



Pas d'intangibilité pour l'imprévision : l'indemnité revue par le Conseil d'Etat ... et la DAJ

 26/09/2022  *Mathieu Laugier*

La thèse de l'intangibilité du prix vient de voler en éclat avec la l'avis du Conseil d'Etat du 15 septembre 2022 et la fiche technique de la DAJ relative à la possibilité de modifier les conditions financières et la durée des contrats de la commande publique. Mais ce n'est pas le seul point qui soit remis en cause... L'imprévision fait l'objet d'une interprétation nouvelle. Son cadre et les conditions d'octroi de l'indemnité pourraient être bouleversés...



Les modalités financières (prix, clause de révision...) sont bel et bien des éléments contractuels comme les autres. Le Conseil d'Etat vient d'écarter la thèse de l'intangibilité du prix, dans son **avis n° 405540 du 15 septembre 2022**. Autrement dit, des modifications en cours d'exécution peuvent porter sur ces clauses contractuelles à condition qu'elles soient réalisées dans les cadres prévus par le code de la commande publique (CCP) en matière de modification du marché public ou de la concession ; et sous réserve que la modification ne conduise pas à concéder une libéralité au cocontractant.

Interrogé par le ministre de l'Economie et des finances, le Conseil d'Etat précise également les conditions d'application de la théorie de l'imprévision.

L'indemnité de l'imprévision : hors du champ de la commande publique

D'après le Conseil d'Etat, l'indemnité d'imprévision n'entre pas dans le champ d'application



Me Nicolas Charrel

du CCP et des directives européennes. Par conséquent, le plafond qui limite une modification du montant à 50% de celui du contrat initial (si le contrat a été passé par un pouvoir adjudicateur), en cas de circonstance imprévue, ne joue pas en cas d'imprévision. Les sommes accordées peuvent donc aller au-delà. Il ne serait également pas nécessaire de publier un avis de modification au JOUE (si le contrat a été passé selon une procédure formalisée).

Il est vrai, concède Maître Nicolas Charrel, que s'il existe un bouleversement temporaire de l'économie du contrat, l'indemnité devant être accordée peut en pratique dépasser ce barème. Selon l'avocat, les conseillers d'Etat distinguent le régime de l'imprévision de celui du droit de la commande publique au regard de la différence de nature du versement. D'un côté, une indemnité est distribuée pour maintenir un service ; de l'autre, un prix qui est la contrepartie de l'exécution des prestations.

“ Le Conseil d'Etat distingue le régime de l'imprévision de celui du droit de la commande publique au regard de la différence de nature du versement : une indemnité est distribuée pour maintenir un service ; un prix est la contrepartie de l'exécution des prestations ”

Cette faculté d'octroyer une indemnité sans maximum fait écho à l'article 20 de l'ancien code des marchés publics (2006) : « *En cas de sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, un avenant ou une décision de poursuivre peut intervenir quel que soit le montant de la modification en résultant* ».

Mais la position du Conseil d'Etat ne sera peut-être pas admise par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), souligne l'avocat. Il n'est pas à exclure que si la CJUE venait à devoir statuer sur une indemnité d'imprévision qui dépasse le seuil envisagé par les textes, elle requalifie la mesure, et y voit une modification irrégulière au regard des directives.

M^e Ariane Bardoux étaye cette hypothèse en s'appuyant sur la position du juge de l'Union européenne, dans sa décision Finn Frogne (**CJUE, 7 septembre 2016, C 549/14**), dont le litige portait sur une transaction (que l'on peut qualifier de convention "détachable" du contrat). En effet, dans cette affaire, la CJUE a considéré que : « *après l'attribution d'un marché public, une modification substantielle ne peut pas être apportée à celui-ci sans l'ouverture d'une nouvelle procédure de passation de marché même lorsque cette modification constitue, objectivement, un mode de règlement transactionnel, emportant des renoncements réciproques de la part des deux parties, en vue de mettre un terme à un litige, dont l'issue est incertaine, né des difficultés auxquelles se heurte l'exécution de ce marché...* ». La prudence reste de mise dès lors que le montant de l'indemnité apparaît

contraire au CCP.

Une approche inédite de l'appréciation du bouleversement de l'économie générale du contrat



Me Ariane Bardoux

A l'occasion de la publication de l'avis du Conseil d'Etat, la direction des affaires juridiques (DAJ) publie une **fiche technique** reprenant l'analyse de la Haute juridiction. Mais pas seulement... relèvent les praticiens. Bercy revient sur l'appréciation de l'assiette du bouleversement de l'économie générale du contrat en matière d'imprévision : un point *a priori* non abordé par les conseillers d'Etat.

Jusqu'à présent, ce bouleversement semble être examiné par les juridictions sur le montant total du contrat, et *de facto* sur l'ensemble de sa durée, rappelle M^e Ariane Bardoux (exemple : **CE 1^{er} juillet 2015, Société Sud Terrassement, req. n° 383613** : Il s'agissait au demeurant de la position adoptée par le Premier Ministre aux termes de sa circulaire du 30 mars dernier qui indiquait « le montant des charges extracontractuelles doit être évalué sur l'ensemble du contrat, et donc à la fin de l'exécution de celui-ci »).

“ La DAJ, dans sa fiche technique, revient, s'agissant de l'imprévision, sur l'assiette du bouleversement de l'économie générale du contrat... un point que l'avis du Conseil d'Etat n'aborde pas ”

Or, à la lecture de la fiche, les préconisations de la DAJ n'iraient pas dans ce sens. Plus précisément, y est mentionné que « *Le bouleversement de son équilibre, pour sa part, 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* ». Autrement dit, il y aurait un changement de paradigme. L'existence d'un bouleversement de l'économie générale du contrat s'étudierait à l'aune de circonstances temporelles.

Dans cette hypothèse, M^e Nicolas Charrel redoute un accroissement des demandes d'indemnisation de la part des cocontractants, à la moindre difficulté d'exécution, auprès des collectivités publiques... et que ces dernières soient contraintes d'y répondre favorablement si elles souhaitent poursuivre l'exécution.

Quoi qu'il en soit, selon les avocats, il pourrait être opportun de revoir le régime

d'indemnisation en cas de bouleversement de l'économie générale du contrat... et tendre vers une répartition des frais entre les parties, « *en sortant de la logique du "tout ou rien" de la théorie de l'imprévision, telle que conçue en 1916* ». Il n'est plus souhaitable et soutenable économiquement qu'un opérateur puisse supporter l'entièreté des charges extracontractuelles, ou à l'inverse, que ces coûts soit assumés par la collectivité publique si l'imprévision est caractérisée.

à propos de l'auteur



Mathieu Laugier

CE, avis n° 405540 du 15 septembre 2022

📅 21/09/22 ⌚ 11h09

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

Télécharger ↓
