



**PRÉFET
DES LANDES**

*Liberté
Égalité
Fraternité*

Mont-de-Marsan, le **03 OCT. 2022**

Direction de la coordination des politiques
publiques et de l'appui territorial

Bureau des relations avec les collectivités locales

La préfète

à

Monsieur le président du conseil départemental
Mesdames et Messieurs les maires
Mesdames et Messieurs les présidents des
établissements publics de coopération
intercommunale
Monsieur le président de l'office public de
l'habitat

En communication à :

Monsieur le sous-préfet de Dax
Monsieur le directeur départemental des
finances publiques
Monsieur le directeur départemental de
l'emploi, du travail, des solidarités et de la
protection des populations
Monsieur le président de l'association des
maires des Landes

Objet: possibilités de modification du prix ou des tarifs des contrats de la commande publique pour faire face à des circonstances imprévisibles et articulation avec l'indemnité d'imprévision

Réfer: ma lettre-circulaire du 19 avril 2022 relative aux conditions d'exécution et de modification des contrats de la commande publique dans le contexte de hausse des prix de certaines matières premières

P.J.: avis du Conseil d'État n° 405540 du 15 septembre 2022

Dans le contexte économique actuel de hausse des prix de l'énergie et de certaines matières premières, couplé à des difficultés d'approvisionnement, le Conseil d'Etat a rendu un avis du 15 septembre 2022, ci-joint, relatif aux possibilités de modification du prix ou des tarifs des contrats de la commande publique et aux conditions la théorie de l'imprévision pour faire face à des circonstances exceptionnelles.



Le Conseil d'État considère qu'une modification limitée aux seuls prix, aux seuls tarifs ou à la seule durée du contrat (modification dite « sèche ») est possible, dans les conditions et limites prévues par le code de la commande publique (CCP).

Cette nouvelle interprétation du droit en vigueur n'a pas pour effet de remettre en cause l'existence de la théorie de l'imprévision présentée dans ma lettre-circulaire du 19 avril 2022 citée en référence, et qui garde son caractère extracontractuel.

La direction des affaires juridiques (DAJ) du ministère de l'économie, des finances et de la souveraineté industrielle et numérique a également publié une fiche technique détaillée précisant la portée et les modalités d'application de cet avis (<https://www.economie.gouv.fr/daj/conseil-acheteurs-fiches-techniques>).

La présente lettre-circulaire a pour objet de vous présenter les éléments essentiels de l'avis du Conseil d'État.

1. La possibilité d'une modification des seules clauses financières

Deux hypothèses permettent de modifier les seules clauses financières d'un contrat de la commande publique en cours, dite modification « sèche » du prix ou des tarifs, sans nouvelle procédure de mise en concurrence :

- la première hypothèse repose sur l'utilisation des **circonstances imprévues** de l'article R2194-5 du CCP (R3135-5 du CCP pour les contrats de concession).

Il s'agit des circonstances qu'une partie diligente n'a pas pu raisonnablement envisager dans leur principe ou leur ampleur lors de la passation du contrat. Les modifications ainsi 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*". Il convient donc de ne pas dépasser le montant des "*surcoûts effectivement subis par le cocontractant*".

En tout état de cause, le plafond, apprécié pour chaque modification, est de 50 % du montant du contrat initial lorsqu'il est passé par un pouvoir adjudicateur. La DAJ appelle les acheteurs à la vigilance sur "*la sincérité des justificatifs apportés par le titulaire*" pour attester les coûts supportés. Le cas échéant, il est conseillé de 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*".

Selon la durée du contrat, l'autorité contractante doit veiller à limiter dans le temps l'avenant de modification des prix ou tarifs "*pour ne pas supporter une augmentation générant une compensation qui ne correspondrait pas aux surcoûts anormaux occasionnés du fait de ces circonstances imprévisibles*".

Une clause de rendez-vous 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, peut également s'avérer utile.

- la seconde hypothèse concerne **les modifications de faible montant** de l'article R2194-8 du

CCP (R3135-8 du CCP pour les contrats de concession) dans le respect des plafonds appréciés cette fois toutes modifications cumulées. C'est-à-dire que le montant de la modification doit être inférieur aux seuils européens et à 10 % du montant du contrat initial pour les marchés de fournitures et de services et les contrats de concession ou à 15 % du montant initial pour les marchés de travaux.

2. La personne publique n'est pas contrainte d'accepter les modifications

Au regard de l'exigence constitutionnelle de bon emploi des deniers publics, l'autorité contractante "*n'est en aucun cas contrainte*" de prendre l'initiative des modifications ou de les accepter.

Le cocontractant de l'administration ne saurait se prévaloir d'un droit à ce que le contrat soit modifié, même si les conditions prévues par le droit de la commande publique sont remplies, a fortiori pour maintenir ou rétablir l'équilibre économique initial du contrat. Il peut uniquement prétendre à une indemnité pour charges extracontractuelles qui, en cas de désaccord de l'autorité contractante, lui sera octroyée par le juge (cf. point 3 infra).

Par ailleurs, 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 peuvent souffrir un retard, soit différé, le temps d'organiser une nouvelle procédure de mise en concurrence.

3. La théorie de l'imprévision peut trouver à s'appliquer seule ou s'articuler avec les possibilités de modification du contrat énoncées en point 1

En complément de la partie 2 de ma lettre-circulaire du 19 avril 2022, je vous confirme que l'indemnisation des charges extracontractuelles du titulaire sur le fondement de la jurisprudence administrative sur l'imprévision (dispositions du 3° de l'article L.6 du CCP) peut parfaitement 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.

Les parties peuvent ainsi 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 au marché ou le concessionnaire.

Contrairement aux modifications du contrat, il s'agit là d'un véritable droit à indemnisation du titulaire, dont il peut se prévaloir devant le juge administratif en l'absence d'accord avec l'administration sur le principe d'une modification du contrat, sur une indemnité conventionnelle ou sur une combinaison de ces solutions.

L'indemnisation au titre de l'imprévision est toujours soumise à l'exigence du bouleversement de l'économie du marché, sans considération de la forme des prix stipulés, que le contrat soit conclu à prix global et forfaitaire ou à prix unitaire.

Pour les contrats de concession, qui ont la particularité d'impliquer un risque substantiel

d'exploitation, il convient de se référer aux clauses du contrat et à l'intention des parties pour déterminer le seuil en deçà duquel l'équilibre peut être considéré comme bouleversé.

Enfin, le Conseil d'État rappelle que la fin du contrat, quel qu'en soit le motif, "*ne fait pas obstacle à l'octroi d'une indemnité d'imprévision*".

Il ne peut en effet 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.

Je vous remercie de porter un intérêt particulier aux principes et règles énoncés dans la présente lettre-circulaire.

Mes services se tiennent à votre disposition pour toute précision complémentaire.

La préfète ,



Françoise TAHERI