



Fiche technique

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

SOMMAIRE

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵ Point 15 de l'avis.

⁶ Point 9 de l'avis.

⁷ Point 9 de l'avis.

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

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

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

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

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

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

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

⁸ Point 10 de l'avis.

⁹ Point 20 de l'avis.

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

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

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

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

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

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

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

¹² Point 20 de l'avis.

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

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

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

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

ATTENTION :

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A SIGNALER :

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

La décomposition des prix contractuels initiaux pourra notamment faire apparaître :

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ATTENTION :

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁸ Points 2, 10 et 15 de l'avis.

¹⁹ Points 20 de l'avis.

ATTENTION :

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

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

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

A SIGNALER :

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

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

²⁰ Point 7 de l'avis.

ATTENTION :

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

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

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

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

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

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

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

²¹ Point 12 de l'avis.

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

²³ Point 12 de l'avis.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁵ Point 13 de l'avis.

²⁶ Point 15 de l'avis.

RAPPEL :

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

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

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

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

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

²⁷ Point 22 de l'avis.

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

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

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

Cette indemnité peut ainsi être versée :

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

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

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

²⁸ Point 23 de l'avis.

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

³⁰ Points 22 à 26 de l'avis.

ATTENTION :

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

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

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

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

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

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

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

³¹ Point 25 de l'avis.

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

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

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

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

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

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

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

³² Point 26 de l'avis.

³³ Point 26 de l'avis.

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

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

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

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

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

³⁴ Point 22 de l'avis.

³⁵ Point 28 de l'avis.