



**PRÉFET  
DES BOUCHES-  
DU-RHÔNE**

*Liberté  
Égalité  
Fraternité*

Marseille, le **17 OCT. 2022**

**Le Préfet des Bouches-du-Rhône  
Préfet de la région Provence-Alpes-Côte d'Azur**

à

**Monsieur le Président du Conseil régional  
Madame la Présidente du Conseil départemental  
Mesdames et Messieurs les maires  
Mesdames et Messieurs les Présidents des établissements publics  
de coopération intercommunale  
Mesdames et Messieurs les Présidents de syndicats mixtes  
Mesdames et Messieurs les Présidents des offices publics de l'habitat  
Mesdames et Messieurs les Présidents des sociétés publiques locales  
Monsieur le Président du service départemental  
d'incendie et de secours**

en communication à

**Monsieur le Secrétaire général pour les affaires régionales  
Madame la Sous-préfète d'Arles  
Monsieur le Sous-préfet d'Aix  
Monsieur le Sous-préfet d'Istres**

**OBJET :** Possibilités de modification du prix ou des tarifs des contrats de commande publique et aux conditions d'application de la théorie de l'imprévision-

**P.J. :** - Avis du Conseil d'État n°405540 du 15 septembre 2022

- Circulaire de la Première Ministre n° 6374 / SG du 29 septembre 2022

Dans un contexte de hausse des prix de certaines matières premières, le Gouvernement a saisi le Conseil d'État afin de préciser les marges de manœuvre dont disposent les acheteurs publics pour adapter leurs marchés publics ou leurs contrats de concession à cette augmentation. Par un avis du 15 septembre 2022, le Conseil d'État a précisé que si le prix contractualisé ne peut, en principe, être modifié, ce principe n'est pas absolu et peut connaître des exceptions.

Le code de la commande publique et les directives européennes n'interdisent pas une modification des contrats portant sur les seules clauses financières ou la durée du marché. Toutefois, les modifications de prix doivent demeurer justifiées par un **objectif de continuité du service public** et proportionnées dans leur ampleur, dans un souci constant de **préservation des deniers publics**.

Outre les possibilités de modification des contrats de droit commun (I), le Conseil d'État admet ainsi 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 (II). Ces mesures de modification des prix peuvent se combiner avec une indemnisation du cocontractant si les modifications contractuelles n'ont pas permis de résorber la totalité du préjudice d'imprévision subi par le titulaire (III).

### I/ Les possibilités de droit commun offertes par le code de la commande publique : les modifications de faible montant et les modifications non substantielles

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 du code de la commande publique, ce même code offre deux possibilités de modification des contrats sans nouvelle procédure de mise en concurrence : soit la modification de faible montant, soit la modification non substantielle.

Ces hypothèses de modification des contrats dans les conditions prévues aux 5° et 6° des articles L. 2194-1 ou L. 3135-1 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.

Il convient de rappeler que la modification des contrats en cours **n'est qu'une faculté pour les parties**. 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.

#### 1.1 Rappel liminaire sur le caractère intangible des prix

En principe, le prix contractualisé et ses conditions d'évolution prévues à la signature du contrat sont intangibles. En effet, le prix demeure un élément essentiel de la détermination des offres remises par les candidats au stade de la passation des marchés. C'est pourquoi une modification du prix non justifiée **comporte toujours un risque d'atteinte aux conditions de mise en concurrence initiale** (CE, 15 Février 1957, Etablissement Dickson).

#### 1.2 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'État, « *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* ».

Les modifications qui ne sont pas substantielles sont celles « *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'admissions d'autres opérateurs économiques ou le choix d'une autre offre que celle retenue* ». L'équilibre économique du contrat ne doit pas être modifié en faveur du titulaire

En revanche, les modifications sur le fondement des articles R. 2194-7 ou R. 3135-7 (cf. *infra*) 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.

### **1.3 Les modifications de faible montant sur le fondement des articles R. 2194-8 et R. 3135-8 du code de la commande publique**

Il résulte d'une jurisprudence récente du Conseil d'État (CE, 16 mai 2022, Société hospitalière d'assurances mutuelles (SHAM), n° 459408) que « *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* ».

**Par conséquent, une modification sur le fondement des articles R.2194-8 et R.3135-8 du CCP ne nécessite pas de démontrer une circonstance imprévisible ou un bouleversement de l'économie du contrat.**

L'autorité contractante doit cependant veiller à trois conditions :

- ✓ Les mesures de compensation ne doivent pas avoir pour effet de couvrir 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.
- ✓ 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**.
- ✓ 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* »

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.

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.

**Cette compensation des surcoûts peut aussi prendre la forme d'une simple prolongation de la durée du contrat.** Les acheteurs devront donc 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, le Conseil d'État confirme la possibilité de cumuler une modification de faible montant avec une modification pour circonstances imprévisibles. 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.

## **II/ Les modifications rendues nécessaires par des circonstances imprévisibles**

Le Conseil d'État considère que les articles R. 2194-5 ou R. 3135-5 du code de la commande publique 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 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.

Cette modification « sèche » des conditions financières peut notamment consister à **modifier les prix d'un contrat**, qu'ils soient forfaitaires ou unitaires, ou **modifier la clause de réexamen**, ou **modifier la clause de variation des prix** convenue initialement au contrat si son 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**, lorsque les conditions suivantes sont remplies :

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

- L'administration ne peut mobiliser ces dispositions pour assurer au cocontractant la couverture des risques dont il aurait dû tenir compte dans ses prévisions initiales et

qu'il doit en conséquence supporter. Par suite, la modification du contrat sur le fondement des circonstances imprévisibles **n'est possible que si l'augmentation des dépenses exposées par l'opérateur économique ou la diminution de ses recettes imputables à ces circonstances nouvelles ont dépassé les limites ayant pu raisonnablement être envisagées par les parties lors de la passation du contrat.**

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

## **2.2 Les modifications envisagées doivent être strictement limitées, tant dans leur champ d'application que dans leur durée, à ce qui est rendu nécessaire pour assurer la continuité du service public et la satisfaction des besoins de la personne publique**

La modification envisagée doit être **proportionnée dans son principe**, dans son montant comme dans sa durée pour faire face à la circonstance imprévisible. Cela suppose, pour l'administration, de démontrer que la modification n'est destinée qu'à compenser les seules pertes dépassant les limites maximales envisagées par les parties lors de la conclusion du contrat, 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.**

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. 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 (CE, 22 février 1963, Ville d'Avignon, n° 51867)
- 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 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.
- Pour déterminer le montant des recettes perçues pendant la période d'imprévision, il est fait état de tous les avantages dont bénéficie le titulaire dans le cadre du contrat, 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.

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.

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. 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. **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.

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

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.

### **2.3 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**

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.** 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.

**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

généralisant 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 de 50 % sont respectées.

**III/ Si les modifications contractuelles n'ont pas été de nature à résorber la totalité du préjudice d'imprévisibilité subi par le titulaire, une indemnisation sur le fondement de la théorie de l'imprévision peut être envisagée**

### **3.1. 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 (CE, 17 janvier 1951, Hospices de Montpellier, n° 97613), afin qu'il puisse poursuivre l'exécution du contrat pendant la période envisagée. Le bouleversement de son équilibre 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.

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.

**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.

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 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.

En revanche, le Conseil d'État estime 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.

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.

### 3.2. La mise en œuvre de la théorie de l'imprévision selon la catégorie de contrats et la forme des prix

- **Pour les contrats de concession** : La notion du risque d'exploitation doit être prise en compte pour apprécier si la situation est de nature à ouvrir droit à une indemnité d'imprévision. **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. Quand bien même les contrats de concession se distinguent du marché public par le transfert d'un risque substantiel d'exploitation, lié notamment au fait que le volume et la rentabilité de l'activité concédée dépend des usagers ou d'autres facteurs extérieurs ne dépendant pas des décisions de l'autorité contractante, **il convient de se référer aux clauses du contrat et à l'intention des parties pour déterminer le seuil en deçà duquel son équilibre peut être considéré comme bouleversé.**
- **Pour les marchés à prix unitaires ou forfaitaires** : 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'un marché 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'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.

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

La convention d'indemnisation peut être ainsi être une convention ad'hoc. Toutefois, il ne peut y avoir de délégation de signature accordée au Maire ou au Président de la collectivité pour signer ces conventions au-delà d'un montant de 1 000€ pour les collectivités ayant moins de 50 000 habitants et de 5 000€ pour celles ayant plus de 50 000 habitants (art. L. 2122-22, 16° du CGCT). L'organe délibérant doit ainsi valider chaque protocole transactionnel.



La délibération approuvée à cet effet doit se prononcer sur les modalités de la transaction et tous les éléments essentiels de la convention à intervenir. Notamment, est mentionnée la contestation précise que la transaction a pour objet de terminer et les concessions réciproques que les parties se consentent à cette fin (CE, 11 septembre 2006, n° 255273).

### **3.4. Sur l'inscription de l'indemnité d'imprévision dans le décompte général du marché**

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.

Je vous remercie pour votre vigilance collective et pour le respect de ces conditions.

Le bureau du conseil aux collectivités et du contrôle de légalité demeure à votre disposition pour toute précision complémentaire :

[pref-contrôle-legalite@bouches-du-rhone.gouv.fr](mailto:pref-contrôle-legalite@bouches-du-rhone.gouv.fr)

**Le Préfet**



**Christophe MIRMAND**