

BULLETIN OFFICIEL DES ARMEES



Edition Chronologique

PARTIE PERMANENTE
Administration Centrale

CIRCULAIRE N° 2485/CCM

du ministre de l'économie et des finances relative à l'insertion dans les marchés de clauses de caractère incitatif.

Du 4 mars 1969

**CIRCULAIRE N° 2485/CCM du ministre de l'économie et des finances relative à l'insertion dans les
marchés de clauses de caractère incitatif.**

Du 4 mars 1969

Pièce(s) Jointe(s) :

Une annexe.

Classement dans l'édition méthodique : BOEM 430.2.1.1.

Référence de publication : BOC/SC, p. 725.

En adoptant le 17 avril 1968 les orientations fondamentales d'une politique des marchés publics, le conseil des ministres a demandé en particulier à la commission centrale des marchés d'étudier et de proposer les mesures qui pourraient inciter et aider les entreprises à réduire leurs coûts de production.

Les études menées dans ce sens sur les clauses contractuelles des marchés ont fait l'objet d'un avis de la section économique de la commission centrale des marchés ; celle-ci recommande de faire assumer par les entreprises l'ensemble des responsabilités inhérentes à leur fonction, en maintenant cependant les risques qu'elles courent à un niveau raisonnable, et de prévoir contractuellement des rémunérations correspondantes à ces responsabilités. L'application de ce principe doit conduire à insérer dans les marchés des clauses comportant le maximum d'incitations à la bonne exécution du contrat.

J'ai l'honneur de vous transmettre, ci-joint en annexe, une note, établie par la commission centrale des marchés à l'usage des services acheteurs, indiquant les conditions dans lesquelles devraient être introduites de telles clauses incitatives dans les marchés. J'attire particulièrement votre attention sur les directives suivantes qui s'en dégagent pour l'établissement des marchés futurs.

Ces directives ont pour but d'intéresser les entreprises d'une part au respect des engagements contractuels par le jeu de pénalités, de primes et de clauses de garantie, d'autre part à la réduction des coûts de production par le mécanisme des prix prévu au marché.

A)

LE RESPECT DES ENGAGEMENTS CONTRACTUELS.

Les recommandations suivantes portent sur le respect des délais et de la qualité d'une prestation.

1. Les délais.

a). Il est normal qu'une obligation retenue dans le contrat soit assortie de sanctions pour le cas de défaillance éventuelle : l'existence de pénalités pour retard dans les marchés doit donc être considérée comme la règle générale.

Ce principe conduit à accorder une attention particulière à la fixation des pénalités et à la détermination des délais. Ceux-ci, qu'ils soient fixés par l'acheteur dans le dossier de la consultation lors d'un appel d'offres ou qu'ils résultent d'une négociation, doivent être établis selon un calendrier raisonnable de façon que, compte tenu des urgences et des exigences du service public, le titulaire du marché puisse en conduire l'exécution dans les conditions les plus économiques et au moindre coût.

b). Les délais étant convenablement définis, il n'y a en général pas lieu d'inciter les entreprises à les abréger. Des primes pour avance sont de ce fait rarement justifiées ; elles peuvent cependant être accordées dans certains cas particuliers par une clause du marché.

Une telle situation se rencontre lorsqu'il est nécessaire d'inciter le titulaire à rattraper un retard dont il n'est pas responsable, ou lorsqu'une échéance impérative et difficile à tenir doit être respectée, ou lorsque la mise en service anticipée d'un matériel ou d'un ouvrage présente un intérêt financier important et indiscutable pour l'acheteur.

L'usage, dans l'exécution d'un contrat, de prime pour avance doit toutefois demeurer exceptionnel, sous peine de répercussions anormales sur les délais d'autres marchés et de dégradation dans la qualité de la prestation fournie.

Ces directives remplacent les dispositions de ma lettre-circulaire n° 4020/CH/GG/CAB du 31 octobre 1963 (1) sur les délais d'exécution des marchés publics, prise dans le cadre du Plan de stabilisation économique et financière.

2. La qualité.

La qualité de la prestation, telle qu'elle a été définie dans le contrat, est normalement soumise à des vérifications lors de la réception des ouvrages ou fournitures et entraîne l'une des décisions traditionnelles prévues par les cahiers des clauses administratives générales : acceptation, ajournement, réfaction, rejet.

Ces méthodes ne sont pas toujours suffisantes : l'acheteur d'un matériel est en effet intéressé moins par le matériel commandé que par l'utilisation qu'il en attend, or il ne peut juger cette qualité que sur une longue période.

Il est donc recommandé, essentiellement dans les marchés industriels, de donner au titulaire par une clause du marché la responsabilité du service rendu par la prestation.

Cette assurance de bon fonctionnement devra se traduire par la garantie du matériel et du maintien des performances soit dans le cadre d'un engagement contractuel de service après vente ou d'entretien, soit à l'intérieur d'un marché qui confiera simultanément au titulaire l'installation et l'exploitation totale ou partielle du matériel. Pour que l'objectif de responsabilité et d'incitation soit atteint, il est nécessaire que cette garantie fasse l'objet d'un prix forfaitaire valable pendant une durée fixée au contrat.

Dans le cas où une telle clause est prévue, il convient de faire jouer la concurrence ou de faire porter la négociation à la fois sur la valeur du matériel et sur le coût du service ultérieur et d'apprécier les offres en conséquence.

B)

LA RÉDUCTION DES COÛTS DE PRODUCTION.

L'incitation la plus vigoureuse à la réduction des coûts, à condition que le prix du marché, apprécié sur des bases solides, paraisse satisfaisant, consiste à laisser simultanément au titulaire la totalité du bénéfice possible et du risque de perte. Telle est la situation dans le cas d'un prix forfaitaire. Il est donc souhaitable, sous réserve de maintenir les aléas à un niveau raisonnable, de retenir un prix forfaitaire ou d'introduire le maximum d'éléments forfaitaires dans les clauses qui définissent les conditions de règlement. Les directives suivantes découlent de ce principe.

1. Le recours aux marchés mettant le remboursement des frais intégralement à la charge de l'acheteur doit être évité dans toute la mesure du possible, étant donné l'absence totale de caractère incitatif de ces marchés et le transfert des risques vers l'acheteur qui en découle.

Lorsque cette procédure de dépense contrôlée pure est cependant inévitable, la marge doit être fixée en valeur absolue par une clause du marché : la méthode consistant à calculer la marge proportionnelle au coût ne peut donc être admise.

Cette règle comporte deux réserves : d'une part, elle ne s'applique pas aux contrats assimilables à des marchés à commandes, d'autre part, si les dépenses sont particulièrement difficiles à évaluer, le contrat pourrait ouvrir la possibilité de renégocier le montant de la marge au cas où les dépenses réelles dépasseraient les prévisions d'un certain pourcentage, par exemple 50 p. 100.

D'une manière générale, le montant de la marge ne doit pas être révisé. Cependant, pour les marchés de longue durée, il peut être admis une révision forfaitaire basée, par exemple, sur l'évolution d'un indice « produits et services divers » (Psd), en retenant la moyenne arithmétique de cet indice tout au long du délai d'exécution.

2. Les marchés traités à prix provisoires dans les cas fixés par le code des marchés publics évoluent en pratique le plus souvent vers des marchés en dépenses contrôlées ; il convient donc d'utiliser ce type de contrat le moins possible et, lorsqu'ils y feront néanmoins appel, les services devront s'efforcer d'abandonner rapidement le caractère provisoire pour tendre soit vers le forfait, soit vers une clause d'intéressement.

3. Lorsqu'il est préférable, compte tenu des risques d'erreurs subsistant lors de l'appréciation initiale, de ne pas fixer un prix forfaitaire mais que, cependant, un prix de référence suffisamment plausible peut être calculé, il est bon d'assortir la prise en compte des dépenses constatées d'une clause d'intéressement. La note jointe en annexe fournit un certain nombre d'indications sur ce point.

Je vous serais reconnaissant de bien vouloir donner les directives nécessaires à vos services pour que les principes et les règles exposées dans la présente circulaire soient mis en œuvre dans les marchés de l'Etat et des collectivités locales et soient adaptés à la situation particulière des entreprises publiques dont vous assurez la tutelle.

Le ministre de l'économie et des finances,

François ORTOLI.

(1) BO/G, p. 4915.

ANNEXE I.
PLAN.

Introduction.

I. Incitation financière portant sur les éléments physiques du marché.

A. Incitation au respect des délais.

1. Les pénalités.

2. Les primes.

B. Incitation à la qualité.

1. Primes pour dépassement des performances.

2. Intéressement au bon fonctionnement.

C. Incitation portant sur les quantités mises en œuvre.

II. Intéressement sur les coûts et les prix.

Généralités.

A. Le système des prix provisoires.

B. Les clauses d'intéressement.

1. Les divers éléments de l'intéressement sur les prix.

a). Le prix de base :

- coût objectif ;

- marge de base.

b). Le coût constaté.

c). La formule d'intéressement :

- définition ;

- représentation graphique ;

- intéressement constant ;

- intéressement variable ;

- comparaison des divers modalités de règlement.

2. Conditions d'emploi des clauses d'intéressement et limites du système.

a). Possibilités d'emploi.

b). Limites du système.

c). Intéressement simultané sur les éléments physiques et sur les prix.

Un marché est une convention qui donne à une entreprise la responsabilité et les risques de l'exécution d'une prestation définie par son objet, sa qualité, sa quantité, son délai et son prix : il y a une liaison étroite entre la notion de marché et celle de responsabilité, celle-ci étant sanctionnée financièrement par les résultats du marché, bénéfice ou perte. Il est donc fondamental que le contrat définisse les obligations, les responsabilités et les droits du fournisseur de façon que celui-ci soit incité au maximum à exécuter la prestation dans les conditions prévues et au moindre coût.

Trois règles, correspondant à trois sources d'incitation, peuvent être énoncées à cette fin :

- toute obligation que le fournisseur a acceptée doit être assortie d'une clause permettant de sanctionner une défaillance éventuelle ;
- le fournisseur peut être incité à la réalisation de certains objectifs profitables à l'acheteur au moyen de primes ;
- les clauses de prix doivent se traduire par un intéressement aussi grand que possible à la réduction des coûts.

Sur ce dernier point, et pour aller dans le sens souhaité, il convient d'observer que c'est le prix forfaitaire qui donne à la fois le plus de responsabilités et les plus grandes chances de profit à l'entreprise ; c'est donc cette forme de prix qui doit être retenue de préférence.

Il n'est toutefois pas possible, ni même sain, de conclure des marchés à prix forfaitaires lorsque les aléas sont trop importants. L'entreprise peut alors refuser, à juste titre, de s'engager sur un prix *a priori* ; dans le cas contraire, ou bien elle se couvrira trop largement, au détriment des deniers publics, si elle surestime les risques, ou bien elle acceptera des risques trop lourds qui peuvent compromettre sa gestion. Le recours au marché en dépense contrôlée pure (qui prévoit le remboursement de tous les frais) représente alors une solution, mais, s'il entraîne la disparition des aléas, il supprime en même temps la responsabilité et les incitations au progrès. Il s'agit là d'une solution extrême, parfois inévitable, mais toujours mauvaise.

C'est pourquoi, lorsque la situation évoquée ci-dessus se présente et afin d'éviter le marché en dépense contrôlée pure, des formules d'intéressement qui enlèvent au prix forfaitaire ce qu'il peut contenir de risques excessifs tout en maintenant le maximum d'incitation à la bonne exécution du marché doivent être recherchées.

Toutes les méthodes d'incitation et d'intéressement ont pour principe la possibilité de verser au fournisseur, en raison des pénalités, des primes ou des clauses financières, un prix de règlement différent du prix fixé au contrat. Cette différence, sur laquelle porte l'intéressement, résulte d'une comparaison entre un terme de référence fixé initialement et figurant dans le marché et la situation réellement constatée ; ceci suppose qu'il est possible d'une part de définir un objectif, d'autre part de vérifier le résultat obtenu.

Le présent guide a pour objet de donner aux services acheteurs des conseils sur les incitations de caractère financier à insérer dans les marchés, en vue de la préparation des contrats et des négociations avec les fournisseurs. Les clauses de caractère incitatif peuvent porter d'une part sur les éléments physiques (délai, qualité, quantités mises en œuvre), d'autre part directement sur les coûts et les prix.

I. INCITATION FINANCIÈRE PORTANT SUR LES ÉLÉMENTS PHYSIQUES DU MARCHÉ.

Ces éléments sont ceux qui peuvent être vérifiés sans faire intervenir la comptabilité des fournisseurs : il s'agit du délai, de la qualité, des quantités mises en œuvre.

La règle générale sur ces points est le respect des exigences contractuelles, l'exécution du contrat étant assortie de sanctions éventuelles. Exceptionnellement, des primes peuvent être prévues en cas de réalisation supérieure

aux normes fixées.

A. Incitation au respect des délais.

Certaines dispositions des documents contractuels généraux, telles que celles interdisant, dans les marchés de fournitures et de travaux de bâtiment, de réviser les prix au-delà du délai d'exécution fixé par le marché, contiennent une incitation indirecte au respect de ce délai. Les développements suivants ne traitent que des clauses particulières comportant des pénalités pour retard ou des primes d'avance.

1. Les pénalités pour retard.

Elles font l'objet de clauses déjà inscrites dans les cahiers des clauses administratives générales et correspondent au principe rappelé ci-avant : un marché comportant un délai, cette obligation doit normalement être sanctionnée par des pénalités pour retard.

Dès lors que des pénalités sont prévues dans un marché, une attention particulière doit être apportée à la fixation des délais : ceux-ci doivent être établis selon un calendrier raisonnable de telle manière que le titulaire puisse conduire l'exécution du contrat dans les conditions les plus économiques, compte tenu bien entendu des urgences et des exigences du service public.

Les modalités d'application des pénalités doivent être fonction du dommage que subirait l'acheteur du fait du retard ; les solutions retenues dans les *CCAG* (fournitures courantes marchés industriels) et les pratiques établies (travaux) résultent de ce que ce dommage est lié à l'objet du marché et à sa nature. En matière de fournitures courantes, la solution normale est de faire porter la pénalité non livrée, l'autre partie étant déjà utilisable ; dans le cas des marchés industriels il sera fait en revanche plus souvent appel à une pénalité calculée en fonction du prix total du matériel, lorsque celui-ci ne saurait être mis en œuvre que complètement achevé (la solution à retenir est donc différente pour une série d'appareils complexes dont la livraison est échelonnée et pour un ensemble industriel unique) ; dans le cas des travaux, enfin, la pénalité s'applique en général au montant global du marché puisqu'un ouvrage ne peut être mis en service qu'une fois terminé. Il convient néanmoins de remarquer que si un marché de travaux peut se décomposer en plusieurs ouvrages fonctionnels et indépendants, il est bon de prévoir des pénalités partielles.

La définition des pénalités en fonction du dommage de l'utilisateur ne doit cependant pas entraîner un montant des pénalisations excessif par rapport à celui du marché ; si cette préoccupation était perdue de vue, l'incidence sur les prix proposés risque d'être hors de proportion avec le but poursuivi. D'autre part, et afin que l'objectif d'incitation soit atteint, la mise en œuvre des pénalités doit être étroitement liée à des éléments qui sont sous la responsabilité du fournisseur : les augmentations de délais qui ne lui sont pas imputables ne doivent pas être prises en compte, qu'elles résultent d'un cas de force majeure ou de modifications importantes demandées par l'acheteur.

Le délai est le plus souvent exprimé par une durée comptée à partir de la notification ou de l'ordre de service de commencer la prestation ; si, cependant, le *CPS* fixe une date précise pour l'achèvement de la prestation, il doit prévoir également une date limite pour la notification du marché.

2. Les primes d'avance ou d'exactitude.

Elles ne sont en principe pas nécessaires : le marché doit en effet définir un délai d'exécution qui puisse être normalement respecté sur les plans économique et technique et permettre donc de prendre possession de la prestation au moment voulu.

Certaines exceptions peuvent cependant être notées :

- au cas où un retard accidentel risque de perturber gravement une opération complexe (par exemple si le retard affecte une phase située sur le « chemin critique », pour une opération faisant appel à une méthode moderne d'ordonnancement), une possibilité de prime peut être introduite par voie d'avenant afin d'inciter le titulaire à rattraper le retard ;

- dans certaines circonstances très particulières où le respect d'une échéance représente un impératif absolument fondamental (opération « à tiroirs » comportant un délai d'ensemble très tendu), il peut être prévu une « prime d'exactitude » ; celle-ci se traduit par un seul palier d'amplitude assez forte et son but est d'inciter le titulaire à livrer la prestation non pas en avance, mais sûrement à l'expiration du délai contractuel ;

- parfois, enfin, l'acheteur, sans avoir du strict point de vue fonctionnel besoin de l'objet du marché avant un certain délai assorti de pénalités, trouvera un avantage financier à en disposer le plus tôt possible (remplacement d'un outil de production périmé par un organe fournissant une qualité égale à un prix de revient inférieur) ; les primes correspondantes, échelonnées dans le temps, devront tenir compte d'une part du bilan économique de l'utilisateur, d'autre part de la difficulté prévisible du fournisseur pour atteindre le résultat voulu (si l'objectif gain de temps-prime, fixé compte tenu du premier point, entraîne une dépense supérieure à la prime, l'incitation disparaît). Compte tenu de la complexité de mise en œuvre de cette méthode, il semble souhaitable de n'en motiver l'emploi que par l'intérêt pécuniaire de l'acheteur et de ne pas faire appel à l'intérêt général de la collectivité, particulièrement délicat à chiffrer.

Il convient que ces primes restent exceptionnelles car leur abus peut provoquer soit une baisse de la qualité entraînée par une exécution trop hâtive, soit un transfert de délais sur une autre commande non assortie de prime.

B. Incitation à la qualité.

D'une manière générale, qu'il s'agisse de fournitures courantes ou de travaux, la prestation est définie par référence à une norme ou à des spécifications techniques diverses ; des contrôles de la qualité exigée sont effectués lors de la réception et entraînent acceptation, ajournement, réfections ou rebut.

Parfois, cependant, des modalités d'intéressement peuvent être envisagées.

1. Primes pour dépassement des performances.

Lorsque sont commandés des appareils complexes nouveaux ou, plus généralement, des matériels dont la fabrication est délicate et non encore stabilisée du point de vue technologique, la qualité de l'objet du marché peut être définie de façon moins précise : le *CPS* fixe une performance à atteindre — que l'utilisateur estime suffisante compte tenu de ses besoins et de la technique actuelle, mais qu'il souhaite voir dépasser — et la relie à un prix forfaitaire ; il prévoit d'autre part, à condition que le besoin d'amélioration soit justifié, le paiement d'un prix supérieur si la performance atteinte est meilleure. Cette clause se traduit par une courbe représentant les variations du prix payé en fonction des résultats obtenus ; elle peut aussi rattacher le prix payé à un certain pourcentage d'appareils dépassant une performance donnée.

Lorsque l'on se trouve en présence d'un matériel nouveau, une limite doit nécessairement être fixée : si l'amélioration par rapport à l'objectif est très importante, c'est que la difficulté, donc le risque du titulaire, avait été mal évalué à l'origine.

Dans tous les cas, le contrat doit définir avec précision tout ce qui a trait au mode d'exécution des contrôles. En outre, la clause ne peut être logiquement mise en œuvre que si, d'une part, l'objectif fixé est sûrement réalisable et si, d'autre part, la valeur maximale retenue peut être vraisemblablement atteinte sans qu'il faille résoudre un problème technologique important.

2. Intéressement au bon fonctionnement.

Lorsqu'un acheteur commande un matériel, ce sont les services rendus par ce dernier qu'il recherche en réalité et non sa simple possession. Une clause peut donc confier au titulaire du marché d'installation la charge de la garantie et du service après vente, ou de la garantie et de l'exploitation (contrats de longue durée pour la fourniture de chaleur...), moyennant une rémunération forfaitaire.

La recherche de la sécurité du fonctionnement peut aussi justifier l'insertion de clauses prévoyant explicitement le versement de primes (« prime de bon fonctionnement », « prime de disponibilité »...).

Quelles que soient les modalités retenues, garantie forfaitaire ou primes, elles doivent être connues lors de l'appel à la concurrence et constituer un des éléments d'appréciation des offres.

3. La décision d'intéresser un titulaire de marché à la qualité de la prestation ne peut être prise que s'il existe des méthodes quantitatives pour évaluer cette qualité. Ainsi, les contrats comportant obligation de moyens et non de résultats — tels de nombreux marchés de recherches et d'études — ne peuvent faire appel à cette procédure.

C. Incitation portant sur les quantités mises en oeuvre.

1. La question se pose essentiellement dans le secteur des travaux lorsque les aléas, dépendant en particulier de la nature des sols, ne permettent pas de fixer un montant forfaitaire (génie civil et infrastructure du bâtiment). Il est alors tenu compte des quantités, la méthode très généralement employée consistant à régler un prix total qui résulte de l'application des prix de bordereau forfaitaires aux quantités réellement exécutées.

Cette procédure est peu satisfaisante puisque, en supposant les prix de bordereau — qui incluent la marge bénéficiaire — correctement établis, l'entrepreneur a intérêt à ce que les quantités mise en œuvre soient les plus grandes possibles ; il ne court pas de risque, celui-ci étant reporté sur le maître d'ouvrage. Il convient donc, au moins, de supprimer l'incitation à l'accroissement de la dépense, la principale difficulté de principe résultant de la responsabilité très variable de l'entrepreneur dans l'établissement du détail estimatif.

Si l'appel d'offres a lieu sur un projet du maître d'ouvrage, les quantités figurant sur le détail estimatif sont définies par ce dernier et l'entrepreneur peut tout au plus tenir compte des erreurs qu'il relève pour fausser les prix unitaires correspondants ; sa responsabilité ne peut être mise en cause. En revanche, dans les marchés passés après un concours ou lorsque l'appel d'offres ayant laissé la possibilité de proposer des variantes, une variante est retenue, la responsabilité de l'entrepreneur peut être engagée, respectivement sur l'ensemble des travaux ou sur la partie du marché intéressant la variante.

2. La méthode à utiliser consiste à pratiquer un abattement sur les prix lorsque les prévisions sont dépassées, en accordant éventuellement une franchise. Cette procédure peut prendre deux aspect :

- elle peut être appliquée de manière élémentaire, l'abattement intervenant sur le prix unitaire d'un poste du détail estimatif lorsque les quantités mises en œuvre pour ce poste dépassent celles qui étaient prévues initialement ;

- elle peut au contraire jouer globalement, l'abattement entrant en jeu pour l'ensemble de l'acompte dès que les paiements effectués en appliquant les prix unitaires aux quantités réellement exécutées atteignent un montant correspondant au détail estimatif (1).

II. INTÉRESSEMENT SUR LES COÛTS ET LES PRIX.

Le principe de base de l'intéressement sur les coûts et les prix est de chercher à réintroduire une incitation à la réduction des coûts, liée à une amélioration du profit, lorsque le montant du marché ne peut être forfaitaire. Cette dernière forme est bien la plus incitative, mais c'est également celle qui contient les plus grands risques pour le titulaire ; la dépense contrôlée pure ne renferme au contraire aucune incitation à l'amélioration du prix de revient et met à la charge du client la mauvaise gestion ou la mauvaise organisation éventuelles du producteur. Le problème posé est donc, par rapport au forfait, de réduire le plus possible les aléas en diminuant le moins possible la responsabilité et l'intéressement de l'entreprise.

L'incitation doit être d'autant plus forte que l'incertitude sur le prix de revient est plus faible : si la prévision est sûre, l'évaluation est vraisemblablement proche du coût réel et l'effort nécessaire pour arriver à un prix inférieur est important ; si au contraire la prévision est peu précise, elle peut être soit nettement surévaluée, et obtenir un prix de revient inférieur est facile, soit largement sous-évaluée, et le niveau de l'incitation contractuelle importe peu, puisque l'intérêt permanent du titulaire est d'éviter les dépassements, toujours générateurs de diminution de la marge ou de perte.

A tout le moins, et quel que soit le caractère du prix, il est nécessaire d'éviter les incitations, à une augmentation du prix payé. En particulier, lorsque le marché est traité en dépense contrôlée pure, il ne peut être admis que la marge bénéficiaire soit définie, par un pourcentage, en fonction du prix de revient constaté : elle doit être fixée en valeur absolue, quel que puisse être ce dernier.

Le principe précédent ne s'applique évidemment pas aux contrats assimilables à des marchés à commandes. D'autre part, dans les cas où les évaluations sont particulièrement difficiles à faire, ou lorsque la qualité de la prestation fournie dépend directement des dépenses consenties (marchés d'études, de réparation...), il est souhaitable de conserver une possibilité de renégociation de la marge. Le contrat initial peut fixer à cet effet un seuil, correspondant à un certain dépassement par rapport aux dépenses prévues, de l'ordre par exemple de 50 p. 100. Au-delà de ce seuil, c'est au titulaire qu'il incombera de prendre l'initiative d'une négociation, mais l'acheteur conservera l'entière liberté de juger, compte tenu de la manière dont le fournisseur a exécuté le contrat et des raisons du dépassement, s'il convient de modifier le montant de la marge et de quelle façon.

La mise en œuvre de l'incitation sur les coûts ne peut être valablement envisagée qu'à la condition absolue de disposer d'un système comptable suffisant chez le fournisseur.

Deux modalités peuvent être utilisées pour réduire les effets de l'incertitude qui règne sur l'exécution d'un contrat :

- soit procéder par étapes, c'est la méthode des prix provisoires ;
- soit partager les risques dans le marché initial, c'est la méthode des clauses.

A. Le système des prix provisoires.

L'article 105 du code des marchés publics donne la possibilité de conclure des marchés à prix provisoire, avec les entrepreneurs ou fournisseurs qui se soumettent à un contrôle particulier de l'administration, lorsque la complexité ou l'usage d'une technique nouvelle obligent à commencer l'exécution avant que toutes les conditions puissent être complètement déterminées. Selon les dispositions de cet article, un avenant fixant les clauses définitives doit intervenir au plus tard à l'expiration du premier tiers de la durée d'exécution fixée par le marché.

L'objectif du système est de pallier la difficulté qui résulte d'aléas techniques trop importants au départ en décomposant le problème dans le temps, par approches successives. Les modalités en sont les suivantes : après une première phase traitée le plus souvent en dépenses contrôlées, les phases ultérieures doivent conduire à un prix forfaitaire ou à une clause d'intéressement.

Lorsque le service acheteur ne dispose pas des moyens suffisants pour suivre de près la fabrication, cette méthode présente des inconvénients sérieux :

- du point de vue économique, elle contient une incitation au gonflement des coûts lors de la première étape. Contrairement à ce qui est fréquemment admis, cet inconvénient subsiste si un plafond a été prévu ; en effet, à ce stade, l'intérêt du titulaire est de se rapprocher du prix plafond, alors que celui-ci n'a pas fait le plus souvent l'objet d'une négociation serrée de la part du service acheteur, compte tenu de la perspective des contrôles de dépenses ultérieures ;
- du point de vue pratique, elle nécessite une enquête comptable exigeant des délais trop longs pour que puissent être en général respectées les règles fixées par le code pour transformer le prix provisoire en prix définitif.

Le prix provisoire devient donc souvent très proche d'un prix en dépense contrôle pure ; il convient en conséquence de lui appliquer la règle de la marge définie en valeur absolue, et non en pourcentage, et surtout de limiter le plus possible l'usage de ce système en faisant appel de préférence à des clauses d'intéressement.

Quoi qu'il en soit, lorsque la procédure du prix provisoire est utilisée, il est nécessaire de veiller fermement, pour ne pas tendre vers un règlement en dépense contrôlée pure, à ce que le prix définitif soit fixé le plus rapidement possible.

B. Les clauses d'intéressement.

L'incidence de ces clauses sur les deux parties au contrat est la suivante : le prix payé augmente lorsque le prix de revient réel croît, ce qui est économiquement sain à l'égard des fournisseurs ; la marge diminue lorsque le prix payé augmente, ce qui représente une sauvegarde pour l'acheteur, et, symétriquement, elle augmente lorsque le prix payé diminue, ce qui constitue l'incitation recherchée.

1. Les divers éléments de l'intéressement sur les prix.

Ce sont : le prix de base, le coût constaté, la formule d'intéressement (c'est-à-dire la formule de partage des écarts).

a). Le prix de base.

Le prix de base, prévisionnel et forfaitaire, se discute à partir d'un devis produit par le fournisseur ; il se décompose donc généralement en un coût et une marge.

Le coût objectif est le point autour duquel jouera l'intéressement.

Sa définition résulte d'une négociation au cours de laquelle le fournisseur est naturellement mieux placé que l'acheteur public pour évaluer le prix de revient prévisionnel de la prestation. En pratique, il est bon que le service cherche à déterminer la plage des variations possibles du prix de revient, c'est-à-dire les valeurs minimale et maximale qu'il est peu probable de le voir dépasser ; il reste ensuite à trouver un point d'accord sur cette plage.

L'incitation et l'efficacité de la clause d'intéressement dépendront fortement du choix de ce premier élément. La formule d'intéressement ne peut qu'atténuer les erreurs autour de ce point mais ne les annule pas ; une grande attention doit donc être portée

à la fixation du coût objectif, en particulier afin d'éviter qu'il soit surévalué. Ainsi, il faut tenir compte des modifications technologiques importantes prévisibles et de l'évolution structurelle de l'entreprise le cas échéant (sous-activité, reconversion...).

La marge de base est fixée par application des directives établies sur la négociation des prix et des marges dans les marchés. Elle dépendra en particulier des risques assumés par le titulaire, variant d'une part en fonction de la clause d'intéressement découlant d'autre part d'éléments spécifiques tels que la complexité de la prestation, son degré de nouveauté, le délai d'exécution imposé, la confiance dans les méthodes utilisées par le fournisseur pour établir son devis.

Il importe de noter dès maintenant combien il est délicat de manier l'intéressement sur les prix du fait de l'interdépendance étroite qui existe entre les divers facteurs entrant en ligne de compte, essentiellement entre les composants du prix de base et la formule d'intéressement.

En effet, le choix de la courbe de partage des écarts dépendra en partie de l'appréciation portée par le service négociateur sur la justesse de la valeur retenue après discussion pour le coût objectif. Quant à la marge de base, elle sera largement fonction de la formule d'intéressement, en particulier de l'existence éventuelle d'un plafonnement du prix payé. Enfin, le degré de confiance dans le coût objectif influera sur la fixation de la marge de base (par exemple, si le coût objectif est relativement sûr, la probabilité pour que la marge finale soit proche de la marge de base est grande et, si cette dernière a été fixée à un niveau trop élevé, le titulaire peut être tenté de s'en satisfaire, ce qui rendrait inopérante la clause d'intéressement).

b). Le coût constaté.

C'est le second des deux termes de comparaison qui permettent de faire jouer l'intéressement. Il est donc essentiel de pouvoir le connaître sans ambiguïté. Ceci suppose que le titulaire dispose d'une bonne comptabilité — complète, d'utilisation rapide, exacte... — et totalement ouverte à l'acheteur. En pratique, il convient qu'un « protocole comptable » ait été conclu entre les pouvoirs publics et l'entreprise bénéficiaire d'une clause d'intéressement, ce qui est rendu possible par le développement des plans comptables professionnels. Encore faut-il que les services respectent cette normalisation, sous peine d'accroître les frais administratifs des entreprises ; ils doivent se contenter de mettre éventuellement l'accent sur tel ou tel point de la comptabilité afin de traiter le marché visé en parfaite connaissance de cause, mais n'exiger en aucun cas des modalités d'organisation comptable différentes de ce que le plan professionnel a prévu.

Sur les plans matériel et contractuel, quelques précautions doivent être prises afin que l'enquête permettant d'aboutir au coût constaté puisse être exécutée dans de bonnes conditions :

- la constatation du coût réel ne doit pas faire seulement l'objet d'une enquête technico-comptable *a posteriori* : il convient de contrôler l'exécution du marché elle-même afin de s'assurer du bien-fondé tant des éléments techniques (quantités mises en œuvre...) que des éléments comptables (imputation de frais...), ce qui suppose aussi bien leur constatation que leur critique ;

- il est nécessaire par ailleurs d'éviter les difficultés provenant de ce que des acomptes auraient été versés au-delà du coût réel. Le marché peut prévoir pour cela une retenue, par exemple sur les derniers acomptes, que serait maintenue non seulement jusqu'à ce que le titulaire ait fourni tous les

éléments comptables nécessaires, mais jusqu'à ce que le service ait achevé la détermination du coût, puisque cette opération requiert également une participation du titulaire. Le *CPS* doit donc alors fixer les modalités de la retenue et un délai laissé au service pour étudier le prix de revient, délai allongé en fonction de retards éventuels imputables au fournisseur. Le *CPS* pourrait prévoir que ce dernier aura droit à des intérêts moratoires au-delà de ce délai.

c). La formule d'intéressement.

C'est par elle que sont répartis les risques et déterminée l'incitation du titulaire ; il s'agit là de l'élément le plus spécifique de l'intéressement sur les prix, il permet une grande souplesse et des possibilités de modulation multiples. Son choix est délicat du fait qu'il repose sur plusieurs facteurs interdépendants :

- l'importance des aléas et leur probabilité ;
- l'importance et la nature des risques qu'il est possible de faire supporter à l'entreprise ;
- l'appréciation portée sur le niveau du prix de base ;
- l'intensité de l'intéressement.

Quoi qu'il en soit, il est bon d'exclure de la clause d'intéressement les parties de la prestation pour lesquelles les aléas sont excessifs ; elles pourront être traitées en dépense contrôlée pure.

La formule d'intéressement peut être représentée par une courbe, composée de segments rectilignes, caractérisée par :

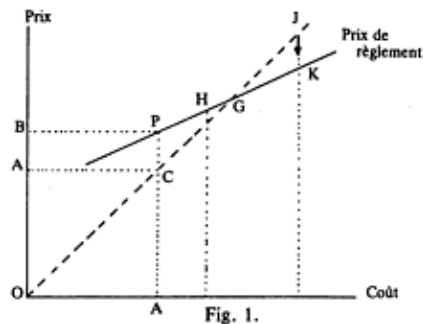
- la pente de ces segments, qui définit l'intensité de l'intéressement en fixant le pourcentage de participation de chacun des deux cocontractants aux écarts en plus ou en moins par rapport au coût objectif (une participation forfaitaire — rattachée au coût objectif — du titulaire égale à 50 p. 100 représente déjà un risque important et une forte incitation, 10 p. 100 entraîne une incitation faible) ;
- sa forme, qui précise la variation du prix payé en fonction du coût constaté, elle peut être :
 - continue, en ce qui correspond à un intéressement constant, donc à une incitation permanente ;
 - discontinue, ce qui revient à faire varier, dans l'un ou l'autre sens, le risque et l'intéressement du titulaire lorsque l'on s'éloigne du coût objectif ;
 - discontinue et symétrique de part et d'autre de ce point, ce qui entraîne une participation égale aux pertes et aux bénéfices et peut donc faciliter le choix de l'intensité de l'intéressement lors de la négociation initiale ;
 - assortie de plafonnements, servant de sauvegarde pour l'acheteur ou pour le fournisseur et se justifiant par le fait qu'un écart trop grand est la preuve d'un mauvais calcul, qu'il convient donc de faire cesser

l'intéressement.

Représentation graphique de la formule d'intéressement.

La formule d'intéressement peut être représentée par une courbe (en général une ligne droite ou brisée) traduisant le prix de règlement en fonction du prix de revient. En abscisse sont donc portés des coûts et en ordonnée des prix.

Figure 1.



Ainsi, l'abscisse du point P, qui est supposé représenter le prix de base, est égale au coût objectif (OA) ; son ordonnée OB est égale au coût objectif ($OA' = OA$) majoré de la marge de base (A'B).

La bissectrice des axes permet d'apprécier la marge incluse dans le prix de règlement : celle-ci est en effet représentée par le segment vertical compris entre le point figurant ce prix et la bissectrice. Lorsque le segment est au-dessus de cette droite, il y a bénéfice (GH), lorsqu'il est au-dessous, il y a perte (JK).

Intéressement constant.

C'est le cas le plus simple de partage des écarts entre l'acheteur et le titulaire : les écarts en plus ou en moins, entre le coût constaté et le coût objectif sont répartis selon le même rapport quel que soit le coût constaté.

Cette formule est représentée par une droite (voir fig. 3 ci-après, droite 4). Si le coût constaté est égal au coût objectif (OA), le prix payé est égal au prix de base ($AP = OB$) et la marge finale égale à la marge de base ($CP = A'P$) ; si le coût augmente, la marge finale décroît jusqu'à s'annuler (D) et se transformer en perte ensuite.

La clause correspondante peut s'exprimer comme suit :

- le prix payé est égal à $x \%$ du coût objectif, plus $(100 - x) p. 100$ du coût constaté, plus la marge de base ;
- $x p. 100$ représente la part de forfait.

Intéressement variable.

Au contraire de la méthode précédente, l'intéressement peut être modulé en fonction du coût constaté, c'est-à-dire du prix de revient auquel le titulaire parvient. Les formules correspondantes répondent en général plus au souci de limiter les risques de perte ou de bénéfice excessifs qu'à celui de la recherche systématique d'une incitation.

Des nuances peuvent être apportées à l'intéressement :

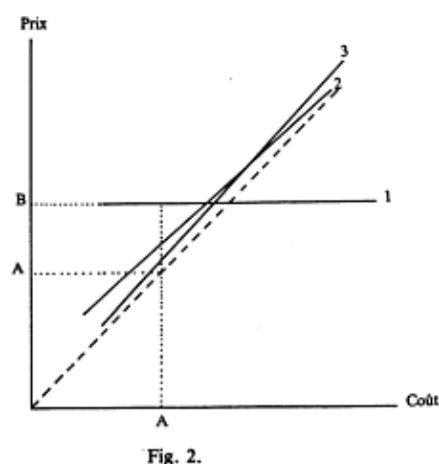
- en limitant le prix payé par un plafonnement, formule qui doit normalement entraîner une hausse de prix de base par rapport à une situation sans limitation ;
- en réduisant les risques extrêmes par une augmentation du prix payé parallèle à celle du coût constaté, une marge minimale étant alors assurée, en valeur absolue, ou une perte maximale fixée ; cette formule se justifie notamment lorsque la probabilité de s'écarter des coûts prévus est faible et qu'il est donc nécessaire de créer en priorité une forte stimulation autour du coût objectif ;
- en prévoyant au contraire peu ou pas d'intéressement autour du prix de référence et un intéressement élevé en dehors de cette plage centrale, si c'est en dehors de la zone du coût objectif qu'il faut promouvoir des efforts importants.

Comparaison des diverses modalités de règlement.

Ainsi qu'il a été dit plus haut, la marge de base et la formule d'intéressement sont interdépendantes. Donc, si diverses modalités de règlement sont représentées sur une même figure, à une même abscisse (relative à une certaine évaluation du coût objectif) du point P correspondront des ordonnées (prix de base) différentes ; les solutions comportent en effet un risque variable pour le titulaire et la marge de base doit être modulée en conséquence.

Les deux graphiques suivants permettent de comparer les solutions de la dépense contrôlée pure et de la dépense contrôlée avec intéressement à celle du forfait.

Figure 2.



Droite 1 : forfait. Le prix de règlement est constant (OB1) quel que soit le coût.

Droite 2 : dépense contrôlée + marge constante en valeur absolue. Le segment compris entre la droite et la bissectrice est constant quel que soit le coût ; le taux de la marge bénéficiaire augmente si le coût diminue.

Droite 3 : dépense contrôlée + marge en pourcentage. Le segment visé ci-dessus, donc le montant du bénéfice inclus dans le prix de règlement, croît en même temps que le coût. Cette formule n'est indiquée qu'à titre d'information car il a été spécifié plus haut qu'elle devait être rejetée en règle générale.

Figure 3.

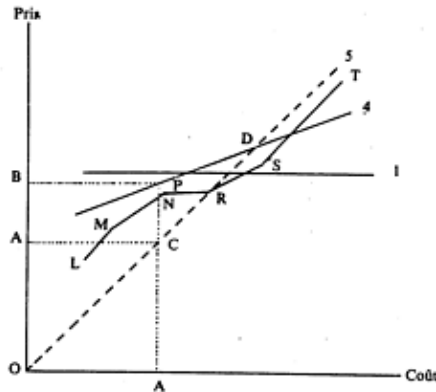


Figure. 3.

Droite 4 : intéressement constant.

Lignes brisée 5 : exemple de clause d'intéressement variable.

Segment NR : pas de partage, prix de règlement invariable.

Segments MN, RS : intéressement constant.

Segments LM, ST : plafonnement du bénéfice et de la perte en valeur absolue.

2. Conditions d'emploi des clauses d'intéressement et limites du système.

a). Possibilités d'emploi.

Il a déjà été noté que le recours à la procédure des clauses d'intéressement est utile lorsque, le risque du forfait ne pouvant être imposé au titulaire, il convient d'éviter dans toute la mesure du possible de traiter en dépense contrôlée pure.

Les clauses d'intéressement doivent donc être considérées comme un moindre mal par rapport à cette dernière méthode et il faut chercher autant que possible à glisser vers le forfait. Ceci peut être obtenu en isolant, dans l'ensemble d'une opération, les prestations nettement aléatoires et en procédant à des études préalables afin de réduire l'incertitude. Ainsi, lors d'une fabrication nouvelle complexe, l'étude ayant déjà été faite, des clauses d'intéressement pourront normalement être utilisées pour le marché de prototype ou de développement, elles devraient présenter un caractère plus exceptionnel pour la présérie. D'un point de vue général, cette procédure est applicable essentiellement à certains marchés industriels, son emploi dans les marchés de travaux doit en revanche être extrêmement rare.

Cette procédure est à réserver essentiellement aux marchés traités de gré à gré. Si cependant, exceptionnellement, une clause d'intéressement sur les prix doit être incluse dans un marché conclu après appel d'offres, il est bon que le dossier de consultation indique une méthode-type en application de laquelle les

soumissionnaires devront nécessairement remettre une offre, la possibilité de proposer d'autres méthodes étant éventuellement ouverte.

b). Limites du système.

La procédure des clauses d'incitation, comme toute formule exigeant un contrôle de dépenses, comporte un certain nombre de sujétions qu'il convient de ne jamais perdre de vue ;

- c'est, en premier lieu, un système lourd qui demande à la fois un personnel qualifié lors de la négociation initiale et des équipes complètes et compétentes pour surveiller l'exécution et déterminer le prix de revient : il n'est pas réaliste de vouloir mettre en œuvre cette méthode si les moyens en personnel de l'acheteur sont trop faibles ; il ne serait pas non plus rentable de le faire pour des marchés peu importants ;

- l'existence d'une base comptable contrôlable chez le titulaire est indispensable, afin que le coût constaté puisse être établi correctement ;

- des informations suffisantes doivent pouvoir être recueillies auprès de l'entreprise pour fixer le prix de base de façon raisonnable.

c). Intéressement simultané sur les éléments physiques et sur les prix.

Fréquemment, le service acheteur sera amené à faire jouer simultanément l'intéressement sur le coût et sur les performances, éventuellement aussi sur le délai. Le fournisseur doit alors être en mesure, *a priori*, d'obtenir le résultat maximal vis-à-vis des diverses catégories de stimulation. Inversement, le résultat minimal d'ensemble doit correspondre à une prestation qui reste acceptable pour l'acheteur.

Les incitations de types différents sont très interdépendantes ; il existe un optimum prix de revient — délai, un optimum prix de revient — performance (incluant non seulement la mise au point, mais les frais de fonctionnement, de maintenance, de réparation...), au-dessus et au-dessous desquels il y a dégradation du résultat. Le service doit tenir compte de cette imbrication lors de l'établissement des diverses clauses, d'une part s'il veut donner la priorité à tel ou tel des éléments, d'autre part afin d'éviter que l'une des catégories d'incitation perde toute signification.

(1) Si l'on appelle A le montant correspondant au détail estimatif, B le résultat de l'application des prix unitaires aux quantités réellement mises en œuvre, K le pourcentage d'abattement et P le prix payé, la méthode globale se traduit par $P = A + (1 - K)(B - A)$ (au delà de A, les travaux sont payés au niveau $1 - K$ et non plus au niveau 1).

Cette expression s'écrit $P = KA + (1 - K)B$, simplification qui montre que le prix payé est une pondération du détail estimatif et des quantités effectivement utilisées, donc que la méthode est intermédiaire entre le forfait et la dépense contrôlée.