

**MODIFICATIONS DES CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE**  
**ET APPLICATION DE LA THEORIE DE L'IMPREVISION**  
**DANS LE CONTEXTE D'INFLATION**

La forte hausse des prix de l'énergie et de certaines matières premières et les difficultés d'approvisionnement ont entraîné un renchérissement important des coûts de production. Cette situation a engendré des difficultés d'exécution pour les titulaires de marchés publics ou de contrats de concession, qui ont subi des déficits d'exploitation, et les acheteurs publics confrontés à leurs demandes répétées de révision des prix.

Dans ce contexte, le Gouvernement a interrogé le Conseil d'État (CE) sur les possibilités offertes par le droit de la commande publique pour modifier les clauses 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 rendu le 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 et rappelle que le cocontractant a également droit à une indemnité sur le fondement de la théorie de l'imprévision.

**1 - Sur la possibilité d'une modification des seules clauses financières ou de la durée des contrats**

Le CE estime que le caractère en principe définitif des prix et de la durée des marchés ne fait pas obstacle à leur modification sous réserve de respecter certaines conditions et limites prévues par le droit de la commande publique. Il souligne que si de telles modifications contractuelles sont possibles, **l'autorité contractante**, qui doit veiller au respect de l'exigence constitutionnelle de bon emploi des deniers publics, **n'est en aucun cas contrainte d'en prendre l'initiative ou de les accepter : en d'autres termes, il n'existe pas de droit pour le titulaire du marché à la modification du contrat.**

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

Les acheteurs publics peuvent modifier les seules clauses financières ou la durée du marché ou du contrat de concession en cas de :

a) **circonstances imprévisibles** c'est-à-dire lorsque la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir (articles R 2194-5 et R 3135-5 du CCP). **La modification du contrat sur ce fondement 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. Enfin, les modifications apportées au contrat 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.**

**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 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.

b) **modifications de faible montant** dès lors que le montant de la modification est inférieur aux seuils européens et à 10 % du montant initial pour les marchés de services et de fournitures et à 15 % du montant initial pour les marchés de travaux (article R 2194-8 du CCP), et à 10 % du montant du contrat de concession initial (article R 3135-8 du CCP) et qu'elle n'ait pas pour objet pour une personne publique de consentir une libéralité. La modification ne doit en principe couvrir que des surcoûts exceptionnels. Lorsque plusieurs modifications de faible montant successives sont effectuées, l'autorité contractante prend en compte leur montant cumulé. Il est possible de cumuler une modification de faible montant et une modification pour circonstances imprévisibles.

c) **modifications non substantielles** du contrat prévues aux articles R 2194-7 et R 3135-7 du CCP. Elles ne comportent pas de limite en montant mais ne permettent pas de modifier l'objet du contrat ou de faire évoluer en faveur de l'entrepreneur, son équilibre économique. Il n'est pas possible de cumuler une modification non substantielle et une modification pour circonstances imprévisibles.

### **3 - Sur l'application de la théorie de l'imprévision**

Le CE rappelle qu'aux termes de l'article 6-3° du CCP, « *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.* »

L'indemnité de l'imprévision qui a pour objet de permettre d'assurer la continuité du service public 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. Celle-ci est provisoire et 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.

**L'indemnité 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.**

Elle peut être versée :

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

Le CE a 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 par le CCP.

### **4 - Conclusion**

**Le CE considère qu'une modification limitée aux seuls prix, aux seuls tarifs ou la seule durée du contrat (modification dite « sèche ») est possible dans les conditions et limites prévues par le CCP.** Cette faculté ne remet pas en cause l'obligation de prévoir une clause de révision de prix pour les marchés soumis à des aléas forts et ne dispense pas l'acheteur de mettre en place une formule adaptée à l'objet de son contrat.