PRÉFET DE LA SARTHE

Liberté
Égalité
Fraternité

Direction de la Citoyenneté et de la Légalité

Bureau du contrôle budgétaire
Affaire suivie par Christine de COUX
tél : 02 43 39 71 36
christine.de-coux@sarthe.gouv.fr

Le Mans, le 04 OCT. 2022

Le Préfet de La Sarthe

à

destinataires in fine

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

Pièces jointes : Circulaire de la Première Ministre n° 6374/SG du 29 septembre 2022 ; avis du Conseil d'État du 15 septembre 2022, n° 405540 ; Fiche technique de la DAJ du 21 septembre 2022.

Dans le contexte d'inflation et de variation des prix, la circulaire n°6338/SG du 30 mars 2022 a rappelé les solutions pouvant être mises en œuvre dans l'exécution des contrats de la commande publique. Au regard des difficultés signalées, le ministère de l'Économie a saisi le Conseil d'État afin de connaître son positionnement sur la possibilité de modifier le prix et sur les conditions d'application de la théorie de l'imprévision.

Le Conseil d'État a rendu son avis le 15 septembre 2022 (n° 405540). Il admet des dérogations au principe d'intangibilité des prix, dans les conditions fixées par le code de la commande publique. La direction des affaires juridiques du ministère de l'économie, des finances et de la souveraineté industrielle et numérique a publié une fiche technique précisant la portée et les modalités d'application de cet avis. Le Gouvernement a adopté une nouvelle circulaire relative à l'exécution des contrats de la commande publique dans le contexte actuel de hausse de prix de certaines matières premières, qui abroge la circulaire du 30 mars 2022.

Il m'a semblé utile de souligner les éléments suivants.

1. Le code de la commande publique impose de prévoir des prix révisables pour de nombreux marchés publics, et notamment s'agissant des marchés ayant pour objet l'achat de denrées alimentaires ou certains contrats d'achat d'énergie (R. 2112-13 du CCP) ou encore de nombreux marchés de travaux ou de transports (R. 2112-14).

2. Le Conseil d'État précise les conditions et limites des modifications « sèches » des clauses financières du contrat. Il en ressort notamment que :

– l'autorité contractante n'est en aucun cas contrainte de prendre l'initiative de tels avenants, ni de les accepter (il n'existe pas de droit pour le titulaire à la modification du contrat). L'autorité contractante doit s'interroger sur l'opportunité de ces compensations au regard des aléas normaux inhérents à l'exécution de tout contrat ;

– dans tous les cas, l'autorité contractante doit veiller au respect des principes généraux d'égalité devant les charges publiques, de bon usage des deniers publics et de l'interdiction des libéralités ;

– les conditions économiques nouvelles peuvent justifier une renégociation des prix ou des autres clauses financières en application des articles R. 2194-5 ou R. 3135-3 du CCP (circonstances qui ne pouvaient pas être prévues) dans la limite de 50 % du montant initial. Il est également possible, pour remédier à des difficultés dans l'exécution du contrat, de procéder à une modification de faible montant des clauses financières sur le fondement des articles R. 2194-8 ou R. 3135-8 du CCP. En revanche, le contrat ne peut être modifié sur le fondement des articles R. 2194-7 et R. 3135-7 du CCP (modifications non substantielles).

– les avenants doivent être strictement encadrés. La fiche technique de la DAJ de Bercy apporte des éléments sur les modalités de calcul de la compensation contractuelle et insiste sur la nécessaire vérification, par l'acheteur, de la réalité et de la sincérité des justificatifs apportés. Les acheteurs peuvent, pour négocier avec le titulaire et apprécier les différentes données économiques, faire appel à un assistant à maîtrise d'ouvrage, un expert-comptable ou un commissaire aux comptes ;

3. Le droit du cocontractant à être indemnisé sur le fondement de la théorie de l'imprévision.
Cette nouvelle interprétation du droit en vigueur n'a pas pour effet de remettre en cause l'existence de la théorie de l'imprévision, qui garde son caractère extracontractuel et coexiste avec les modifications précitées pouvant être apportées au contrat. Le Conseil d'État rappelle que la mise en œuvre de la théorie de l'imprévision vise à dédommager partiellement le titulaire du préjudice qui découle de l'exécution du contrat (seul le cocontractant qui continue à remplir ses obligations contractuelles et subit, de ce fait, un déficit d'exploitation, a droit à une indemnité) en raison d'un bouleversement temporaire de l'équilibre économique de celui-ci. L'indemnité d'imprévision peut être allouée par décision unilatérale de l'autorité administrative, négociée dans le cadre d'une convention d'indemnisation (qui peut prendre la forme d'une convention ad hoc qui n'est pas nécessairement une transaction), ou octroyée par le juge administratif. Cette indemnisation, qui n'est pas assimilable à une modification du contrat, n'est pas soumise au plafond de 50 % posé par les articles R. 2194-5 et R. 3135-5 du CCP. Pour la détermination de l'indemnité, la jurisprudence laisse traditionnellement à la charge du titulaire une partie de l'aléa variant de 5 % à 25 % du montant de la perte effectivement subie.
L'indemnité d'imprévision n'a pas à figurer dans le décompte général et définitif et peut être accordée après la fin de l'exécution du contrat.

4. La possibilité de résilier le contrat.
Il est rappelé que 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 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 ne peuvent souffrir d'aucun retard, soit différé, le temps d'organiser une nouvelle procédure de mise en concurrence.

5. Le gel des pénalités contractuelles dans l'exécution des contrats de la commande publique.
À l'instar des mesures prévues dans le cadre de la crise sanitaire, le Gouvernement préconise que l'exécution des clauses prévoyant des pénalités de retard ou l'exécution des prestations aux frais et risques de l'entreprise soient suspendues tant que celle-ci est dans l'impossibilité de s'approvisionner dans des conditions normales. Il convient toutefois de veiller à ce que cette impossibilité résulte bien directement des circonstances extérieures à l'entreprise et non de ces choix de gestion.

Mes services se tiennent à votre disposition pour tout renseignement complémentaire que vous souhaiteriez obtenir.

Pour le Préfet,
Le Préfet
Le Secrétaire Général,

Eric ZABOURAEFF

Préfecture de la Sarthe
Tél : 02 43 39 72 72
Mél : pref-mail@sarthe.gouv.fr
Place Aristide Briand – 72041 LE MANS Cedex 9

Direction de la Citoyenneté et de la Légalité

Destinataires :

- Monsieur le Président du Conseil Départemental ;
- Mesdames et Messieurs les Maires ;
- Monsieur le Président de Le Mans Métropole ;
- Mesdames et Messieurs les Présidents des communautés de communes, des syndicats de communes, des syndicats mixtes, des CCAS et CIAS ;
- Monsieur le Président du service départemental d'incendie et de secours ;
- Mesdames et Messieurs les Présidents des offices publics de l'habitat.

En communication à :

- Madame la Sous-Préfète de La Flèche ;
- Monsieur le Sous-Préfet de Mamers ;
- Monsieur le Président de l'association des Maires, des Adjoints et des Présidents d'intercommunalité de la Sarthe ;
- Monsieur le Président de l'association des Maires ruraux de Sarthe ;
- Monsieur le Directeur Départemental des Finances Publiques.

Préfecture de la Sarthe
Tél : 02 43 39 72 72
Mél : pref-mail@sarthe.gouv.fr
Place Aristide Briand – 72041 LE MANS Cedex 9

La Première Ministre

n° 6374/SG

Paris, le 29 SEP. 2022

à

Mesdames et Messieurs les ministres,
Mesdames et Messieurs les ministres délégués,
Mesdames et Messieurs les secrétaires d'Etat,
Mesdames et Messieurs les secrétaires généraux
Mesdames et messieurs les préfets

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

Référence	n° 6374/SG
Date de signature	29 septembre 2022
Emetteur	PRM – Première ministre
Objet	Conditions d'exécution et de modification des contrats de la commande publique dans le contexte de hausse des prix de certaines matières premières
Commande	La présente circulaire présente aux préfets les recommandations en matière d'exécution des contrats de la commande publique à la suite de l'avis du Conseil d'Etat du 15 septembre 2022 sur la portée des dispositions du droit de la commande publique relatives aux modifications des contrats en cours, ainsi que sur leur articulation avec les règles dégagées par la jurisprudence en matière d'imprévision.
Action(s) à réaliser	Sensibiliser les collectivités locales et leurs établissements publics aux règles relatives l'exécution des contrats de la commande publique présentées dans la circulaire
Echéance	Effet immédiat
Contact utile	La direction des affaires juridiques des ministères économiques et financiers
Nombre de pages et annexes	6 pages

Pour faire face aux difficultés d'exécution des contrats de la commande publique tenant à la flambée des prix des matières premières et composants et à des pénuries d'approvisionnement, la circulaire n° 6338-SG du 30 mars 2022 a rappelé les solutions pouvant être mises en œuvre.

Au regard des difficultés signalées dans leur mise en œuvre s'agissant en particulier des modalités de compensation des surcoûts subis par les entreprises titulaires de marchés publics et de contrats de concession, le Gouvernement a saisi le Conseil d'Etat d'une demande d'avis sur la portée des dispositions du droit de la commande publique relatives aux modifications des contrats en cours, ainsi que sur leur articulation avec les règles dégagées par la jurisprudence en matière d'imprévision.

Dans son avis du 15 septembre 2022, l'assemblée générale du Conseil d'Etat a précisé que si les clauses financières contractuelles, dont le prix, convenues par les parties ne peuvent, en principe, être modifiées, il est néanmoins possible de déroger à ce principe dans les conditions fixées par les directives européennes de 2014 relatives aux marchés publics et aux contrats de concession et transposées dans le code de la commande publique.

Compte tenu des clarifications apportées par le Conseil d'Etat, je vous demande de veiller à ce que vos services respectent les consignes ci-dessous, en lieu et place de celles de la circulaire du 30 mars 2022, et d'inviter les opérateurs de l'Etat placés sous votre tutelle à les mettre également en œuvre.

Je demande aussi aux préfets de sensibiliser les collectivités territoriales et leurs établissements publics, dans le respect de leur libre administration, sur l'importance des principes et règles énoncés ci-après.

Afin d'accompagner vos services dans la mise en œuvre de la présente circulaire, une fiche technique est publiée sur le site internet de la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie, des finances et de la souveraineté industrielle et numérique.

1. L'obligation de prévoir des prix révisables pour de nombreux marchés publics

Le droit de la commande publique impose la prise en compte, dans la rédaction des cahiers des charges, des fluctuations économiques pour l'exécution financière de nombreux marchés publics.

Aux termes de l'article R. 2112-13 du code de la commande publique, les acheteurs sont tenus de conclure des marchés publics à prix révisables « *dans le cas où les parties sont exposées à des aléas majeurs du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations* ». C'est notamment le cas des marchés ayant pour objet l'achat de denrées alimentaires, mais aussi l'achat d'énergies lorsque les usages de la profession ne prévoient pas des prix fermes (certains contrats de fourniture de gaz et d'électricité).

L'article R. 2112-14 précise en outre que, pour les marchés de plus de trois mois qui nécessitent une part importante de fournitures dont le prix est directement affecté par les fluctuations de cours mondiaux, la clause de révision de prix inclut au moins une référence aux indices officiels de fixation de ces cours. C'est le cas notamment de nombreux marchés de travaux, ainsi que des marchés de transports.

Ces obligations visent à assurer une relation équilibrée entre acheteurs et prestataires, aussi bien lorsque les coûts augmentent que lorsqu'ils baissent, en particulier dans les contrats s'exécutant sur plusieurs années. Elles doivent être impérativement respectées dans les futures procédures de passation de marchés. Il faut en particulier veiller à retenir des fréquences et des références ou formules de révision des prix qui soient suffisamment représentatives des conditions économiques de variation des coûts des secteurs objets des prestations, notamment dans le cas des marchés de travaux allotis par corps de métier.

Par ailleurs, afin que les clauses de révision de prix puissent refléter fidèlement les variations des coûts réellement subies, à la hausse comme à la baisse, je vous demande de veiller à ce que les contrats conclus par vos services ne prévoient pas, sauf exception, de terme fixe au sein de la formule de révision de prix et ne contiennent pas de clause butoir.

2. Possibilité de procéder à des modifications des seules clauses financières des contrats pour compenser les conséquences des hausses imprévisibles de certains coûts d'approvisionnement des entreprises prestataires

Pour faire face au contexte de hausse et de volatilité sans précédent du prix de certaines matières premières et composants, il est possible de recourir à une modification des contrats dans les conditions prévues par les dispositions du code de la commande publique.

La portée de ces dispositions ne soulève pas de difficultés particulières lorsque la modification envisagée concerne les spécifications techniques et les conditions d'exécution, par exemple lorsqu'elle vise à substituer un produit ou un matériau à celui initialement prévu et devenu introuvable ou trop cher, à modifier les quantités ou le périmètre des prestations à fournir ou à aménager les conditions et délais de réalisation des prestations pour pallier les difficultés provoquées par cette situation.

Leur application s'agissant d'une modification « sèche » des clauses financières du contrat, c'est-à-dire portant exclusivement sur le prix, sur ses modalités d'évolution ou sur toute autre clause déterminant les conditions de rémunération de l'entreprise cocontractante, a été précisée par le Conseil d'Etat dans son avis du 15 septembre 2022.

Le principe selon lequel le prix contractualisé ne peut être modifié découle des principes de libre accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats qui interdisent, notamment, la remise en cause des conditions de mise en concurrence initiale. Toutefois, les directives « marchés publics » et « contrats de concession » de 2014, que transpose le code de la commande publique, ont expressément prévu les hypothèses dans lesquelles des modifications du contrat initial sont autorisées. De telles modifications sont notamment possibles, soit parce qu'elles sont rendues nécessaires par des circonstances qu'une autorité contractante diligente ne pouvait pas prévoir, soit parce qu'elles sont d'une ampleur limitée sans que les directives n'interdisent expressément une modification portant exclusivement sur les clauses financières des contrats.

Les conditions économiques nouvelles survenues depuis la conclusion du contrat peuvent donc justifier une renégociation des prix ou des autres clauses financières en application des articles R. 2194-5 ou R. 3135-5 du code de la commande publique, qui prévoient la possibilité de modifier les marchés ou les concessions lorsque la modification est rendue nécessaire par des circonstances qui ne pouvaient pas être prévues.

Le Conseil d'Etat précise qu'une telle modification n'est possible que si l'augmentation des dépenses exposées par l'opérateur économique ou la diminution de ses recettes imputables à ces circonstances ont dépassé les limites ayant pu raisonnablement être envisagées par les parties lors de la passation du contrat. En revanche, elle ne peut avoir pour effet d'assurer au cocontractant la couverture des risques dont il a tenu ou aurait dû tenir compte dans ses prévisions initiales.

Le montant de la compensation est négocié entre les parties dans la limite de ce qui est nécessaire pour permettre à l'entreprise titulaire de poursuivre l'exécution du contrat dans le respect de l'exigence constitutionnelle de bon emploi des deniers publics et du principe général interdisant aux personnes publiques de consentir des libéralités. Le Conseil d'Etat a ainsi rappelé que la modification de prix doit être strictement limitée dans son champ d'application et dans sa 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.

L'acheteur devra donc vérifier la réalité et la sincérité des justificatifs apportés par le titulaire pour éviter de payer des sommes sans lien avec les circonstances imprévisibles ou dont la réalité ne serait pas objectivement justifiée.

Enfin, ces modifications sont limitées à 50 % du montant initial du contrat pour les marchés et concessions conclus par les pouvoirs adjudicateurs.

Par ailleurs, il est toujours possible, pour remédier à des difficultés dans l'exécution du contrat, de procéder à une modification de faible montant des clauses financières sur le fondement des articles R.2194-8 ou R. 3135-8 du code de la commande publique. En effet, ces dispositions autorisent les modifications des contrats, dès lors que ces modifications n'excèdent pas 10 % du montant initial du contrat pour les marchés de fournitures et de services ainsi que pour les contrats de concession, et 15% du montant initial du contrat pour les marchés de travaux, dans la limite des seuils européens[1]. De telles modifications doivent néanmoins être dûment justifiées, et respecter le principe de bonne utilisation des deniers publics et l'interdiction faite aux personnes publiques de consentir une libéralité.

En revanche, le contrat ne peut être modifié sur le fondement des articles R. 2194-7 et R. 3135-7 du code de la commande publique relatifs aux modifications non-substantielles, dès lors qu'il ressort de l'avis du Conseil d'Etat que les modifications rendues nécessaires par des circonstances imprévisibles, même lorsqu'elles ne sont pas substantielles, ne sont pas régies par ces dispositions mais uniquement par celles des articles R. 2194-5 et R. 3135-5 de ce code.

En tout état de cause, les modifications des contrats en cours, même lorsqu'elles sont rendues nécessaires par des circonstances imprévisibles, ne sont pas de droit pour le cocontractant et ne peuvent être effectuées qu'avec l'accord de l'autorité contractante.

3. Droit du cocontractant à être indemnisé sur le fondement de la théorie de l'imprévision

Lorsque le cocontractant de la personne publique est confronté à des pertes anormales provoquées par des circonstances imprévisibles, les parties peuvent aussi choisir, plutôt que de modifier le contrat, de conclure une convention d'indemnisation sur le fondement de la théorie de l'imprévision codifiée au 3° de l'article L. 6 du code de la commande publique.

Cette indemnité vise à dédommager partiellement le titulaire du préjudice qui résulte de l'exécution du contrat en raison du bouleversement temporaire de l'équilibre économique de celui-ci.

---

[1] 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

En cas de désaccord entre les parties sur les modifications à apporter au contrat ou sur l'indemnisation à verser au cocontractant, ou si leur accord est insuffisant pour éviter le bouleversement de l'économie des contrats, cette indemnité peut être octroyée par le juge.

Qu'elle soit convenue entre les parties ou fixée par le juge, l'indemnisation, qui n'est pas assimilable à une modification du contrat, n'est pas soumise au plafond de 50 % prévu par les articles R.2194-5 et R. 3135-5 du code de la commande publique.

La condition tenant au bouleversement de l'économie des contrats doit être analysée au cas par cas en tenant compte des spécificités du secteur économique et des justifications apportées par l'entreprise.

Pour la détermination du montant de l'indemnité, la jurisprudence laisse traditionnellement à la charge du titulaire une partie de l'aléa variant de 5 à 25 % du montant de la perte effectivement subie, en fonction des circonstances et compte tenu des éventuels profits dégagés par l'entreprise dans le cadre du contrat en dehors de la période d'imprévision.

Si le montant définitif de l'indemnité d'imprévision doit être évalué à la fin du contrat, cette indemnité doit, au moins pour partie, être versée de façon aussi proche que possible du moment où le bouleversement temporaire de l'économie du contrat en affecte l'exécution. Dès lors, dans le cadre d'une convention d'indemnisation, les autorités contractantes peuvent accorder aux entreprises qui en font la demande des indemnités provisionnelles, mandatées avec chaque règlement, à valoir sur l'indemnité globale d'imprévision dont le montant définitif ne pourra être déterminé qu'ultérieurement. Cette convention pourra comprendre une clause de rendez-vous dont la périodicité permettra d'adapter le montant des provisions en fonction de l'évolution de la situation économique.

4. Possibilité de résilier le contrat à l'amiable faute d'accord sur les conditions de poursuite du contrat

Confronté aux mêmes difficultés d'exécution du contrat, l'acheteur peut aussi envisager sa résiliation. La résiliation du contrat peut être convenue avec le titulaire soit à effet immédiat, si les prestations en cause peuvent souffrir un retard, soit à effet différé, le temps d'organiser une nouvelle procédure de mise en concurrence aux conditions économiques actuelles. Dans l'hypothèse d'une résiliation différée, le titulaire a droit à une indemnité d'imprévision pour la partie du contrat qu'il lui reste à exécuter, si les conditions sont réunies.

5. Le gel des pénalités contractuelles dans l'exécution des contrats de la commande publique

L'augmentation des coûts ne saurait justifier que le cocontractant de l'administration puisse se soustraire à ses obligations contractuelles. Toutefois, à l'instar des mesures prévues par l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 dans le cadre de la crise sanitaire liée au covid-19, je souhaite que l'exécution des clauses des contrats prévoyant des pénalités de retard ou l'exécution des prestations aux frais et risques de l'entreprise soient suspendues tant que celle-ci est dans l'impossibilité de s'approvisionner dans des conditions normales. Vos services veilleront néanmoins à ce que cette impossibilité résulte bien directement des circonstances extérieures à l'entreprise et non de ses choix de gestion.

6. Application de l'article 1195 du code civil pour les contrats de droit privé

Lorsqu'ils sont des contrats de droit privé, les contrats de la commande publique peuvent être renégociés en application de l'article 1195 du code civil « *Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque* ». Cette renégociation doit être effectuée dans les conditions et les limites prévues aux articles R. 2194-5 et R. 3135-5, ainsi que le cas échéant R. 2194-8 et R. 3135-8 du code de la commande publique et précisées ci-dessus.

Elisabeth BORNE

CONSEIL D'ETAT
Assemblée générale

Séance du 15 septembre 2022

Section de l'administration

N° 405540

EXTRAIT DU REGISTRE DES DÉLIBÉRATIONS

AVIS

relatif aux possibilités de modification du prix ou des tarifs des contrats de la commande publique et aux conditions d'application de la théorie de l'imprévision

NOR : ECOM2217151X

Le Conseil d'Etat, saisi le 14 juin 2022 par le ministre de l'économie, des finances et de la souveraineté industrielle et numérique d'une demande d'avis relative aux possibilités de modification du prix ou des tarifs des contrats de la commande publique et aux conditions d'application de la théorie de l'imprévision, comportant les questions suivantes :

1° Les dispositions des articles R. 2194-5 et R. 3135-5, R. 2194-7 et R. 3135-7 ainsi que R. 2194-8 et R. 3135-8 du code de la commande publique permettent-elles de procéder à une modification d'un contrat de la commande publique portant uniquement sur le prix ou les tarifs sans aucune modification des caractéristiques et des conditions d'exécution des prestations (dite modification « sèche » du prix ou des tarifs) dans le but de compenser les surcoûts que le cocontractant allègue subir ? Cette compensation peut-elle, alternativement, prendre la forme d'une prolongation de la durée du contrat ?

2° Dans l'affirmative, cette modification est-elle possible dès le premier euro de perte subi par le cocontractant ou seulement à partir d'un seuil caractérisant une dégradation significative de l'équilibre économique initial du contrat, voire son bouleversement ? Cette modification des prix ou des tarifs ou de la durée est-elle librement négociable et peut-elle notamment comprendre, au profit du titulaire du contrat, une marge bénéficiaire telle qu'envisagée par les parties lors de la conclusion du contrat, ou bien doit elle se limiter à couvrir les dépenses utiles, voire être fixée à un niveau encore inférieur ? La circonstance que la dégradation des conditions économiques soit temporaire ou que, au contraire, elle soit appelée à durer pendant toute l'exécution du contrat appelle-t-elle une réponse différente ?

3° Comment cette éventuelle modification « sèche » du prix, des tarifs ou de la durée s'articulerait-elle avec la théorie de l'imprévision ? Dans l'hypothèse où l'indemnisation du titulaire sur le fondement de la théorie de l'imprévision s'assimilerait à une modification du contrat autorisée par l'article R. 2194-5 ou l'article R. 3135-5 du code de la commande publique, son montant serait-il limité à 50 % du montant initial du contrat ? Dans l'hypothèse où l'indemnisation du titulaire dans le cadre de la théorie de l'imprévision ne s'inscrirait pas dans le champ d'application des articles R. 2194-5 et R. 3135-5, quels seraient les critères alternatifs d'application de chacun de ces dispositifs ?

4° S'agissant de la mise en œuvre de la théorie de l'imprévision, les modalités d'appréciation d'un bouleversement de l'économie du contrat diffèrent-elles selon qu'il s'agit d'un marché public ou d'un contrat de concession, dès lors que ce dernier transfère un risque d'exploitation au cocontractant et, pour les marchés publics ou les concessions dont la contrepartie onéreuse comporte un prix, selon que ce prix est unitaire ou forfaitaire ou qu'il résulte d'un prix public régi par les articles L. 112-1 et suivants du code de la consommation ?

5° Quels sont les supports juridiques susceptibles de prévoir le versement des indemnités d'imprévision ? Peut-il s'agir d'un avenant au contrat ou d'un contrat *ad hoc* non qualifiable de transaction au sens et pour l'application du code civil et du code des relations entre le public et l'administration ? Pour les marchés de travaux et de maîtrise d'œuvre, les indemnités d'imprévision doivent-elles figurer au sein du décompte général définitif ?

Vu la Constitution ;

Vu la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, notamment son article 43 ;

Vu la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, notamment son article 72 ;

Vu la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE, notamment son article 89 ;

Vu le code de la commande publique, notamment ses articles L. 6, L. 2112-6, L. 2194-1, L. 3135-1, R. 2112-4, R. 2112-7 et suivants, R. 2194-1 et suivants et R. 3135-1 et suivants ;

EST D'AVIS

qu'il y a lieu, sous réserve de l'appréciation souveraine des juridictions compétentes, de répondre aux questions posées dans le sens des observations suivantes :

Sur le principe de la modification des clauses financières ou de la durée d'un marché ou d'un contrat de concession :

En ce qui concerne le cadre juridique applicable :

1. En premier lieu, selon les articles L. 2194-1 et L. 3135-1 du code de la commande publique, un marché ou un contrat de concession peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence lorsque, notamment, les modifications ont été prévues dans les documents contractuels initiaux (1°) ou sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues (3°) ou ne sont pas substantielles (5°) ou encore sont de faible montant (6°). Qu'elles soient apportées par voie conventionnelle ou, lorsqu'il s'agit d'un contrat administratif, par l'acheteur ou l'autorité concédante unilatéralement, de telles modifications ne peuvent changer la nature globale du marché ou du contrat de concession (dernier alinéa).

En vertu des articles L. 2194-2 et L. 3135-2 du même code, lorsque l'autorité contractante apporte unilatéralement une modification à un contrat administratif, son cocontractant a droit au maintien de l'équilibre financier du contrat, conformément aux dispositions du 4° de l'article L. 6 de ce code.

2. Les articles R. 2194-1 et suivants et R. 3135-1 et suivants du code de la commande publique précisent les conditions et limites des modifications ainsi permises.

Il en résulte que les « *circonstances imprévues* » qui rendent nécessaires une modification sont celles qu'une autorité diligente ne pouvait pas prévoir (articles R. 2194-5 et R. 3135-5) et que, en pareil cas, s'agissant des contrats conclus par un pouvoir adjudicateur, chaque modification ne peut excéder 50 % du montant du contrat initial, des modifications successives ne devant pas avoir pour objet de contourner les obligations de publicité et de mise en concurrence (articles R. 2194-3 et R. 3135-3).

Les modifications qui ne sont « *pas substantielles* » sont celles, quel que soit leur montant, qui n'introduisent pas des conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure de passation initiale, auraient attiré davantage d'opérateurs économiques ou permis l'admission d'autres opérateurs économiques ou le choix d'une offre autre que celle retenue, qui ne modifient pas l'équilibre économique du marché ou du contrat de concession en faveur du titulaire ou du concessionnaire d'une manière qui n'était pas prévue dans le contrat initial et qui ne modifient pas non plus considérablement l'objet du marché ou n'étendent pas considérablement le champ d'application du contrat de concession (articles R. 2194-7 et R. 3135-7).

Les modifications « *de faible montant* » sont celles dont le montant est inférieur aux seuils européens et à 10 % du montant du contrat initial pour les marchés de services et de fournitures et les contrats de concession ou à 15 % du montant du marché initial pour les marchés de travaux, sans qu'il soit nécessaire de vérifier si elles répondent à la définition d'une modification non substantielle (articles R. 2194-8 et R. 3135-8). Lorsque plusieurs modifications de faible montant successives sont effectuées, l'autorité contractante prend en compte leur montant cumulé (articles R. 2194-9 et R. 3135-9).

3. En second lieu, il résulte de l'article L. 2112-6 du code de la commande publique que les prix ou leurs modalités de fixation et, le cas échéant, leurs modalités d'évolution doivent être définis par le marché. Précisant ces dispositions, les articles R. 2112-7 et suivants de ce code prévoient qu'un marché est, en principe, conclu à prix définitif, ce prix prenant la forme soit d'un prix ferme, invariable pendant la durée du marché sous réserve de son actualisation, lorsque cette forme de prix n'est pas de nature à exposer les parties à des aléas majeurs, soit d'un prix révisable qui peut être modifié pour tenir compte des variations économiques.

Par ailleurs, selon le premier alinéa de l'article R. 2112-4 du même code, un marché peut prévoir une ou plusieurs reconductions à condition que ses caractéristiques restent inchangées et que la mise en concurrence ait été réalisée en prenant en compte sa durée totale.

En ce qui concerne la possibilité d'une modification des seules clauses financières ou de la durée des contrats :

4. Le Conseil d'Etat relève qu'il ne résulte pas des dispositions du code de la commande publique citées aux points 1 et 2 que les modifications des marchés et des concessions qu'elles autorisent et encadrent ne peuvent porter que sur les caractéristiques ou les conditions d'exécution des prestations initialement convenues, et non sur les clauses financières, ni qu'elles doivent nécessairement porter sur ces caractéristiques et conditions, de sorte que serait prohibée une modification des seules clauses financières (modification « sèche » du prix).

De telles restrictions ne figurent pas non plus dans les directives du 26 février 2014 susvisées que ces dispositions transposent (article 43 de la directive 2014/23/UE, article 72 de la directive 2014/24/UE et article 89 de la directive 2014/25/UE), et ne s'en déduisent pas plus.

Quant à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne qui prohibe par principe les modifications substantielles apportées à un marché ou un contrat de concession en cours dont les stipulations n'en prévoient pas la possibilité (19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, aff. C-454/06, s'agissant d'un marché de services ; 13 avril 2010, *Wall AG*, aff. C-91/08, s'agissant d'une concession de services), elle a été dégagée antérieurement aux directives du 26 février 2014 et ne saurait être regardée comme faisant obstacle aux modifications, y compris du prix ou de la durée, que celles-ci permettent désormais, notamment lorsque les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices se trouvent confrontés à des circonstances imprévisibles.

5. Les dispositions réglementaires du code de la commande publique citées au premier alinéa du point 3, dont il résulte que le prix convenu est en principe définitif, n'ont pas pour portée de restreindre les possibilités de modification d'un marché ainsi expressément prévues depuis les directives de 2014. Ces dispositions, qui d'ailleurs ne sont pas prises pour la transposition des directives européennes, dans lesquelles elles n'ont pas d'équivalent, sont relatives au contenu du marché ainsi qu'à la forme et à l'évolution des prix stipulés, qu'ils soient ceux du marché initial ou qu'ils résultent d'un avenant ou d'une modification unilatérale. Le Conseil d'Etat note en outre que les aléas pris en compte par ces mêmes dispositions pour distinguer, au sein des prix définitifs, le prix ferme du prix révisable, correspondent aux aléas majeurs « *du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations* » (articles R. 2112-9 et R. 2112-13), non aux aléas résultant de circonstances imprévisibles lors de la conclusion du contrat.

Au demeurant, s'il ressort de la jurisprudence administrative qu'en principe les prix prévus et les autres clauses financières lient les parties, ce dont il se déduit que le cocontractant de l'administration n'a pas de droit à leur modification, des décisions du Conseil d'Etat statuant au contentieux, rendues sur le fondement des dispositions antérieures à l'entrée en vigueur des directives de 2014, ont admis, dans des circonstances particulières, que le caractère définitif des prix stipulés ne s'oppose pas de manière absolue à leur modification. Il a notamment été jugé que les dispositions relatives au caractère définitif des prix d'un marché public n'ont ni pour objet ni pour effet de faire par principe obstacle à ce que les parties à un marché conclu à prix définitif puissent convenir par avenant, en particulier lorsque l'exécution du marché approche de son terme, de modifier le mécanisme d'évolution du prix définitif pour passer d'un prix révisable à un prix ferme (CE, 20 décembre 2017, *Société Area Impianti*, n° 408562). En outre, sur le fondement des dispositions de l'article R. 2194-5 du code de la commande publique, le juge administratif admet que des stipulations divisibles d'un avenant puissent procéder à l'augmentation de la prime prévue dans un marché d'assurance (CE, 16 mai 2022, *Société hospitalière d'assurances mutuelles (SHAM)*, n° 459408).

6. Le Conseil d'Etat estime, en conséquence de ce qui précède, que le caractère en principe définitif des prix des marchés ne fait pas obstacle à leur modification en application et dans le respect des dispositions citées aux points 1 et 2, dès lors que les prix ainsi modifiés respectent les dispositions citées au premier alinéa du point 3, ce dont il se déduit qu'en principe ils restent définitifs pendant toute la période d'exécution des prestations et constituent le prix de règlement, sous réserve de leur actualisation ou de leur révision prévue par le marché. Il considère également que rien n'empêche que les modifications des marchés et contrats de concession portent uniquement, en vue de compenser les surcoûts que le titulaire ou le concessionnaire subit du fait de circonstances imprévisibles, sur les prix ou les tarifs prévus au contrat ainsi que sur les modalités de leur détermination ou de leur évolution.

7. Les dispositions du code de la commande publique, notamment celles de son article R. 2112-4 citées au second alinéa du point 3, ne font pas non plus obstacle à la modification de la seule durée du marché ou du contrat de concession. Ainsi, des prolongations du contrat, sans nouvelle procédure de mise en concurrence, sont possibles si elles peuvent être regardées, au sens des dispositions citées

aux points 1 et 2, comme des modifications rendues nécessaires par des circonstances imprévisibles ou des modifications non substantielles ou de faible montant. Le Conseil d'Etat relève néanmoins la difficulté pratique qui tient à la nécessité d'évaluer une durée en proportion du montant initial du contrat afin de s'assurer, le cas échéant, du respect des plafonds imposés par ces dernières dispositions.

8. Il convient enfin de souligner que si de telles modifications contractuelles sont possibles, dès lors qu'elles correspondent aux hypothèses et respectent les conditions et limites fixées par les dispositions qui leur sont applicables, l'autorité contractante, qui doit veiller au respect de l'exigence constitutionnelle de bon emploi des deniers publics, qui découle de l'article 14 de la Déclaration de 1789, et qui est reprise à l'article L. 3 du code de la commande publique, n'est en aucun cas contrainte d'en prendre l'initiative ou de les accepter.

Sur les différentes hypothèses de modification des seules clauses financières ou de la durée du marché ou du contrat de concession :

En ce qui concerne les modifications rendues nécessaires par des circonstances imprévisibles :

9. En premier lieu, il résulte des dispositions précitées des articles R. 2194-5 et R. 3135-5 du code de la commande publique que les modifications qu'elles permettent ne sauraient être justifiées par des événements ainsi que leurs conséquences financières qui pouvaient raisonnablement être prévus par les parties au moment de contracter : 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.

10. En second lieu, lorsque les parties mettent en œuvre ces mêmes dispositions, leur liberté contractuelle n'est pas sans limite. Les modifications apportées au contrat sur leur fondement doivent être directement imputables aux circonstances imprévisibles et ne peuvent excéder ce qui est nécessaire pour y répondre ni, en tout état de cause, le plafond, apprécié pour chaque modification, de 50 % du montant du contrat initial lorsqu'il est passé par un pouvoir adjudicateur. Elles ne peuvent pas non plus changer la nature globale du contrat.

11. Le Conseil d'Etat souligne en outre que, lors de la négociation de modifications rendues nécessaires par des circonstances imprévisibles, l'autorité contractante doit s'attacher au respect des principes généraux d'égalité devant les charges publiques, de bon usage des deniers publics et d'interdiction des libéralités.

En ce qui concerne les modifications de faible montant :

12. Dans le respect des limites en montant fixées par les dispositions précitées (articles R. 2194-8, R. 2194-9, R. 3135-8 et R. 3135-9), 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.

Le Conseil d'Etat estime cependant qu'il incombe à l'autorité contractante de s'assurer, compte tenu de ses besoins propres, de la nécessité de telles modifications et d'éviter que, malgré leur faible montant, elles aient pour effet de compenser, même partiellement, la part de l'aggravation des charges qui n'excède pas celle que les parties avaient prévu ou auraient dû raisonnablement prévoir

en contractant et qui devrait en conséquence rester à la charge de l'opérateur économique, en particulier du concessionnaire.

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

14. Lorsque les parties mettent en œuvre les dispositions du code de la commande publique relatives aux modifications de faible montant, l'autorité contractante doit prendre en considération les mêmes principes que ceux rappelées au point 11.

En ce qui concerne les modifications non substantielles :

15. Les modifications non substantielles du contrat mises en oeuvre 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 prestations, les prix ou les tarifs.

Le Conseil d'Etat estime en outre 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.

Sur l'articulation de la jurisprudence sur l'imprévision et des dispositions régissant la modification des marchés ou des contrats de concession :

En ce qui concerne le cadre juridique applicable à l'indemnisation de l'imprévision :

16. Aux termes du 3° de l'article L. 6 du code de la commande publique, applicable aux contrats entrant dans le champ de la commande publique qui ont le caractère de contrats administratifs : « *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* ». Le Conseil d'Etat relève que ces dispositions, à la différence de celles des 1°, 4° et 5° du même article relatives respectivement aux pouvoirs de l'autorité contractante de contrôle sur l'exécution du contrat, de modification unilatérale et de résiliation unilatérale, ne précisent pas que l'indemnisation de l'imprévision est octroyée dans les conditions prévues par le code, qui ne peut en conséquence être regardé comme la régissant.

17. Le législateur ayant entendu codifier la jurisprudence du Conseil d'Etat sur l'imprévision (CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, n° 59928 ; CE, 21 octobre 2019, *Société Alliance*, n° 419155), sans y déroger ni en préciser les conditions d'application, les principes que cette jurisprudence a dégagés demeurent.

Parmi ces principes figure celui selon lequel 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. Il est aussi jugé que l'indemnité d'imprévision doit rester provisoire et que, 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, de sorte que l'imprévision devient un cas de force majeure justifiant la résiliation de ce contrat.

18. Ainsi, il y a lieu de considérer que le droit à indemnité que détient l'entrepreneur au titre de l'imprévision, en vue d'assurer la poursuite de l'exécution du contrat et ainsi la continuité du service public, n'est pas remis en cause par les dispositions issues des directives du 26 février 2014 permettant et encadrant la modification des marchés ou des contrats de concession en cours, qui ne créent qu'une faculté pour le titulaire d'un marché ou le concessionnaire de demander la modification de son contrat, notamment lorsqu'elle est rendue nécessaire par des circonstances imprévisibles. Inversement, ce droit à indemnisation extracontractuel ne fait pas obstacle à la mise en œuvre de ces mêmes dispositions.

En ce qui concerne l'articulation des différents remèdes à la situation résultant de circonstances imprévisibles :

S'agissant de la modification du contrat :

19. Afin de remédier à une situation résultant de circonstances imprévisibles, il est possible, en premier lieu, de modifier les marchés et contrats de concession (CE, 14 janvier 1955, *Société La Fusion des gaz*, n° 75236). Ainsi qu'il a été dit aux points 4 à 8, ces modifications peuvent concerner, sur le fondement des dispositions du code de la commande publique, sous réserve qu'elles ne changent pas la nature globale du contrat, tant les caractéristiques et conditions d'exécution des prestations que le prix ou les tarifs, leur montant ou les modalités de leur détermination, ou encore la durée initialement convenus. 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.

20. De telles modifications des marchés et contrats de concession doivent respecter le cadre juridique posé par les dispositions citées aux points 1 et 2 relatives aux modifications rendues nécessaires par des circonstances imprévisibles, dans les conditions précisées aux points 9 à 11.

Le Conseil d'Etat estime qu'un même marché ou contrat de concession, passé par un pouvoir adjudicateur, peut faire l'objet d'autant de modifications d'un montant maximal, chacune, de 50 % du montant du contrat initial qu'il y a d'événements imprévisibles distincts dont le déficit d'exploitation est la conséquence directe. Les modifications successives ne doivent cependant pas avoir pour objet de contourner les obligations de publicité et de mise en concurrence, ce dont il se déduit 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.

21. Le Conseil d'Etat rappelle enfin que l'autorité contractante n'a aucune obligation de conclure avec son cocontractant un nouveau contrat comportant notamment des prix plus élevés que ceux du contrat initial (CE, Sect. 5 novembre 1982, *Société Propétrol*, n° 19413). Ainsi, s'il est toujours loisible à l'entrepreneur, 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, il n'a pas de droit à obtenir la révision de ces clauses, mais uniquement une indemnité pour charges extracontractuelles qui, en cas de désaccord de l'autorité contractante, lui sera octroyée, le cas échéant, par le juge.

S'agissant de la conclusion d'une convention dont le seul objet est l'indemnisation des charges extracontractuelles :

22. En second lieu, le Conseil d'Etat considère que 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.

Dès lors, cette convention d'indemnisation, de même d'ailleurs qu'une décision unilatérale de l'autorité administrative fournissant une aide financière pour pourvoir aux dépenses extracontractuelles afférentes à la période d'imprévision (CE Ass. 9 décembre 1932, *Compagnie des tramways de Cherbourg*, n° 89655), ne peut être regardée comme une modification d'un marché ou d'un 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. Par suite, elle n'est pas soumise aux conditions et limites posées par ces dispositions, mais uniquement à celles prévues par les dispositions du 3° de l'article L. 6 du même code qui codifie la jurisprudence administrative sur l'imprévision.

S'agissant de l'octroi par le juge d'une indemnité d'imprévision :

23. En troisième et dernier lieu, 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.

Si la situation d'imprévision est constatée, et en cas de désaccord des parties sur les conditions spéciales dans lesquelles le cocontractant pourra continuer le service ou la prestation ou lorsque l'accord des parties est insuffisant à éviter le bouleversement de l'économie du contrat, ou encore, lorsqu'il s'agit d'un contrat administratif, en cas de refus de l'autorité contractante de le modifier unilatéralement, le juge du contrat ne peut, le cas échéant, qu'accorder une indemnité dont le seul objet est de compenser la charge extracontractuelle qui résulte de la situation d'imprévision, mais il ne peut en aucun cas modifier lui-même les stipulations du contrat et les obligations réciproques des parties (CE, 2 novembre 1927, *Ville de Saint-Omer*, n° 84340 ; CE Sect., 21 janvier 1944, *Société d'entreprises et de construction en béton armé*, n° 60975) ni se substituer à l'autorité administrative pour réviser les tarifs et, éventuellement, en fixer de nouveaux (CE, 14 janvier 1955, *Société La Fusion des gaz*, préc.).

Par suite, l'octroi par le juge administratif d'une indemnité d'imprévision n'entre pas dans le champ d'application des dispositions précitées du code de la commande publique et des directives qu'elles transposent relatives aux modifications rendues nécessaires par des circonstances imprévisibles, qui ne concernent que la modification des marchés ou contrats de concession apportées par voie conventionnelle ou, lorsqu'il s'agit d'un contrat administratif, par l'autorité contractante unilatéralement. Il s'en déduit notamment que le plafond, prévu par ces dispositions, de 50 % par modification, du montant du contrat initial, lorsqu'il est conclu pas un pouvoir adjudicateur, ne s'applique pas au calcul de l'indemnité d'imprévision lorsqu'elle est accordée par le juge.

24. Le Conseil d'Etat rappelle, par ailleurs, que les clauses de variations des prix s'appliquent sans préjudice de l'indemnisation de l'imprévision si les conditions en sont réunies. Ainsi, lorsqu'il apparaît que la clause de variation n'a pas joué en fait dans des conditions normales conformément aux prévisions des parties, le juge administratif admet que, pour suppléer à la clause insuffisante, le cocontractant puisse invoquer la théorie de l'imprévision. A cet égard, une jurisprudence constante distingue les clauses de variation des prix ou les avenants qui permettent d'éviter le bouleversement de l'économie du contrat et qui, à ce titre, excluent le droit à indemnité d'imprévision (CE, 13 mai 1987, *Société Citra-France et autres*, n° 35374), de celles qui, en raison de leur insuffisance à y

remédier entièrement, justifient un tel droit (CE, 19 février 1992, *S.A. Dragages et Travaux Publics et autres*, n° 47265).

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

En ce qui concerne l'appréciation du bouleversement de l'économie du contrat selon qu'il s'agit d'une concession ou d'un marché :

25. Il résulte de la définition qu'en donne l'article L. 1121-1 du code de la commande publique, qui transpose les dispositions du paragraphe 1 de l'article 5 de la directive 2014/23/UE susvisée, qu'un contrat de concession implique qu'un risque d'exploitation pèse pour une partie non négligeable sur le concessionnaire et que les éventuelles pertes qu'il pourrait subir du fait de l'exploitation du service ou de l'ouvrage dont il a la charge ne soient pas entièrement couvertes, notamment par le concédant en vertu des stipulations du contrat (CE, 25 mai 2018, *Société Philippe Védiaud Publicité et Commune de Saint-Thibault-des-Vignes*, n° 416825 ; CE, 9 juin 2021, *Ville de Paris*, n° 448948).

Il s'en déduit 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.

En ce qui concerne l'appréciation du bouleversement de l'économie du contrat selon la forme des prix stipulés :

26. Le Conseil d'Etat rappelle que la théorie de l'imprévision, comme celle des sujétions imprévues, s'appliquent au marché à forfait (CE, 19 février 1992, *S.A. Dragages et Travaux Publics et autres*, n° 47265). Dans le cadre de l'indemnisation de l'imprévision, comme de celle des sujétions imprévues résultant de difficultés matérielles rencontrées essentiellement dans l'exécution d'un marché de travaux, il peut être tenu compte de l'importance du marché à forfait pour estimer que des dépenses supplémentaires, eu égard à la faiblesse relative de leur montant, ne sont pas de nature à bouleverser l'économie du contrat (CE, 19 février 1975, *Ministre d'Etat chargé de la Défense nationale c/ Société Entreprise Campenon-Bernard et autres*, n° 80470).

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).

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.

Sur l'inscription de l'indemnité d'imprévision dans le décompte général et définitif :

27. Lorsque les parties prévoient l'établissement d'un décompte général et définitif, en vertu du principe de l'unité de ce décompte, l'ensemble des opérations auxquelles donne lieu l'exécution d'un marché, notamment de travaux publics, est compris dans un compte dont aucun élément ne peut être isolé et dont seul le solde arrêté lors de l'établissement du décompte général et définitif détermine les droits et obligations définitifs des parties (CE, 2 avril 2004, *Société Imhoff*, n° 257392).

28. L'indemnité d'imprévision visant, ainsi qu'il a été dit, à compenser les charges extracontractuelles subies par le titulaire, elle ne peut être regardée comme une conséquence financière de l'exécution du marché. Dès lors, qu'elle soit allouée par décision unilatérale de l'autorité administrative, négociée dans le cadre d'une convention d'indemnisation ou octroyée par le juge administratif, elle 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 (CE, 31 juillet 2009, *Société Campenon Bernard et autres*, n° 300729).

Au demeurant, la fin du contrat, notamment sa fin anticipée par résiliation, ne faisant pas, à elle seule, obstacle à l'octroi d'une indemnité d'imprévision (CE, 10 février 2010, *Société Prest'Action*, n° 301116), il ne peut être exclu que le bouleversement de l'économie du contrat par suite de circonstances imprévisibles ne puisse 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 ne puisse être utilement réclamée par eux qu'après notification du décompte général et définitif.

Cet avis a été délibéré et adopté par l'assemblée générale du Conseil d'Etat dans sa séance du 15 septembre 2022.

MINISTÈRE
DE L'ÉCONOMIE,
DES FINANCES
ET DE LA SOUVERAINETÉ
INDUSTRIELLE ET NUMÉRIQUE

Liberté
Égalité
Fraternité

Direction des
Affaires juridiques

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 européens[1].

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 parties[2]. 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 contrat[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

Dans son avis du 15 septembre 2022, le Conseil d'Etat 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 cocontractant[4].

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. 3135-7[5], 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 évènements 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 libéralités[10] 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 1789[11] ;

---

[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 contrat[12].

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 dernier[13].
- 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 industrielles[14] 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 indemnité[15].
- 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'excluait 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 contrat[16], 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 contractante[17].

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 nécessaire à la livraison des fournitures objets du marché ont effectivement augmenté) ;
- dans le cas où le marché porte sur l'acquisition de produits côtés, 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 occasionnées 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 initial[18].

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 contrat[19].

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 respectées[20].

[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 décision[22], 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 précité[23].

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 adjudicateurs[29].

Enfin, les conditions d'indemnisation du titulaire au titre de la théorie de l'imprévision demeurent inchangées[30].

---

[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 distingue 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 marché[35].

Le Conseil d'État 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.