

Thomas Pez-Lavergne*

MODIFICATION DES CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE ET THÉORIE DE L'IMPRÉVISION

UDK / UDC: 351.712.2 (44)

351.078.6 (44)

DOI: 10.31141/zrpfj.2025.62.156.337

Izlaganje sa znanstvenog skupa / Conference paper

Primljeno / Received: 28.1.2025.

Depuis 2020, la crise sanitaire puis l'augmentation des prix des matières premières et de l'énergie ainsi que la guerre en Ukraine ont provoqué, pour de nombreux cocontractants des collectivités publiques, une forte augmentation des coûts et des difficultés à respecter les délais d'exécution convenus. Certains titulaires de marchés et certains concessionnaires ont, en conséquence, demandé aux autorités contractantes une modification des termes de leurs contrats, voire la mise en œuvre de la « théorie » de l'imprévision.

Ni les directives européennes du 26 février 2014 relatives aux marchés publics et aux contrats de concession¹, ni leur transposition puis leur codification en droit interne français n'ayant précisé le champ des modifications rendues possibles en cas de circonstances imprévisibles, et en l'absence de jurisprudence pertinente de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) ou du Conseil d'État sur l'application de ces textes, le gouvernement français a saisi le Conseil d'État d'une demande d'avis consultatif. Il l'a interrogé 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 sur l'articulation entre ces modifications et l'indemnité d'imprévision qui peut être octroyée à l'opérateur économique titulaire du contrat.

Dans son avis d'Assemblée générale du 15 septembre 2022², en sa qualité de conseiller du Gouvernement, 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

* Rapporteur public Maître des requêtes au Conseil d'État

¹ 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 ; 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 ; 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.

² Conseil d'État, Assemblée générale, 15 septembre 2022, *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*, n° 405540, publié.

imprévisibles (I). Il rappelle que le cocontractant a également droit à une indemnité sur le fondement de la « théorie » de l'imprévision (II).

1. LE PRINCIPE DE LA MODIFICATION DES CLAUSES FINANCIERES OU DE LA DUREE D'UN MARCHÉ OU D'UN CONTRAT DE CONCESSION

Le Conseil d'État a considéré que 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.

Traditionnellement, l'administration³ s'opposait à la modification « sèche » des clauses financières, c'est-à-dire la modification des seuls prix prévus par le contrat sans variation des conditions d'exécution des prestations ou de leur volume. Le Conseil d'État, dans sa plus haute formation consultative, a remis en cause cette position et admis la possibilité de modifier les clauses financières indépendamment des autres clauses du contrat. Plusieurs raisons expliquent cette solution.

En premier lieu, les dispositions relatives aux modifications des contrats en cours que comportent le code de la commande publique⁴ ou les directives de 2014⁵ ne s'opposent pas à une modification portant uniquement sur les prix ou les tarifs ou la durée sans aucune autre modification, notamment des caractéristiques ou des conditions d'exécution des prestations. Les articles L. 2194-1 et L. 31351 du code de la commande publique prévoient simplement qu'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°). Les conditions et limites des modifications ainsi permises sont fixées par les articles R. 21941 et suivants et R. 31351 et suivants du code de la commande publique. Il en résulte notamment que les « *circonstances imprévues* » qui rendent nécessaire une modification sont celles qu'une autorité diligente ne pouvait pas prévoir (articles R. 21945 et R. 31355) 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

³ V. en ce sens : Circulaire du 29 novembre 1973, *Fourniture de fuel-oil aux services publics. Problèmes posés par l'exécution des marchés en cours*, p. 2 ; Direction des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances et de la relance, *Les marchés publics confrontés à la flambée des prix et au risque de pénurie des matières premières*, fiche technique mise à jour le 18 février 2022, point 1.2.1. ; Circulaire du Premier ministre n° 6338/SG du 30 mars 2022 relative à l'exécution des contrats de la commande publique, p. 2.

⁴ Articles L. 2194-1 et suivants et R. 2194-1 et suivants s'agissant des marchés ; articles L. 3135-1 et suivants et R. 3135-1 et suivants s'agissant des concessions.

⁵ 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.

contourner les obligations de publicité et de mise en concurrence (articles R. 21943 et R. 31353). Mais aucune de ces dispositions n'exclut qu'elle puisse s'appliquer aux seules clauses financières.

En deuxième lieu, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne ne s'oppose pas non plus à une telle modification des seules clauses financières, ni d'ailleurs de la durée, dès lors qu'elle n'est pas substantielle. En outre, les décisions de la CJUE qui prohibent par principe les modifications substantielles, en l'absence de stipulations les prévoyant, ont été rendues sur le fondement de directives qui ne comportaient aucune disposition relative à la modification des contrats et qui ont été abrogées par celles de 2014 qui, elles, régissent précisément les modifications des marchés et contrats de concession en cours. Les directives de 2014 ont notamment eu pour objet d'autoriser ce qui ne l'aurait pas été en application de la jurisprudence très restrictive de la Cour de justice qui estimait sur le fondement des directives antérieures, au nom des principes de transparence des procédures et d'égalité de traitement des candidats, que toute modification substantielle était interdite sans nouvelle procédure d'attribution (CJCE, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, aff. C454/06, points 34 à 37, s'agissant d'un marché de services ; CJUE, 13 avril 2010, *Wall AG*, aff. C-91/08, points 37 à 43, s'agissant d'une concession de services). Les directives autorisent désormais certaines modifications même substantielles des marchés et contrats de concession, notamment en admettant des modifications jusqu'au plafond, non négligeable, par modification, de 50 % du montant du contrat initial lorsqu'il est passé par un pouvoir adjudicateur. Des modifications qui peuvent être substantielles sont donc désormais admises, notamment lorsqu'elles sont rendues nécessaires par des circonstances imprévisibles, ce que ne permettait pas antérieurement la jurisprudence de la Cour.

En troisième lieu, les dispositions réglementaires du code de la commande publique⁶ 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 désormais expressément prévues par les directives. 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. En outre, 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. 21129 et R. 211213), non aux aléas résultant de circonstances imprévisibles lors de la conclusion du contrat.

⁶ Il résulte de l'article L. 21126 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. 21127 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.

En dernier lieu, s'il ressort de la jurisprudence administrative française 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'État 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, Rec. T. p. 688). En outre, sur le fondement des dispositions de l'article R. 21945 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, Rec. T.).

Pour l'ensemble de ces raisons, l'Assemblée générale du Conseil d'État a estimé 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 du code de la commande publique et des directives, dès lors que les prix ainsi modifiés restent en principe 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). Ainsi, 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.

Les dispositions du code de la commande publique, notamment celles de son article R. 21124⁷, ne font pas non plus obstacle à la modification de la seule durée du marché ou du contrat de concession. Des prolongations du contrat, sans nouvelle procédure de mise en concurrence, sont envisageables si elles peuvent être regardées comme des modifications rendues nécessaires par des circonstances imprévisibles ou des modifications non substantielles ou de faible montant.

Le Conseil d'État a néanmoins souligné 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, qui découle de l'article 14 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen 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.

⁷ Selon le premier alinéa de l'article R. 21124 du code de la commande publique, 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.

2. L'ARTICULATION DE LA JURISPRUDENCE SUR L'IMPREVISION ET DES DISPOSITIONS REGISSANT LA MODIFICATION DES MARCHES ET DES CONTRATS DE CONCESSION

Dans son avis du 15 septembre 2022, le Conseil d'État a par ailleurs considéré que l'indemnisation sur le fondement de la « théorie » de l'imprévision constitue un droit pour l'opérateur économique titulaire du contrat et qu'elle 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 qu'il a subi.

La jurisprudence du Conseil d'État sur l'imprévision (CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, n° 59928, Rec. p. 143 ; CE, 21 octobre 2019, *Société Alliance*, n° 419155, Rec. T.) a été codifiée par le législateur sans y déroger ni en préciser les conditions d'application, de sorte que 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. En outre, l'indemnité d'imprévision doit rester 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.

Cette logique de l'imprévision est toute différente de celle de la modification des contrats. La codification de la jurisprudence sur l'imprévision a entendu marquer cette différence. Le 3° de l'article L. 6 du code de la commande publique dispose que : « *Lorsque survient un évènement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat, le cocontractant, qui en poursuit l'exécution, a droit à une indemnité* ». Mais 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.

Ainsi, le droit à indemnité que détient l'opérateur économique au titre de l'imprévision, en vue d'assurer la poursuite de l'exécution du contrat et la continuité du service public, n'est pas remis en cause par les dispositions issues des directives du 26 février 2014. Ces dernières permettent et encadrent la modification des marchés ou des contrats de concession en cours et 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. Cette faculté doit être distinguée du droit à une indemnité d'imprévision que le titulaire du marché ou le concessionnaire peut revendiquer devant le juge

administratif afin de contraindre l'autorité contractante à la lui octroyer. Néanmoins, ce droit à indemnisation, qui révèle la responsabilité extracontractuelle sans faute de l'administration, ne fait pas obstacle à la mise en œuvre, par ailleurs, des dispositions qui régissent les modifications des contrats.

En effet, 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 c/ Ville de Plombières*, n° 75236, Rec. p. 25). 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. De telles modifications doivent respecter le cadre juridique posé par les dispositions relatives aux modifications rendues nécessaires par des circonstances imprévisibles. 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 : 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. Toutefois, 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, Rec. p. 381). 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.

En second lieu, le Conseil d'État a considéré, dans son avis de septembre 2022, en s'inspirant de sa jurisprudence antérieure (CE, 17 janvier 1951, *Hospices de Montpellier*, n° 97613, Rec. p. 777), 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, afin qu'il puisse poursuivre l'exécution du contrat pendant la période envisagée qui ne peut être que temporaire et précisément fixée par la convention. Une telle 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, 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, Rec. p. 1050), ne peut être regardée comme une modification du contrat au sens du code de la commande publique. Elle n'est donc pas soumise aux conditions et limites posées par ces dispositions, notamment au plafond des 50 %, 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.

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, Rec. p. 997 ; CE Sect., 21 janvier 1944, *Société d'entreprises et de construction en béton armé*, n° 60975, Rec. p. 23) 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.). L'Assemblée générale du Conseil d'État en a déduit que l'octroi par le juge administratif d'une indemnité d'imprévision n'entre pas dans le champ d'application des dispositions 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 apportée par voie conventionnelle ou, lorsqu'il s'agit d'un contrat administratif, par l'autorité contractante unilatéralement. En conséquence, 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 non plus au calcul de l'indemnité d'imprévision lorsqu'elle est accordée par le juge.

Telle est la manière originale et constructive avec laquelle l'avis du Conseil d'État concilie les règles européennes et du code de la commande publique avec de grands principes jurisprudentiels bien établis. Reste à savoir ce qu'en penseront les juges.