnera également, sans surprise, la préparation et de la passation de ces derniers. Bien que soumis à des contraintes et limites

budgétaires incontestables, en cette période inflationniste, les acheteurs doivent aussi composer avec un risque accru d'infructuosité de leur procédure, voire de rupture d'approvisionnement, s'ils n'intègrent pas aussi les difficultés induites par la hausse des coûts constante à laquelle leurs fournisseurs ont actuellement à faire face. De plus, si les crises sanitaires, le conflit ukrainien et la volatilité extrême du cours de certaines matières premières, notamment énergétiques, étaient manifestement imprévisibles pour des contrats conclus il y a encore quelques mois ou années, il sera très difficile désormais, pour des contrats conclus alors que ces circonstances sont connues de tous, de faire application des



“
*Le processus de négociation
d'un avenant pour circonstances
imprévues est exigeant
et nécessite une véritable
expertise financière.*”

outils réservés aux cas exceptionnels des circonstances imprévisibles détaillés ci-dessus. Ceci invite les acheteurs à une réflexion profonde et un ajustement de leurs futures consultations.

II. Les acheteurs se doivent d'anticiper les difficultés et d'adapter leurs pratiques dès la phase de passation des marchés publics.

À titre liminaire, dans le contexte actuel, il nous semble essentiel d'évoquer la question du choix auquel est confronté l'acheteur entre achat seul ou achat groupé (via un groupement de commandes ou une centrale d'achat). Formulé autre-

ment, acheter groupé, protège-t-il des difficultés actuelles ? La massification des achats permet très certainement d'obtenir, dans bien des cas, de meilleures conditions. Et c'est une source d'approvisionnement de substitution vers laquelle un acheteur isolé peut se tourner en cas de défaillance du titulaire de son propre marché. Pour autant, les titulaires de marchés passés par ces acheteurs particuliers ne sont pas moins que les autres exposés aux difficultés résultant de l'augmentation générale des prix. On relèvera d'ailleurs en ce sens que ni l'avis du Conseil d'État, ni la circulaire ou les fiches produites par la DAJ évoquées supra ne font de ces modalités d'achat une particularité.

Ceci étant dit, l'acheteur dispose de plusieurs outils ou mécanismes, exposés ci-dessous, lui permettant de tenir compte, dès la préparation de son DCE, des difficultés à même de se poser pour les opérateurs économiques du fait de l'augmentation des prix. Sans prétendre à l'exhaustivité, les développements qui suivent visent à évoquer, à grosses mailles, les actions que les acheteurs devraient absolument mener pour tenter de protéger leurs fournisseurs des difficultés résultant de l'inflation et, partant, de se prémunir contre un risque accru de rupture d'approvisionnement.

- **1^{ère} action : organiser un sourcing et parangonnage sous l'angle de la crise inflationniste**

Avant même le lancement à proprement parler de sa procédure, l'acheteur ne devrait pas faire l'économie d'une phase préalable de sourcing, qu'on ne présente plus⁽⁹⁾, et de parangonnage renforcés. Comme le rappelait la DAE dans un guide, « le parangonnage ou « benchmark » est une approche complémentaire du « sourcing » qui consiste à rencontrer les clients de ses fournisseurs ou de ses fournisseurs potentiels afin d'échanger sur les bonnes pratiques, les stratégies tarifaires (achat ou location par exemple)

adoptées et les difficultés rencontrées »⁽¹⁰⁾. Ces mécanismes apparaissent particulièrement intéressants pour l'acheteur désireux d'identifier les difficultés potentielles d'exécution que pourrait faire naître le marché tel qu'il l'envisage. Ce peut aussi être l'occasion de s'apercevoir que certains mécanismes ou clauses contractuels, pourtant classiques et usités dans tel ou tel segment achat, s'avèrent en pratique particulièrement incommodants pour les fournisseurs en période d'inflation.

À titre d'illustration, dans le domaine des achats d'énergie, alors qu'il est usuel dans les marchés d'électricité et de gaz d'insérer une clause dite d'ajustement du périmètre - les points de livraison d'énergie étant susceptibles d'évoluer sur la durée du marché -, le mécanisme s'est soudainement avéré économiquement trop risqué pour les fournisseurs en période de hausse incontrôlée des coûts, car conduisant les fournisseurs à devoir revendre à perte des quantités importantes d'énergie, au point de menacer leur santé financière et de provoquer des risques de défaillance avérés. En échangeant avec les fournisseurs d'électricité et de gaz, les acheteurs ont pu identifier qu'une telle clause, hier anodine, était devenue inacceptable et source de concurrence réduite, voire de consultations infructueuses. La plupart des acheteurs concernés ont ainsi pu prendre en compte cet élément et revoir ce mécanisme de flexibilité pour le rendre plus acceptable par les fournisseurs, préservant ainsi l'attractivité de leurs marchés publics d'énergie.

- **2^e action : Questionner le montage contractuel et les clauses du marché sous l'angle des difficultés actuelles**

Afin de réduire les risques de faillite des fournisseurs et de rupture d'approvisionnement, l'acheteur devrait d'abord, chaque fois que cela s'avère possible, questionner le montage juridique envisagé pour ses achats sous l'angle des



(9) R. 2111-1 du CCP

(10) <https://bit.ly/3vc148U>

difficultés actuelles.

Ainsi, s'agissant d'un accord-cadre (ci-après AC) – marché que passe prioritairement la DAE –, sa forme pluri-attributaires devrait autant que possible être privilégiée à sa forme mono-attributaire en guise de protection contre l'éventuelle défaillance du titulaire. En effet, la défaillance de l'un des titulaires d'un AC pluri-attributaires n'a absolument pas le caractère critique de la défaillance du titulaire unique qui, par définition, exclut le report de commande sur un autre titulaire de l'AC. Dans le contexte actuel, ce mécanisme d'achat peut être vu comme

une forme de sécurisation de la chaîne d'approvisionnements particulièrement précieuse.

De même, en substance, le choix entre l'AC exécuté par marchés subséquents (ci-après MS) et celui exécuté par émission de bons de commande est en principe dicté par le degré de précision du contrat : si tout est précis dès la rédaction de l'AC, alors il conviendra de passer un marché à bons de commande (ci-après BC). Ce n'est que s'il reste des éléments à préciser dans le marché lors la survenance du besoin que l'AC à MS s'impose. Or, cette seconde formule,

moins rigide – le MS lui-même pouvant le cas échéant être exécuté par émission de BC –, autorise davantage d'adaptabilité, en lien avec les circonstances du moment. Ainsi, plutôt que de figer dans un AC des conditions d'exécution trop rigides et potentiellement inadaptées en cas d'évolution de la situation économique, la formule de l'AC à MS permet de renvoyer aux MS qui seront successivement conclus sur le fondement de l'AC le soin de figer certaines clauses d'importances critiques (les clauses de variation de prix, de durée du contrat, les pénalités, les prix, ...) en fonction de



la réalité du contexte au moment où le MS est conclu. À titre d'illustration, un acheteur pourrait souhaiter, pour un MS à conclure fin 2022, accorder des conditions économiques favorables aux entreprises afin de garantir un certain niveau de concurrence sur sa consultation (par exemple en retenant une clause de variation sans terme fixe et avec une périodicité très courte, sans aucune clause butoir). Puis début 2024, dans l'hypothèse d'un retour à la normale, l'acheteur serait cette fois en mesure de lancer de nouveaux MS avec des conditions économiques beaucoup plus habituelles, conformes aux standards du segment achat en cause. Une telle modularité des supports contractuels paraît particulièrement bienvenue dans un contexte de grandes incertitudes économiques. Il faut toutefois rappeler que cette liberté reste relative s'agissant de la fixation des prix, au cœur des enjeux, puisqu'un élément financier, bien souvent sous forme de prix plafonds, doit exister dès la passation de l'AC⁽¹¹⁾.

Au-delà du montage juridique, les acheteurs sont aussi clairement invités par les pouvoirs publics à rédiger les clauses de leurs marchés à la lumière du risque inflationniste et des difficultés qui en résultent. Ainsi, la récente circulaire du 29 septembre 2022, publiée juste après l'avis rendu par le Conseil d'État du 15 septembre 2022 évoqué supra et qui abroge la circulaire du 30 mars 2022, rappelle qu'en cas notamment d'aléas économiques, les clauses de révision sont obligatoires⁽¹²⁾. Puis, de manière plus incitative, la circulaire insiste sur le choix des paramètres pour la révision des prix et l'importance de ne pas prévoir (si cela s'avère budgétairement tenable, oserions-nous ajouter) de clause dite butoir. La Circulaire est à cet égard particulièrement explicite lorsqu'elle indique qu'« il faut en particulier veiller à retenir des fréquences et des références ou formules de révision des prix qui soient

suffisamment représentatives des conditions économiques de variation des coûts des secteurs objets des prestations, notamment dans le cas des marchés de travaux allotés par corps de métier. 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, je vous demande de veiller à ce que les contrats conclus par vos services ne prévoient pas, sauf exception, de terme fixe au sein de la formule de révision de prix et ne contiennent pas de clause butoir ».

L'attention de l'acheteur ne devrait toutefois pas se focaliser sur les seules clauses à vocation purement financières. Les modalités de calcul et d'application des pénalités en cas de retard ou de difficultés, par exemple, peuvent constituer le terreau fertile d'une adaptation réussie des clauses du marché à la crise inflationniste. Il en va de même, bien que souvent difficiles à rédiger et à mettre en œuvre, des clauses dites de réexamen⁽¹³⁾ qui permettent, sous réserve d'être claires, précises et sans équivoques, de modifier les clauses du marché dans un sens prédéfinis lorsque survient un évènement (par exemple une crise, une augmentation des prix etc...) prévu d'avance. Une alternative, toujours constitutive d'une clause de réexamen aux yeux de la DAJ de Bercy⁽¹⁴⁾, mais moins contraignante, est de prévoir une clause dite « de rendez-vous » dans le CCAP du marché dans des cas prévus d'avance.

Enfin, il paraît important de rappeler ici que les acheteurs devraient systématiquement s'interroger sur la durée de leurs marchés, en particulier de leurs accords-cadres, la période actuelle étant peu propice à des engagements contractuels dans la durée (sauf à accepter que le niveau de risque élevé correspondant à une durée longue se traduise par des surcoûts importants), sous plusieurs angles.

D'une part, l'acheteur devrait systématiquement mesurer l'opportunité de reconduire ou non les contrats en cours (ce qui suppose néanmoins que ces marchés comportent des clauses de reconduction). À cet égard, il peut être préférable de ne pas prolonger l'exécution d'un marché pour lequel le titulaire connaît des difficultés importantes du fait de la crise, voire présente un risque de défaillance significatif. Ne pas reconduire un tel contrat et anticiper son renouvellement à des conditions économiques plus acceptables pour le titulaire peut s'avérer nettement préférable à devoir gérer une défaillance imprévue mettant en cause la continuité du service public.

D'autre part, des contrats d'une durée plus courte peuvent permettre à l'acheteur ayant subi des hausses de prix importantes de profiter d'un éventuel retour à la normale plus rapidement à l'occasion d'une remise en concurrence organisée dès que les prix connaîtront une tendance à la baisse.

• **3^e action : Agir sur les modalités et la mise en œuvre des procédures de passation des marchés**

De prime abord, il peut sembler logique d'estimer que les modalités de passation des marchés sont étrangères aux difficultés qui naissent par la suite en cours d'exécution. Mais en ces temps d'inflation, la réalité apparaît un peu plus complexe. Quelques exemples permettront de mieux en prendre la mesure. Ainsi, pour se protéger contre une éventuelle faillite de son futur titulaire, l'acheteur peut souhaiter affiner son degré de contrôle des capacités financières des soumissionnaires. Les exigences de l'acheteur, permises par le CCP, sont certes restreintes puisque, sauf justifications liées à l'objet ou aux conditions d'exécution particulières, « le chiffre d'affaires minimal exigé ne peut être supérieur à deux fois le montant estimé du marché »⁽¹⁵⁾. Pour autant, l'annexe 9

(11) CAA de Bordeaux, 2 décembre 2021, req. n° 21BX01447, Préfet de la Dordogne

(12) R. 2112-13 et R. 2112-14 du CCP

(13) R. 2194-1 du CCP

(14) <https://bit.ly/3FOSIsK>

du code, qui fixe la liste des renseignements et des documents financiers pouvant être demandés aux candidats au titre de leurs capacités financières n'est, elle, pas limitative⁽¹⁶⁾. Autrement dit, outre ce que l'annexe 9 prévoit déjà⁽¹⁷⁾, l'acheteur peut demander des informations ou documents plus précis, tels que le bilan d'exploitation ou le compte prévisionnel d'exploitation, lui permettant d'affiner son analyse de la situation financière de l'entreprise. Cela permet, tant dans le cadre d'une procédure ouverte que restreinte, d'avoir une plus juste appréciation des capacités réelles de l'entreprise, sous réserve que l'acheteur soit en mesure d'exploiter, seul ou avec le concours d'un assistant à maîtrise d'ouvrage et dans le respect de strictes exigences de confidentialité, ces documents et informations.

Autre piste de réflexion, d'expérience, il paraît généralement préférable de privilégier les procédures autorisant la négociation chaque fois que cela s'avère possible afin de permettre la discussion, les échanges et d'identifier, le cas échéant, les stipulations dans le marché à réécrire ou à adapter pour éviter en exécution une catastrophe industrielle non identifiée lors de la phase de sourcing, induite notamment par la hausse des prix. C'est du reste une demande formulée par nombre d'opérateurs économiques au regard de la complexité de la situation financière et du risque sans précédent qu'ils auront à supporter. Concrètement, dans le cadre

d'un marché à procédure adaptée, la négociation est toujours envisageable sous les seuils communautaires⁽¹⁸⁾, pour peu que l'acheteur l'ait prévue. Quant aux marchés passés selon une procédure formalisée, la procédure avec négociation⁽¹⁹⁾ (ci-après PAN), qui comme son nom l'indique permet la négociation, n'est pas la procédure de droit commun. C'est l'appel d'offres⁽²⁰⁾, qui lui exclut toute possibilité de négocier, qui l'est. Mais les hypothèses de recours à la PAN demeurent larges⁽²¹⁾, notamment pour les achats complexes, ceux qui ne sont pas « sur étagères » ou en cas de circonstances particulières, notamment au regard des conditions financières et des risques qui s'y rattachent dans une période d'extrême volatilité des prix⁽²²⁾.

Enfin, et cela ne surprendra vraisemblablement personne, le poids des critères de jugement des offres d'ordre financier est et sera encore davantage déterminant dans les mois à venir. En effet, plus le critère prix pèse lourd dans la balance, plus les opérateurs économiques candidats sont poussés à optimiser leur offre sur ce point, limitant leur capacité à encaisser les aléas financiers susceptibles de subvenir en cours d'exécution. Sans être diamétralement différente, la problématique n'est pas exactement la même pour les AC exécutés par MS. En effet, dès l'AC, un prix, souvent en pratique un prix plafond, doit être prévu⁽²³⁾, les titulaires étant ensuite conduits à affiner leur offre à l'occasion de la passation

de chaque MS. A l'évidence, plus le critère prix a de l'importance dès l'AC, plus l'opérateur aura été contraint de consentir un effort sur son prix plafond, le privant de toute marge de manœuvre ultérieure lors de la remise en concurrence pour chaque MS. Il semble donc essentiel de limiter le poids du critère prix pour éviter dès l'AC de demander un effort de compression des coûts trop important. Le choix d'un critère de prix non prépondérant résulte donc d'une stratégie au service d'un achat économiquement plus satisfaisant et qui, en cette période d'inflation, ne peut que répondre aux inquiétudes des opérateurs économiques.

Conclusion

Seuls les acheteurs qui parviendront à appréhender les possibilités offertes par le droit pour les marchés en cours et à adapter les pratiques à la situation économique pour leurs futurs marchés sortiront de la période actuelle sans encombre. Pour les y aider, en plus des décisions de justice, du récent avis du Conseil d'État ou de la doctrine administrative, nombre d'acheteurs proposent des outils, tels que des guides. Et c'est notamment le cas de la DAE qui a publié sur son site internet un kit à destination des acheteurs de l'État et ses établissements publics⁽²⁴⁾. ■

(15) R. 2142-7 du CCP

(16) Ce dont témoigne l'usage du mot « notamment » à l'article 2 de l'annexe 9 : « I. - Dans la mesure où ils sont nécessaires à l'appréciation de la capacité économique et financière des candidats, l'acheteur peut notamment exiger un ou plusieurs des renseignements ou documents justificatifs suivants : [...] »

(17) 1° Déclaration concernant le chiffre d'affaires global du candidat et, le cas échéant, le chiffre d'affaires du domaine d'activité faisant l'objet du marché public, portant au maximum sur les trois derniers exercices disponibles en fonction de la date de création de l'entreprise ou du début d'activité de l'opérateur économique, dans la mesure où les informations sur ces chiffres d'affaires sont disponibles ; 2° Déclarations appropriées de banques ou, le cas échéant, preuve d'une assurance des risques professionnels pertinents ; 3° Bilans ou extraits de bilan, concernant les trois dernières années, des opérateurs économiques pour lesquels l'établissement des bilans est obligatoire en vertu de la loi.

(18) Voir l'Avis relatif aux seuils de procédure et à la liste des autorités publiques centrales en droit de la commande publique, NOR : ECOM2136629V, JORF n°0286 du 9 décembre 2021

(19) L. 2124-3 du CCP

(20) L. 2124-2 du CCP

(21) R. 2124-3 du CCP

(22) Ce qui fait écho à l'une des hypothèses de recours à la PAN prévue au 4° de l'article R. 2124-3 du CCP

(23) Voir note 11

(24) <https://bit.ly/3GllxxD>