



Pilotage des contrats de la commande publique en période d'incertitude : quelle stratégie ?

Les difficultés d'approvisionnement pour certaines matières premières et la hausse du prix de l'énergie, consécutives notamment à la crise sanitaire puis à la guerre en Ukraine, engendrent d'importantes difficultés dans l'exécution financière des contrats de la commande publique.

Ces difficultés ont conduit le ministre de l'Economie, des Finances et de la souveraineté industrielle et numérique à saisir le Conseil d'Etat 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.

Rendu public le 21 septembre 2022, l'avis du Conseil d'Etat en date du 15 septembre 2022 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 constitue désormais le guide de référence à disposition des acteurs de la commande publique.

Empreint d'une volonté d'assurer la **continuité du service public** et de **préserver les deniers publics**, l'avis rendu par le Conseil d'Etat le 15 septembre 2022 apporte d'intéressantes prévisions relatives à la modification des contrats de la commande publique, au versement d'une indemnité d'imprévision, et à l'articulation entre la modification et le versement d'une indemnité d'imprévision destinés à pallier les incidences des crises successives sur l'équilibre des contrats.

Cet avis est doublé :

- d'une **fiche technique de la Direction des affaires juridiques du MINEFI en date du 21 septembre 2022 relative aux 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 ;**
- et d'une **circulaire n° 6374/SG en date du 29 septembre 2022 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° 6638/SG du 30 mars 2022.**

Dans son avis du 15 septembre 2022, le Conseil d'Etat fait de la modification des clauses financières et de durée des contrats de la commande publique une alternative au versement par la personne publique d'une indemnité d'imprévision, confirmant ainsi que la théorie de l'imprévision n'a vocation à s'appliquer que dans des situations tout à fait exceptionnelles.

Plus généralement, l'avis rendu par le Conseil d'Etat doit être compris comme une des conséquences de la banalisation d'un risque (sanitaire, géopolitique, etc.) désormais omniprésent dans l'exécution des contrats de la commande publique.

L'avis du 15 septembre 2022 et la doctrine administrative élaborée pour son interprétation appellent de notre part les premières observations suivantes.

1. Modification des clauses financières et de durée des contrats de la commande publique

1.1. Modification conventionnelle des clauses financières et de durée

1.1.1. S'agissant des clauses financières

Le Code de la commande publique énonce limitativement les différentes hypothèses justifiant la modification des marchés publics (CCP, art. L. 2194-1 et R. 2194-1 et suivants) et des contrats de concession (CCP, L. 3135-2 et R. 3135-1 et suivants).

Les marchés publics comme les concessions peuvent ainsi être modifiés sans nouvelle procédure de publicité et de mise en concurrence lorsque (i) les modifications ont été prévues dans les documents contractuels initiaux, (ii) des travaux, fournitures ou services supplémentaires sont devenus nécessaires, (iii), les modifications sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues, (iv) un nouveau titulaire se substitue au titulaire initial du contrat ou (v) lorsque la modification est de faible montant, sous réserve toutefois que les modifications ne présentent pas un caractère substantiel (pour les marchés, CCP, art. R. 2194-7 – pour les concessions, CCP, art. R. 3135-7).

La mise en œuvre des dispositions du CCP pour répondre aux difficultés d'exécution nées des crises successives a conduit les acteurs de la commande publique à s'interroger sur la possibilité de modifier les seules clauses financières et/ou de durée afin de rétablir l'équilibre économique affecté – souvent bouleversé – par l'augmentation du coût des matières premières et/ou de l'énergie.

Cette interrogation était d'autant plus légitime que le CCP a repris le **principe du prix définitif** pour les marchés conclus par l'Etat, ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements (CCP, art. R. 2112-7).

A cet égard, la doctrine administrative est restée sans équivoque : « *les marchés sont, presque toujours, conclus à prix initial définitif* », ce qui était réputé avoir pour conséquence, hormis l'hypothèse de sujétions imprévues, que « *le prix indiqué dans le marché, et sur la base duquel il est conclu, ne peut plus être modifié, hors clause de variation de prix : il est intangible* », et que « *un prix, ainsi que les éventuelles formules de variation de prix prévues par le contrat, ne peuvent être modifiés en cours d'exécution du marché* » (DAJ, *Le prix dans les marchés publics*, avril 2013, p. 12 – voir également Rép. Min., 26 octobre 2021, n° 40503, *Mme Balzin-Malgras : JOAN*, p. 7835).

La question de l'**intangibilité du prix** en période de crise méritait donc une actualisation.

L'avis rendu par le Conseil d'Etat le 15 septembre 2022 remet en cause la doctrine administrative ayant fait de l'intangibilité du prix une règle quasi absolue dont les possibilités de dérogation sont restées extrêmement limitées.

Le Conseil d'Etat relève, dans son avis, qu'il ne résulte pas des dispositions du CCP « *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)* ».

Les précisions ainsi apportées étaient attendues : elles répondent au besoin des acteurs de la commande publique de recourir à l'instrument de l'avenant modificatif dans un cadre juridique mieux sécurisé afin de faire face aux conséquences des crises sur l'économie des contrats.

L'avis du Conseil d'Etat s'inscrit toutefois dans une tendance jurisprudentielle consistant à limiter la portée de la règle de l'intangibilité du prix.

Le Conseil d'Etat a en effet eu l'occasion de préciser – sur le fondement de l'article 17 du Code des marchés publics – que « *ces dispositions 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, n° 408562, *Société Area Impianti*).

Plus récemment, la Haute juridiction a refusé de sanctionner un avenant à un marché d'assurance qui augmentait le montant de la prime versée par l'acheteur, sans que cette augmentation ne soit liée à une quelconque modification de prestations ou une détérioration de la sinistralité de l'assuré (CE, 16 mai 2022, n° 458408, *SHAM*).

Il y a également lieu de relever la décision par laquelle la Cour administrative d'appel de Douai a rejeté la demande indemnitaire d'un entrepreneur après avoir considéré, notamment, qu'il « *ne résulte pas davantage de l'instruction que les parties aient entendu, même tacitement, modifier la clause de révision des prix telle qu'initialement fixée à la suite de la publication de l'avis INSEE* » (CAA Douai, 26 avril 2022, n° 20DA01405, *Société Le Foll TP*).

C'est dans ce contexte que le Conseil d'Etat, dans son avis du 15 septembre 2022, estime que le caractère en principe définitif du prix des marchés ne fait pas obstacle à leur modification en application et dans le respect des dispositions du CCP, dès lors que les prix ainsi modifiés 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 (CCP, art. L. 2112-6 – CCP, art. R. 2112-7), et qu'il précise 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* ».

1.1.2. S'agissant de la clause de durée

La reconnaissance de la faculté pour les parties de modifier les seules clauses financières était rendue nécessaire par la possibilité, confirmée par l'avis du 15 septembre 2022, de procéder à une prolongation de la durée des contrats, sous réserve que celle-ci respecte les dispositions du CCP régissant la modification des contrats de la commande publique.

S'agissant des concessions, pour lesquelles la clause de durée est déterminante de l'équilibre économique du contrat, la doctrine administrative avait déjà précisé, dans le contexte de la crise sanitaire, que la conclusion d'un avenant de prolongation pouvait être envisagée sur le fondement de l'article R. 3135-5 du CCP et dans les limites fixées par les articles R 3135-3 et R 3135-4 du même Code (Rép. Min. 3 novembre 2020, n° 32072, *M. D. Paris : JOAN*, p. 7782).

La circulaire Castex était toutefois restée silencieuse à cet égard.

Aussi, il restait à confirmer que les parties ont la faculté de conclure un avenant de prolongation alors même que le contrat ne contient aucune clause de reconduction telle que prévue à l'article R. 2112-4 du CCP.

C'est désormais chose faite.

L'avis du 15 septembre 2022 relève que les dispositions du CCP « 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 [...] comme des modifications rendues nécessaires par des circonstances imprévisibles ou des modifications non substantielles ou de faible montant ».

Les parties devront en tout état de cause rester vigilantes dans la détermination de la durée qui doit rester en corrélation avec montant initial du contrat afin de s'assurer du respect des plafonds imposés par le CCP.

1.2. Modification unilatérale des clauses financières et de durée

L'administration dispose du pouvoir de modifier unilatéralement le contrat en vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs (CCP, art. L. 6).

Traditionnellement, l'exercice de ce pouvoir ne peut s'exercer qu'à l'encontre des clauses techniques du contrat, à l'exclusion des clauses financières (CE, 11 janvier 1895, *Chemin de fer Paris-Orléans : Rec.*, p. 31 – CE, 26 juillet 1912, *Compagnie d'Orléans : Rec.*, p. 889 – CAA Nancy, 20 décembre 2007, n° 05NC00897, *Société Vivendi*). C'est ainsi que la Cour administrative d'appel de Marseille a récemment jugé que « le caractère définitif du prix stipulé au marché comme de la rémunération stipulée dans une convention de délégation de service public s'oppose en principe à toute modification unilatérale ultérieure » (CAA Marseille, 13 décembre 2021, n°19MA05168, *Société Veolia – Compagnie Générale des Eaux*).

A cet égard, il y a lieu de relever que, dans son avis du 15 septembre 2022, le Conseil d'Etat ne fait aucune distinction selon que la modification présente un caractère unilatéral ou conventionnel.

Comme pour l'avenant modificatif, la modification unilatérale ne doit pas avoir pour objet ou pour effet de remettre en cause les conditions de la concurrence initiale (voir par exemple CE, 27 octobre 2010, n° 318617, *Syndicat intercommunal des transports publics de Cannes, Le Cannet, Mandelieu-la-Napoule*).

C'est dans cette logique que s'inscrit l'avis du Conseil d'Etat qui relève : « 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 », étant précisé qu'en vertu des articles L. 2194-2 et L. 3135-2 du CCP, lorsque l'autorité contractante apporte unilatéralement une modification à un contrat administratif, son cocontractant a droit au maintien de l'équilibre financier du contrat (CCP, art. L. 6).

L'alignement du régime de la modification unilatérale sur le régime de la modification conventionnelle est parfaitement justifié tant par le droit de l'Union européenne que par les termes du CCP qui n'opèrent aucune distinction selon la nature de la modification. Il tend cependant à inciter les opérateurs à trouver un terrain d'entente avec les collectivités alors susceptibles de passer par la voie de la modification unilatérale dont la mesure ne peut être directement contestée ni faire l'objet d'une action en reprise à l'état antérieur des relations contractuelles (CE 15 novembre 2017, n° 402794, *Les fils de Madame Géraud* – CE, 6 juin 2018, n°411053, *Société Orange*).

L'alignement du régime de la modification unilatérale sur le régime de la modification conventionnelle n'est cependant pas absolu.

En effet, contrairement à la modification conventionnelle, la modification unilatérale nous semble exiger la démonstration par la personne publique d'un **motif d'intérêt général** (CE, 11 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways* – CE, 27 octobre 2010, n° 318617, *Syndicat intercommunal des transports publics de Cannes, Le Cannet, Mandelieu La Napoule*).

L'exigence d'un motif d'intérêt général doit inviter les collectivités à la prudence et à ne pas systématiquement considérer la modification unilatérale comme un succédané d'une modification conventionnelle qui, faute d'accord, ne permettrait pas d'envisager la signature d'un avenant.

2. Versement d'une indemnité d'imprévision

2.1. Modalités du versement de l'indemnité d'imprévision

D'origine jurisprudentielle, la théorie de l'imprévision a désormais valeur législative, l'article L. 6 du CCP disposant 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* ».

A cet égard, l'avis du 15 septembre 2022 relève que le législateur a entendu codifier la jurisprudence administrative sur l'imprévision (CE, 30 mars 1916, n° 59928, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*) « *sans y déroger ni en préciser les conditions d'application* », de sorte que « *les principes que cette jurisprudence a dégagés demeurent* ».

Le Conseil d'Etat rappelle que le versement d'une indemnité d'imprévision se justifie par la nécessité de garantir la continuité du service public, le cocontractant devant, pour y prétendre, « remplir ses obligations contractuelles » et, plus précisément, poursuivre l'exécution de « la prestation initialement convenue ».

Toutefois, et bien que l'indemnité d'imprévision soit un droit pour le cocontractant dès lors que celui-ci parvient à justifier des conditions requises pour son versement, l'allocation d'une telle indemnité se heurte souvent à des difficultés pratiques.

En premier lieu, le **caractère imprévisible** des circonstances résultant des crises successives n'est pas encore tranché. L'application de la théorie de l'imprévision est en effet subordonnée à la condition que le fait à l'origine du bouleversement de l'économie du contrat ait été imprévisible lors de la conclusion de celui-ci.

A cet égard, il a été jugé que la hausse du coût du pétrole ne présente pas un caractère imprévisible dès lors que le pétrole est « régulièrement soumis à de fortes variations se répercutant sur le coût des produits à forte teneur en bitume » (CAA Nancy, 27 janvier 2011, n° 10NC00154, *Société*

EUROVIA Champagne Ardenne). Il n'est pas à exclure qu'une solution identique ne puisse pas être retenue dans le cas où le cocontractant viendrait à se prévaloir de la hausse du coût de l'énergie pour invoquer le bénéfice d'une indemnité d'imprévision dès lors que la situation de crise que nous connaissons pourrait vraisemblablement présenter un caractère durable (voir à ce sujet : Banque Mondiale, *Commodity Markets Outlook – The impact of the war in Ukraine on commodity markets*, avril 2022).

En deuxième lieu, l'indemnité d'imprévision ne peut couvrir qu'un « **déficit d'exploitation** » dont une part reste à la charge du cocontractant au titre de l'aléa normal (voir en ce sens CE, 20 mai 1994, n° 66377, *Société Le gardiennage industriel de la Seine*) et suppose l'existence d'« *un déficit d'exploitation qui soit la conséquence directe d'un événement imprévisible, indépendant de l'action du cocontractant de l'administration et ayant entraîné un bouleversement de l'économie du contrat* » (CE, 21 octobre 2019, n° 419155, *Société Alliance*).

En troisième et dernier lieu, l'indemnité d'imprévision ne peut être accordée que dans la mesure où le bouleversement économique du contrat et le déficit d'exploitation sont précisément justifiés.

C'est pourtant dès les premiers signes du déficit d'exploitation – en particulier lorsqu'il est inévitable que ce déficit devienne plus important du fait des circonstances économiques – que, dans la plupart des cas, les opérateurs – ainsi, éventuellement, que leurs établissements prêteurs – éprouvent le besoin d'une indemnité visant à rétablir un équilibre satisfaisant. Il nous semble en effet que la continuité du service public pourrait être davantage préservée par le versement d'une indemnité accordée dès les premières manifestations d'un déficit inévitable et en lien avec une situation d'imprévision qui de toute évidence aura pour effet de bouleverser l'économie du contrat.

Cette solution était précisément celle retenue par la circulaire Castex du 30 mars 2022 qui indiquait que « *si le bouleversement temporaire du contrat est d'une ampleur telle qu'il est évident qu'une indemnité devra en tout état de cause être attribuée en fin d'exécution du marché ou que la poursuite même de l'activité de l'entreprise est menacée par les difficultés de trésorerie et les pertes subies, les acheteurs accorderont aux titulaires 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* ».

L'avis du Conseil d'Etat en date du 15 septembre 2022 est toutefois resté taiseux s'agissant de la possibilité pour les personnes publiques d'accorder à leurs cocontractants, de manière anticipée, une indemnité d'imprévision.

Il y a également lieu de relever, à notre connaissance, qu'une telle possibilité n'a pas été confirmée par les juridictions administratives, et qu'elle reste parfois critiquée par les juridictions financières (voir notamment CRC Hauts-de-France, rapport d'observations définitives, 28 avril 2022, *Communauté urbaine de Dunkerque*).

Le versement anticipé d'une indemnité d'imprévision encourt un **risque important de requalification en avenant modificatif** dans la mesure où, ainsi que l'indique la note technique de la DAJ, une telle indemnité ne peut se combiner avec une modification du contrat que « *si cette dernière n'a pas été de nature à résorber la totalité du préjudice d'imprévision subi par le titulaire* » (p. 15).

En dépit de ces risques, la possibilité d'accorder une indemnité par anticipation a été réitérée par la circulaire n° 6374/SG en date du 29 septembre 2022, laquelle précise que « *dans le cadre d'une convention d'indemnisation, les autorités contractantes peuvent accorder aux entreprises qui en font*

la demande des indemnités prévisionnelles, mandatées avec chaque règlement, à valoir sur l'indemnité globale d'imprévision dont le montant définitif ne pourra être déterminé qu'ultérieurement » (p. 5).

Il n'est cependant pas certain que la position retenue par la circulaire du 29 septembre 2022 résiste à l'analyse de la Cour de justice de l'Union européenne qui ne connaît que l'avenant comme instrument modificatif (CJUE, 13 avril 2010, aff. C-91/08, Wall AG).

Plus généralement, on relèvera que la distinction faite par le Conseil d'Etat entre la mise en œuvre de la théorie de l'imprévision et le recours à l'avenant modificatif diffère singulièrement de ce qui est applicable aux **contrats de droit privé de la commande publique** pour lesquels l'article 1195 du Code civil envisage l'imprévision comme un instrument de modification du contrat.

2.2. Convention d'indemnisation : quel mode d'emploi ?

Dans son avis du 15 septembre 2022, 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 »*.

Conformément, à la jurisprudence administrative, la convention d'indemnisation doit seulement permettre la poursuite de l'exécution du contrat et ainsi présenter un caractère provisoire (CE, 17 janvier 1951, n° 97613, *Hospices de Montpellier*).

L'avis du Conseil d'Etat précise que la convention d'indemnisation 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 »*, de sorte que *« 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 [...] 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 »*.

Pour autant, l'avis du Conseil d'Etat – pas plus que la note technique de la DAJ et la circulaire du 29 septembre 2022 – ne précise la **nature juridique du support contractuel** qui *« peut 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 »*.

En pratique toutefois, une convention d'indemnisation se présente comme un protocole d'accord transactionnel, que la Cour de justice de l'Union européenne est susceptible de regarder comme un avenant modificatif (CJUE, 7 septembre 2016, aff. C-549/14, *Finn Frogne A/S*).

On relèvera que la circulaire du 29 septembre 2022 envisage la possibilité pour les parties de conclure une convention d'indemnisation qui *« 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 »*, étant rappelé la Cour de justice de l'Union européenne regarde en principe une telle clause comme une modification d'un contrat de la commande publique (CJUE, 2 septembre 2021, aff. n° C-721/19 et C-722/19, *Sisal SpA, Stanleybet Malta Ltd et Magellan Robotech Ltd*).

Paradoxalement, le risque de requalification de la convention d'indemnisation en avenant modificatif pourrait conduire les acteurs de la commande publique à privilégier la voie du contentieux, en sollicitant la condamnation de la collectivité contractante au versement d'une

indemnité qui, lorsqu'elle est accordée par le juge, ne peut en tout état de cause constituer une modification du contrat.

Telles sont les premières observations qu'appellent de notre part l'avis du Conseil d'Etat en date du 15 septembre 2022 et la doctrine administrative élaborée pour son interprétation.

Le *corpus* doctrinal ainsi mis à la disposition des acteurs de la commande publique doit inciter les parties aux contrats à **l'élaboration de stratégies** afin d'identifier l'opportunité du recours à l'avenant modificatif et/ou à la conclusion d'une convention d'indemnisation.

Il impose par ailleurs une **vigilance accrue** dans la tenue des négociations et dans la rédaction des documents contractuels (clauses de révision, avenants modificatifs, etc.) ou permettant l'allocation au cocontractant d'une indemnité (convention d'indemnisation, accord transactionnel, etc.).

Enfin, il ne doit pas faire oublier, ainsi que le rappelle opportunément la circulaire du 29 septembre 2022, la possibilité reconnue aux parties de rompre le contrat d'un commun accord ou, à la collectivité, de geler ou renoncer à l'application des pénalités contractuelles.

Auteurs



Steve BATOT
Avocat Of Counsel
sbatot@racine.eu



Mathilde PAYE-BLONDET
Avocat collaboratrice
mpayebondet@racine.eu