



Hausse des couts – Modification des prix et imprévision

Publication de l'avis du Conseil d'Etat du 15 septembre 2022

Face à la hausse exceptionnelle du prix des matières premières, la question se posait de savoir s'il était possible de convenir d'une modification « sèche » des clauses financières d'un marché, comme insérer ou modifier une clause de révision de prix. La doctrine étant divisée sur le sujet, de nombreuses collectivités mettaient en avant le caractère intangible du prix du contrat pour refuser toute demande en ce sens.

Interrogé par les pouvoirs publics, le Conseil d'Etat a rendu un avis le 15 septembre 2022. Il confirme notamment que les clauses financières d'un marché peuvent être adaptées pour tenir compte de la situation et ce, sous certaines conditions et limites. Il indique par ailleurs l'articulation à retenir entre l'indemnisation sur le fondement de l'imprévision et la modification des clauses financières du marché.

Pour en savoir plus :

[Avis du Conseil d'Etat du 15 septembre 2022](#)

[Fiche technique de la DAJ du ministère de l'Economie du 21 septembre 2022](#)

[Circulaire de la Première Ministre n° 6374/SG du 29 septembre 2022](#)

L'essentiel à retenir

Dans son avis du 15 septembre 2022, le Conseil d'Etat se prononce notamment sur quatre points :

1. La possibilité de modifier des clauses financières ou la durée du marché ;
2. Cette modification doit être limitée à ce qui est nécessaire pour faire face aux circonstances imprévisibles ;
3. L'indemnisation sur le fondement de la théorie de l'imprévision et son articulation avec la modification des clauses financières du marché ;
4. La question de l'inscription de l'indemnité d'imprévision dans le décompte général du marché.

I – La possibilité de modifier les clauses financières ou la durée du marché

Le Conseil d'Etat ne remet pas en cause le principe d'intangibilité des prix, mais il en explique la portée. Il valide, **sous certaines conditions**, la modification des seules clauses financières d'un contrat de la commande publique (on parle de « *modifications sèches* »).

Cette modification peut reposer sur les fondements juridiques suivants (qui autorisent une modification du contrat sans nouvelle mise en concurrence) :

- Les circonstances imprévisibles, dispositif qui prévoit qu'un marché peut être modifié lorsque la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'un maître d'ouvrage diligent ne pouvait pas prévoir (article [R.2194-5](#) du code de la



commande publique), et ce dans la limite de 50% du montant du marché initial (articles [R2194-3](#) du CCP pour les pouvoirs adjudicateurs et [R3135-3](#) pour les entités adjudicatrices) ;

- Les modifications de faible montant (inférieures à 15% du montant du marché pour les marchés de travaux - article [R.2194-8](#) du CCP) ou non substantielles (article [R.2194-7](#) du CCP).

S'appuyant sur ces différents textes, le Conseil d'Etat **considère que sont autorisées les modifications d'un marché en cours qui portent exclusivement sur :**

- **Le prix, les tarifs, les conditions d'évolution des prix ou les autres clauses financières** indépendamment des caractéristiques et conditions d'exécution des prestations sans que ces modifications ne portent atteinte au caractère définitif du prix ;
- La seule durée des marchés.

Il est donc possible, pour un maître d'ouvrage soumis au code de commande publique :

- De modifier le montant d'un prix ferme, qu'il soit forfaitaire ou unitaire ;
- De modifier une clause de révision des prix convenus initialement au contrat si leur application ne convient pas à opérer la compensation voulue ;
- D'intégrer une clause de révision des prix lorsque celle-ci n'a pas été prévue dans les documents initiaux.

Remarque :

Une modification du contrat doit être acceptée par les deux parties. L'entreprise titulaire du marché ne peut donc imposer cette solution au maître d'ouvrage : il n'existe pas de droit à ce qu'un contrat soit modifié.

Il existe en revanche un droit à l'indemnité d'imprévision. Si les conditions (strictes) en sont réunies, en l'absence d'accord amiable, un refus du maître d'ouvrage n'empêche pas l'entreprise de faire valoir devant le juge son droit à indemnisation au titre de l'imprévision (voir infra, articulation entre modification du contrat et imprévision).

II - Une modification du contrat possible, mais limitée à ce qui est nécessaire pour faire face aux circonstances imprévisibles

Selon le Conseil d'État, « les modifications apportées au contrat (...) doivent être directement imputables aux circonstances imprévisibles et ne peuvent excéder ce qui est nécessaire pour y répondre ». Les modifications envisagées doivent être strictement limitées dans leur champ d'application et leur durée.

Le montant ou la valeur de la modification à titre de compensation **ne doit pas dépasser le montant des surcoûts effectivement subis par le cocontractant**. Une modification du contrat qui ne serait pas strictement nécessaire pour faire face aux effets de la circonstance imprévisible serait donc irrégulière. Il est d'ailleurs rappelé que l'acheteur doit respecter des principes généraux d'égalité devant les charges publiques, de bon usage des deniers publics et d'interdiction des libéralités.

Le Conseil d'État ne se prononce pas sur les modalités de calcul de la compensation contractuelle. Mais la fiche du 24 septembre 2022 du ministère de l'économie (voir lien ci-dessous) donne néanmoins des précisions :



- Sur les charges supportées par l'entreprise, en listant : les dépenses de personnels, les frais généraux, l'achat des matières premières, les charges normales d'assurance, etc. et celles résultant de circonstances extérieures et imprévisibles ;
- Sur le contenu de la modification envisagée lors des négociations, en appelant à « *la vérification de 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* ». L'entreprise peut notamment détailler la structure de ses prix dans une comptabilité analytique.

Dans certains cas, la compensation des surcoûts pourra 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 générant la réalisation d'un complément d'exécution de prestations satisfaisant le besoin de l'autorité contractante.

Remarque :

Chaque circonstance imprévisible, quelles que soient son importance, sa durée et son évolution, ne peut donner lieu à modifications du contrat sans nouvelle procédure de mise en concurrence que jusqu'à 50 % du montant initial de celui-ci (article [R.2194-5](#) du CCP).

III - L'indemnisation sur le fondement de la théorie de l'imprévision et son articulation avec la modification des clauses financières du marché

Une circonstance imprévisible peut provoquer un bouleversement temporaire de l'économie du contrat. Dans ce cas et sous conditions, cela peut ouvrir un droit à indemnité d'imprévision pour l'entreprise. Cette indemnité est déterminée dans une convention d'indemnisation dont le seul objet est de compenser les charges extracontractuelles subies par l'entreprise.

NB : Pour plus de précisions sur la notion d'imprévision, outre la fiche technique DAJ (Direction des Affaires Juridiques) du 21/09/2022, il est possible de se reporter à la fiche technique de cette même [DAJ du 18/02/2022](#) (point 1.2.2 page 4) ainsi qu'à la [circulaire de la Première Ministre du 29 septembre 2022](#).

Le Conseil d'Etat précise que :

- Contrairement aux modifications du contrat, l'indemnisation sur le fondement de la théorie de l'imprévision **est un véritable droit du titulaire** dont il peut se prévaloir devant le juge administratif en l'absence d'accord amiable avec le maître d'ouvrage (accord sur une modification du contrat ou sur une indemnisation conventionnelle) ;
- La théorie de l'imprévision s'applique aux marchés à forfait (sauf commune intention des parties pour conférer au forfait un caractère général et absolu, ou encore présence d'un avenant au cours de la situation d'imprévision comportant une clause de renonciation par le titulaire à toute compensation supplémentaire) ;
- La théorie de l'imprévision « *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* » ; il est très intéressant de noter que l'on peut cumuler les deux (sauf, là encore, en présence d'une clause de renonciation à recours) ;
- La théorie de l'imprévision relève d'un régime juridique autonome des règles de modification du contrat : cela permet une indemnisation non limitée par le seuil de 50 % par modification prévu aux articles R.2194-3 et R.3135-3 du code de la commande publique.

IV - L'inscription de l'indemnité d'imprévision dans le décompte général du marché

Le Conseil d'Etat précise deux points techniques importants concernant l'octroi de l'indemnité d'imprévision :



- Elle 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 ;
- La fin du contrat, quelle qu'en soit le motif, ne fait pas obstacle à l'octroi d'une indemnité d'imprévision. Le Conseil d'Etat considère que le bouleversement de l'économie du contrat par suite de circonstances imprévisibles peut n'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 peut être utilement réclamée par ces derniers qu'après notification du décompte général et définitif.**

Remarque :

Ces précisions sont utiles. Une application normale des CCAG Travaux 2009 et 2021 ainsi que le principe de l'unicité du décompte conduit plutôt à devoir intégrer une demande d'indemnisation dans le projet de décompte final de l'entreprise... Ce que nous continuons néanmoins de recommander par prudence.