

## **La modification du contrat pour circonstances imprévisibles et la théorie de l'imprévision**

Ce début d'année 2023 a été marquée par les suites de la crise sanitaire et la guerre en Ukraine ainsi que par les conséquences de la très forte reprise mondiale, avec des phénomènes de pénuries, de retards et de flambée des coûts d'approvisionnement de certaines matières premières et de composants.

Ces difficultés d'approvisionnement ont ainsi engendré un renchérissement important des coûts et un allongement des délais d'exécution de certains marchés publics. Cette situation a donc entraîné des difficultés dans l'exécution des contrats de la commande publique, au regard notamment de leurs clauses financières.

### **I. La modification du contrat pour circonstances imprévisibles**

#### **• Que faut-il entendre par circonstances imprévisibles ?**

L'article R. 2194-5 du CCP ne définit pas les circonstances imprévisibles mais théoriquement, celles-ci peuvent être de quatre ordres :

- Changements de législation (notamment fiscale rendant l'exécution plus onéreuse) ;
- Changements politiques (embargo international, conflits armés) ;
- Changements technologiques ;
- Changements d'ordre commercial (évolution du cours des matières premières) ;
- Catastrophes naturelles.

Quelle que soit sa nature, **le changement de circonstances devra être extérieur à la partie qui l'invoque et avoir un impact direct et important sur l'exécution du contrat :**

- **La modification du contrat pour circonstances imprévisibles**

Conformément à l'article R.2194-5 du CCP, le marché peut être modifié lorsque la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir. Dans ce cas, les dispositions des articles R. 2194-3 et R. 2194-4 sont applicables.

Ainsi, les modifications pour circonstances imprévisibles sur le fondement des articles R. 2194-5 et R. 3135-5 du code de la commande publique doivent :

- être justifiées par des circonstances imprévisibles dont les conséquences onéreuses excèdent ce qui pouvait être raisonnablement prévu par les parties ;
- être limitées à ce qui est nécessaire pour faire face aux circonstances imprévisibles ;
- 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.

Le montant de la modification sur le fondement de l'article R. 2194-5 du CCP peut être supérieur à 50 % du montant du marché initial en sachant que cette limite s'applique au montant de chaque modification.

De plus, ces modifications ne doivent pas avoir pour objet de contourner les obligations de publicité et de mise en concurrence.

Pour faire face au contexte économique et aux difficultés rencontrées par les acheteurs publics, le Conseil d'État a rendu un avis permettant de simplifier l'état du droit :

- **L'avis du Conseil d'État**

Le Conseil d'État a rendu un avis clarifiant les possibilités offertes par le droit de la commande publique de modifier les conditions financières et la durée des contrats pour faire face à des circonstances imprévisibles<sup>1</sup>.

**5 enseignements semblent prioritaires à retenir concernant les modifications des conditions financières et de la durée des contrats<sup>2</sup> :**

<sup>1</sup> CE, Avis, 15 septembre 2022, n°405540

<sup>2</sup> Le blog de la performance publique, De la modification à l'imprévision : tour d'horizon des outils proposés par le Conseil d'État pour faire face à la flambée des prix, 29 septembre 2022

<p><b>1. La révision « sèche » du contrat est possible</b></p>	<p>Le Conseil d'État confirme qu'une révision « sèche » du prix , c'est-à-dire des seules clauses financières, n'est pas prohibée par le CCP. La réglementation n'impose pas que les modifications portent sur les seules caractéristiques ou conditions d'exécution des prestations initialement convenues, et non sur les clauses financières. Les contrats peuvent aussi être modifiés afin d'y introduire une clause de variation des prix ou de réexamen si le contrat n'en contient pas, ou de faire évoluer une clause existante qui se serait révélée insuffisante.</p> <p>Le Conseil d'État semble ainsi revenir sur le principe d'intangibilité du prix, en vertu duquel le prix contractualisé et les conditions de son évolution ne peuvent évoluer au cours du contrat.</p>
<p><b>2. La modification de la durée des contrats est possible</b></p>	<p>Le Conseil d'État précise également que les prolongations de contrat sont possibles, sans nouvelle procédure de mise en concurrence, si elles sont rendues nécessaires par des circonstances imprévisibles ou s'il s'agit de modifications non substantielles ou de faible montant. Le Conseil d'État relève néanmoins la difficulté pratique qui tient à la nécessité d'évaluer une durée en proportion du montant initial du contrat.</p>

<p><b>3. L'avenant au titre des circonstances imprévisibles est possible uniquement en cas de « dépassement des limites raisonnables »</b></p>	<p>Le Conseil d'État estime que la modification du contrat au titre des circonstances imprévisibles 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. Si l'analyse à opérer n'est pas évidente en matière de marchés publics, elle se révèle encore plus délicate à apprécier en cas de concession.</p>
<p><b>4. La possibilité de cumuler les régimes des avenants</b></p>	<p>Le Conseil d'État confirme la possibilité de « cumuler les fondements » selon les avenants. Ainsi, 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 des circonstances imprévisibles.</p>
<p><b>5. Le fondement des modifications non substantielles ne peut concerner des éléments essentiels</b></p>	<p>Il est rappelé que les modifications non substantielles du contrat ne permettent pas de modifier l'objet du contrat ou de faire évoluer son équilibre économique en faveur de l'entrepreneur. Sont ainsi proscrites les modifications des éléments essentiels, comme la durée, le volume des prestations, les prix ou les tarifs.</p>



Il convient de ne pas confondre la modification du contrat pour circonstances imprévisibles avec la modification du contrat en vertu de l'article R. 2194-7 du CCP (modifications non substantielles). En effet, le Conseil d'État a précisé que les modifications rendues nécessaires par des circonstances imprévisibles, même lorsqu'elles ne sont pas substantielles, sont régies par les dispositions de l'article R.2194-5 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. Dès lors, le juge administratif rappelle que **les deux dispositifs sont 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 de l'article R.2194-7.

À la suite de cet avis, le Premier ministre a, par une nouvelle circulaire<sup>3</sup> se substituant et abrogeant la précédente<sup>4</sup>, énoncé les conditions d'exécution et de modification des contrats de la commande publique dans le contexte de hausse de prix des matières premières. En effet, cette circulaire a pour objet de présenter aux préfets les recommandations en matière d'exécution des contrats de la commande publique :

- L'obligation de prévoir des prix révisibles pour de nombreux marchés publics ;
- La possibilité de procéder à des modifications des seules clauses financières des contrats pour compenser les conséquences des hausses imprévisibles de certains coûts d'approvisionnement ;
- Le droit du cocontractant à être indemnisé sur le fondement de la théorie de l'imprévision ;
- La possibilité de résilier le contrat à l'amiable faute d'accord sur les conditions de la poursuite du contrat ;
- Le gel des pénalités contractuelles dans l'exécution des contrats de la commande publique ;
- L'application de l'article 1195 du code civil relatif au changement de circonstances lors de la conclusion du contrat pour les contrats de droit privé.

---

<sup>3</sup> Circulaire n°6374/SG, 29 septembre 2022

<sup>4</sup> Circulaire n°6338/SG, 30 mars 2022

**Attention : Il n'y a pas de « droit à une modification »** du contrat sur le fondement de l'article R. 2194-5 du CCP. En effet, l'acheteur public n'est pas tenu de modifier le contrat et s'il le fait, il lui appartient de demander au titulaire du contrat **tout document probant attestant de la réalité et de l'étendue des surcoûts supportés afin de vérifier que les ajustements tarifaires ne génèrent pas une compensation qui ne correspondrait pas aux surcoûts anormaux occasionnés du fait de circonstances imprévisibles.**

## II. La théorie de l'imprévision

### • Qu'est-ce que la théorie de l'imprévision ?

En droit administratif, l'imprévision est une théorie jurisprudentielle née de *l'arrêt du Conseil d'État du 30 mars 1916 « Compagnie générale du gaz de Bordeaux »* et désigne la situation dans laquelle **un contrat est déséquilibré par un changement de circonstances qui n'était pas prévisible lors de sa conclusion**. La partie qui en est victime peut ainsi demander à son cocontractant de renégocier le contrat :



**Une situation est imprévisible lorsque les conditions suivantes sont remplies :**

- L'évènement est imprévisible au moment de la signature du contrat ;
- L'évènement est extérieur aux parties ;
- L'évènement rend plus onéreuse l'exécution du contrat<sup>5</sup> ;
- Pour les marchés à forfait, l'évènement bouleverse l'économie du contrat<sup>6</sup>.

L'article L. 6 du CCP prévoit que lorsque survient un évènement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat, le cocontractant, qui en poursuit l'exécution, a droit à une indemnité. Ainsi, **l'indemnisation d'imprévision ne peut pas, en principe, être formalisée dans un avenant au contrat** puisqu'elle n'a pas pour vocation d'en modifier les stipulations mais seulement de compenser des charges extra-contractuelles. Dès lors, **elle sera formalisée par une convention liée au contrat**, applicable pendant la situation d'imprévision et, qui pourra comprendre une clause de rendez-vous à l'issue du contrat de manière à fixer le montant définitif de l'indemnité.

<sup>5</sup> CE, 30 juillet 2003, n°223445

<sup>6</sup> CAA Marseille, 12 juin 2017, n°15MA5005

- **La théorie de l'imprévision à l'aune de l'avis rendu par le Conseil d'État**

Dans son avis rendu le 15 septembre 2022, le Conseil d'État apporte de nouvelles clarifications quant aux possibilités d'indemnisation des titulaires des contrats de la commande publique sur le fondement de la théorie de l'imprévision<sup>7</sup> :

<b>1. Pas d'imprévision en cas de rupture de la continuité du service public</b>	L'indemnisation de l'imprévision a pour objet de permettre d'assurer la continuité du service public, ce qui implique que seul le cocontractant qui continue à remplir ses obligations contractuelles et subit, de ce fait, un déficit d'exploitation, a droit à une indemnité.
<b>2. Le caractère provisoire de l'indemnité d'imprévision</b>	L'indemnité d'imprévision doit rester provisoire. Ainsi, si les événements ayant justifié son octroi perdurent, le caractère permanent du bouleversement de l'équilibre économique du contrat fait obstacle à la poursuite de son exécution, l'imprévision devient alors un cas de force majeure justifiant la résiliation de ce contrat.
<b>3. Comment articuler l'avenant et l'indemnité d'imprévision ?</b>	L'entrepreneur est libre, en cas de circonstances imprévisibles bouleversant l'économie du contrat, de présenter à l'autorité contractante une demande de modification des clauses financières du contrat (avenant). Cependant, il n'a pas de droit à obtenir la révision de ces clauses, mais uniquement une indemnité pour charges extra-contractuelles (imprévision) qui, en cas de désaccord de l'autorité contractante, lui sera octroyée par le juge.
<b>4. La formalisation dans un acte juridique autonome</b>	Le Conseil d'État considère que les parties peuvent conclure, sur le fondement de la théorie de

<sup>7</sup> Le blog de la performance publique, De la modification à l'imprévision : tour d'horizon des outils proposés par le Conseil d'État pour faire face à la flambée des prix, 29 septembre 2022

	<p>l'imprévision, une convention d'indemnisation dont le seul objet est de compenser les charges extra-contractuelles subies par le titulaire ou le concessionnaire en lui attribuant une indemnité. À cet égard, le Conseil d'État ne précise pas qu'il s'agirait juridiquement d'une transaction de sorte que la DAJ en déduit qu'il pourrait s'agir d'une convention « ad hoc ». Il pourrait également s'agir d'une décision unilatérale de l'autorité administrative fournissant une aide financière pour pourvoir aux dépenses extra-contractuelles afférentes à la période d'imprévision. Mais en tout état de cause, cette imprévision ne se confond pas avec une modification contractuelle de sorte que l'acte (quelle que soit sa forme) n'est pas soumis aux conditions et limites posées le CCP en matière de modifications de contrats, mais seulement à la jurisprudence administrative relative à l'imprévision.</p>
<p><b>5. Comment apprécier le bouleversement de l'économie du contrat en concession ou en marché public ?</b></p>	<p>Un contrat de concession implique qu'un risque d'exploitation pèse pour une partie non négligeable sur le concessionnaire. Aussi, pour apprécier si la situation est de nature à ouvrir droit à une indemnité d'imprévision, il faut prendre en compte la part non négligeable de risque de perte qu'il accepte d'assumer en contractant et qui reste à sa charge. Le concessionnaire peut être réputé avoir accepté un dépassement du prix limite de revient plus élevé que le titulaire d'un marché public, de sorte que les situations ne sont pas exactement comparables.</p>

<p><b>6. En cas de désaccord sur le traitement de l'imprévision, le juge indemnise mais n'ajuste pas le contrat</b></p>	<p>Le Conseil d'État analyse comment traiter le « scénario de blocage » où la situation d'imprévision est constatée, mais où les parties sont en désaccord sur les conditions spéciales dans lesquelles le cocontractant pourra continuer le service ou la prestation, ou encore lorsque l'accord des parties est insuffisant à éviter le bouleversement de l'économie du contrat. Dans ce cas, le Conseil d'État rappelle qu'il faut saisir le juge du contrat, lequel ne peut, qu'accorder une indemnité dont le seul objet est de compenser la charge extra-contractuelle qui résulte de la situation d'imprévision. En effet, le juge ne peut en aucun cas modifier lui-même les stipulations du contrat et les obligations réciproques des parties.</p>
<p><b>7. L'indemnité d'imprévision est hors DGD</b></p>	<p>Le Conseil d'État précise, de manière très pragmatique, que quelle que soit sa forme, l'indemnité d'imprévision n'a pas à être inscrite dans le décompte général et définitif, à la différence des indemnités allouées à l'entrepreneur au titre des sujétions imprévues<sup>8</sup>.</p>

**Attention :** La théorie de l'imprévision ne peut être mobilisée par avenant modificatif puisqu'elle n'a pas pour finalité de modifier un contrat, mais de venir en compensation de la part de déficit liée aux circonstances imprévisibles.

<sup>8</sup> CE, 31 juillet 2009, n°300729

\*\*\*

**Tableau récapitulatif des étapes de la théorie de l'imprévision :**

<b>1. Augmentation du coût des matières premières</b>	
<b>2. Perte de bénéfice sur les contrats en cours pour les entreprises</b>	→ Met l'équilibre financier du contrat en péril
<b>3. Le titulaire demande un ajustement de la facture auprès des acheteurs</b>	→ Cela génère une charge financière hors contrat qui doit atteindre environ 1/15 du montant initial HT du contrat
<b>4. L'acheteur demande au titulaire de produire des justifications comptables</b>	→ Prix de revient, marge de bénéfice initiale, débours
<b>5. Les parties négocient d'une prise en charge mutuelle de l'augmentation tarifaire</b>	
<b>6. Les parties s'accordent sur le versement d'une indemnité temporaire, extra-contractuelle et compensatrice</b>	→ Cette indemnité peut varier entre 5 et 25 %
<b>7. Les parties rédigent une convention formalisant le montant de l'indemnité, une clause de rendez-vous</b>	→ Le contrat retrouve son équilibre économique

\*\*\*

**Comment réagir face à la hausse des prix et aux difficultés d'exécution des contrats de la commande publique ?<sup>9</sup>**

<b>Les leviers mobilisables par les actes de la commande publique pour faire face aux conséquences de la crise sur les contrats en cours et à venir</b>	
<b>Phase de passation</b>	<b>Phase d'exécution</b>
<b>Prévoir une formule de révision appropriée :</b> pas de partie fixe ni de clause butoir, avec une périodicité et un indice pertinents	<b>Appliquer la formule de variation des prix</b>
<b>Inclure une clause de réexamen :</b> permet d'adapter les conditions	<b>Aménager les conditions d'exécution :</b> modification des délais, renonciation

9 Blog achat solutions, Kévin Nicco, 11/07/2022

d'exécution du contrat mais à condition qu'elle soit claire, précise et non équivoque <sup>10</sup>	aux pénalités
<b>Augmenter le taux de l'avance et réduire voire supprimer les garanties associées</b>	<b>Délégation de paiement et/ou acomptes sur approvisionnement</b> : permet d'accroître la confiance des fournisseurs envers le titulaire
<b>Réduire les délais de paiement</b>	<b>Théorie de l'imprévision</b>
<b>Abandonner la procédure</b> : si les conditions techniques ou financières projetées sont susceptibles d'engendrer des difficultés en cours d'exécution	<b>Résilier le contrat</b> : si la poursuite de celui-ci nécessite une modification substantielle ou de manière amiable

---

<sup>10</sup> Article R. 2194-1 CCP