

Affaire suivie par : Arthur THIL  
Tél : 03.80.44.66.12  
mél : pref-bali@cote-dor.gouv.fr

Dijon, le 21 AVR. 2022

Le préfet de la région Bourgogne-Franche-Comté  
Préfet de la Côte-d'Or

à

Madame la présidente du Conseil régional de  
Bourgogne-Franche-Comté  
Monsieur le président du Conseil départemental de Côte-d'Or  
Mesdames et Messieurs les maires du département,  
Mesdames et Messieurs les Présidents des établissements  
publics de coopération intercommunale

Messieurs les présidents d'Orvitis et Grand Dijon Habitat  
Monsieur le président du Conseil d'administration du SDIS

*En communication de la sous-préfète de l'arrondissement de  
Beaune*

*En communication de la sous-préfète de l'arrondissement de  
Montbard*

**Objet : Conditions d'exécution et de modification des contrats de la commande publique dans le  
contexte de hausse des prix de certaines matières premières et prise en compte de l'évolution  
des prix des denrées alimentaires dans les marchés publics de restauration**

**Réf :** Ma circulaire du 26 octobre 2021 visant à faciliter l'exécution des marchés publics impactés par  
les difficultés d'approvisionnement.

Circulaire du Premier ministre n°6335/SG du 23 mars 2022 relative à la prise en compte de  
l'évolution des prix des denrées alimentaires dans les marchés publics de restauration.

Circulaire du Premier ministre n°6338/SG du 30 mars 2022 relative à l'exécution des contrats de  
la commande publique dans le contexte actuel de hausse des prix de certaines matières  
premières.

L'instabilité et l'envolée sans précédent des prix de certaines matières premières, tout  
particulièrement du gaz et du pétrole impactent de manière brutale l'ensemble des secteurs d'activités.  
De la même manière, les producteurs, les fournisseurs, les grossistes et les opérateurs de la restauration  
collective doivent depuis plusieurs mois faire face à une augmentation du coût des matières premières  
agricoles, agroalimentaires, des matériaux, des emballages, des transports et des énergies.

Cette situation, née des effets de la crise sanitaire, est aujourd'hui aggravée par la situation en Ukraine  
qui, au-delà de l'augmentation des coûts de production s'accompagne d'une problématique de  
disponibilité de certains approvisionnements.

Préfecture de la Côte-d'Or - 53 rue de la Préfecture - 21041 DIJON cedex  
mél : pref-bali@cote-dor.gouv.fr  
Site internet <http://www.cote-dor.gouv.fr>

Ce contexte inédit est de nature à affecter gravement les conditions d'exécution des contrats de la commande publique, voire leur équilibre économique, et à mettre en danger la pérennité de nombreuses entreprises ainsi que l'emploi de leurs salariés, et par voie de conséquence la continuité même des services publics.

En complément de ma circulaire du 26 octobre 2021 portant sur les facilités d'exécution des marchés publics impactés par les difficultés d'approvisionnement, je souhaite, au travers de cette communication, attirer votre attention sur les différentes dispositions légales et autres outils vous permettant, en votre qualité d'acheteur public, d'aménager les conditions d'exécution des contrats afin d'œuvrer pour la soutenabilité de nos entreprises et plus généralement le maintien de notre tissu économique.

### **I) Moyen d'actions des acheteurs publics sur les contrats en cours**

#### **1.1 Il est possible d'apporter des modifications à un contrat lorsque son exécution même est compromise.**

La pénurie des matières premières et la hausse des prix des approvisionnements sont susceptibles d'avoir des conséquences sur les conditions techniques d'exécution des contrats.

Elles peuvent notamment rendre nécessaire une modification de leurs spécifications, par exemple :

- substituer un matériau à celui initialement prévu et devenu introuvable ou trop cher,
- modifier les quantités ou le périmètre des prestations à fournir,
- ou aménager les conditions et délais de réalisation des prestations pour pallier les difficultés provoquées par cette situation.

Dès lors que des modifications *« sont rendues nécessaires par des circonstances qu'une autorité contractante diligente ne pouvait pas prévoir lorsque le contrat a été passé »*, les articles R.2194-5 et R.3135-5 du code de la commande publique autorisent des modifications importantes du contrat :

- pouvant atteindre, à chaque modification rendue nécessaire 50 % du montant initial pour les contrats de la commande publique conclus par des pouvoirs adjudicateurs ;
- et sans plafond pour les contrats de la commande publique conclus par des entités adjudicatrices intervenant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

En revanche, l'acheteur ne doit pas utiliser ces dispositions pour modifier par voie d'avenant les clauses fixant le prix lorsque cette modification du prix n'est pas liée à une modification du périmètre, des spécifications ou des conditions d'exécution du contrat.

#### **1.2 L'acheteur public peut indemniser son co-contractant pour garantir la poursuite du contrat lorsque les conditions relatives à la « théorie de l'imprévision » sont réunies.**

La théorie de l'imprévision, codifiée à l'article L.6 du CCP prévoit, en cas de survenance d'un *« événement extérieur aux parties, imprévisibles et bouleversant temporairement l'équilibre du*

contrat » que le cocontractant qui en poursuit l'exécution a droit à une indemnité. Cette indemnité a pour objet de compenser partiellement les charges supplémentaires, qui entraînent le bouleversement de l'équilibre financier du contrat.

Pour bénéficier de cette indemnisation, le titulaire du marché doit établir que trois conditions cumulatives sont réunies :

- L'événement doit procéder d'un fait étranger à la volonté des parties. Il doit donc être indépendant de la volonté du cocontractant et s'être imposé à lui.
- L'événement affectant l'exécution du contrat doit avoir été imprévisible au moment de la conclusion du contrat, c'est-à-dire qu'il n'a pu raisonnablement être prévu par le titulaire du contrat.

En l'espèce, le titulaire devra démontrer que l'augmentation des prix était imprévisible, soit dans sa survenance, soit dans son ampleur<sup>1</sup>. Dans la mesure où les prix des matières premières sont soumis à des fluctuations cycliques, une indemnisation sur le fondement de la théorie de l'imprévision ne sera possible que s'il est démontré que la hausse actuelle des matières premières concernées était imprévisible « dans son ampleur ».

- L'événement doit avoir entraîné un bouleversement de l'économie du contrat. Il doit donc avoir occasionné des charges supplémentaires<sup>2</sup>, un déficit d'exploitation, et non un simple manque à gagner.

Le titulaire devra détailler les charges extracontractuelles qui pèsent sur le contrat du fait de l'augmentation exceptionnelle des prix, qu'il s'agisse de celui de l'énergie ou de certaines matières premières, à l'exclusion des autres causes ayant pu occasionner des pertes à l'entreprise. Le titulaire devra 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.

Il est à noter que la jurisprudence ne prévoit pas d'indemnisation intégrale de la perte effective subie par l'entreprise.

Si l'augmentation du prix des denrées agricoles et alimentaires entraîne un bouleversement de l'économie du contrat, le titulaire d'un marché pourra se voir accorder une indemnité sur le fondement de la théorie de l'imprévision.

La hausse exceptionnelle du prix du gaz et du pétrole constatée depuis le dernier trimestre 2021, dont l'ampleur est accentuée par la guerre en Ukraine, est sans conteste imprévisible et extérieure aux parties, tout comme la flambée du prix de certaines matières premières. Cependant, la condition tenant au bouleversement de l'économie des marchés doit être analysée au cas par cas en tenant compte des spécificités du secteur économique et des justifications apportées par l'entreprise.

De même, si l'état d'imprévision est caractérisé, le montant de l'indemnité sera déterminé au cas par cas, au regard notamment de la situation des entreprises : les PME, les TPE et les artisans n'ont

---

<sup>1</sup> Se reporter à la [fiche](#) de la direction des affaires juridiques du ministère des finances, intitulée « les marchés publics confrontés à la flambée des prix et au risque de pénurie des matières premières » mise à jour le 22 février 2022

<sup>2</sup> Ces charges sont généralement qualifiées d'« extracontractuelles » au motif qu'elles n'étaient pas prévues lors de la conclusion du marché

pas les mêmes moyens que les grandes entreprises et les grands groupes pour anticiper et couvrir les aléas extraordinaires susceptibles d'affecter leurs approvisionnements.

### **1.3 L'acheteur public doit veiller à respecter les délais de paiement de ses fournisseurs.**

Il est essentiel que les acheteurs honorent dans les meilleurs délais les factures de leurs co-contractants. Les acheteurs devront être particulièrement vigilants à respecter le délai maximum de paiement fixé par le cahier des charges et, en cas de retard, à verser les intérêts moratoires dus au titulaire sans que celui-ci ait besoin de les réclamer.

### **1.4 Il est demandé que l'application des pénalités contractuelles dans l'exécution des contrats de la commande publique soit suspendue.**

L'augmentation des prix ne conduit pas, en elle-même à une situation de force majeure permettant au titulaire de se soustraire à ses obligations contractuelles. L'idée d'une « force majeure financière » serait d'ailleurs incompatible avec la théorie de l'imprévision, conçue précisément pour assurer la continuité du service public en assurant le titulaire que les conséquences du bouleversement de l'économie du contrat seront, pour l'essentiel, prises en charge par l'administration.

Néanmoins, à l'instar des mesures prévues dans le cadre de la crise sanitaire, il est souhaitable que l'exécution des clauses des contrats prévoyant des pénalités de retard ou l'exécution des prestations aux frais et risque du titulaire soient suspendues tant que celui-ci est dans l'impossibilité de s'approvisionner dans des conditions normales.

## **II) Moyens d'actions des acheteurs publics sur les contrats à venir**

### **2.1 Les acheteurs publics sont invités à respecter l'obligation d'insérer une clause de révision des prix dans les contrats de la commande publique**

L'exigence d'une clause de révision des prix s'impose notamment pour l'achat de denrées alimentaires et agricoles.

En vertu de l'article R.2112-13 du CCP, les marchés 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, notamment les collectivités locales.

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. Un marché à prix ferme ne permet pas de prendre en compte les aléas auxquels ce secteur est exposé.

Il en va de même des matières premières dont le prix est directement affecté par les fluctuations des cours mondiaux.

Les acheteurs doivent donc être attentifs à insérer dans les marchés des clauses de prix révisibles, soit sur la base des prix réellement constatés sur les marchés, soit sur la base d'une formule de révision, soit en combinant ces deux modalités.

Afin de ne pas pénaliser les entreprises, il est recommandé que les formules de révision des prix ne contiennent pas de terme fixe, et les contrats ni clause butoir, ni clause de sauvegarde.

## 2.2 Il est demandé aux acheteurs publics d'adapter la rédaction de leurs contrats :

- **Éviter les clauses butoirs et les clauses de sauvegarde**

Il convient d'éviter de faire coexister des clauses butoirs ou de sauvegarde avec les clauses de variation des prix compte tenu de la variabilité intrinsèque aux prix de ces produits : le recours à des clauses butoirs ou de sauvegarde 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.

- **Prévoir des clauses de réexamen, pour anticiper l'éventuelle dégradation des conditions d'exécution des contrats**

La circulaire incite également à prévoir des clauses de réexamen afin de pallier 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 du CCP permet de modifier un marché 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 Dans les projets d'achat, les acheteurs publics sont invités à rechercher un approvisionnement durable et de qualité.

Le Gouvernement souhaite fixer des orientations et 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.

S'agissant de l'approvisionnement de la restauration collective, les acheteurs publics peuvent s'appuyer sur les guides d'achat élaborés dans le cadre du Conseil national de la restauration collective, qu'ils fonctionnent en gestion directe ou concédée.

L'objectif de ces outils est de fournir à tous les acheteurs publics un appui méthodologique dans leurs pratiques d'achat, ainsi que de nombreuses informations sur les produits, filières, les contacts à prendre, les modalités d'achat des produits et les possibilités offertes par la réglementation pour améliorer leurs pratiques.

Parce que l'objet de cette communication ne prétend pas à l'exhaustivité, je vous invite à consulter les circulaires citées en référence et à prendre l'attache de mes services pour toute demande d'informations complémentaires à l'adresse suivante : [pref-bali@cote-dor.gouv.fr](mailto:pref-bali@cote-dor.gouv.fr)

*Fabien SUDRY*

Le Préfet

*Fabien SUDRY*

Fabien SUDRY

