

## Note juridique à destination des adhérents de l'OTRE Hausse des prix des matières premières et modalités de mise en œuvre de la théorie de l'imprévision et de la modification des contrats pour circonstances imprévues

### CONTEXTE

Par courriel en date du 24 mars 2022, l'OTRE a sollicité la rédaction d'une note juridique à destination de ses adhérents afin que ces derniers disposent d'éléments juridiques leur permettant de formuler, auprès de leurs cocontractants (personnes publiques), une demande de révision de leurs contrats.

Vous trouverez ci-après une courte note qui s'attachera à indiquer, dans un premier temps, quelles clauses contractuelles pourraient d'ores et déjà être analysées afin de déterminer quelles sont celles qui pourraient servir de fondement à une modification des termes du contrat.

Puis, dans un second temps, la présente note présentera les deux mécanismes qui pourraient permettre aux entreprises spécialisées dans le transport et liées par contrat avec des personnes publiques d'obtenir une réparation compte tenu du préjudice qu'elles subissent depuis quelques semaines. En effet, d'une part, une demande d'indemnisation sur le fondement de la théorie de l'imprévision pourrait être sollicitée et, d'autre part, une modification du contrat pour « *circonstances imprévues* » pourrait être demandée. À ce titre, cette note précisera, outre le fondement juridique de ces mécanismes, la forme de ces demandes, leur contenu mais également les éléments de justification qu'il conviendra d'apporter.

Plus précisément, les étapes à suivre peuvent être schématiquement représentées comme suit :



1/ Préalablement à toute demande officielle auprès des personnes publiques cocontractantes, **une analyse des stipulations contractuelles** doit être effectuée.

En effet, certaines clauses pourraient permettre aux parties, de manière amiable, de modifier le contrat qui les lie afin de réajuster ses termes pour faire face aux conséquences financières subies par les entreprises de transport.

À ce titre, il convient d'analyser le contrat afin de déceler si l'une des clauses suivantes est insérée :

- a) Une clause de **réexamen**. Une telle clause pourrait permettre de réajuster les termes du contrat. Toutefois, la mise en œuvre d'une modification par le biais d'une clause de réexamen est entourée de certaines conditions. En effet, ses conditions de mise en application et la nature des modifications envisagées doivent avoir été prévues dès la conclusion du contrat.

Il conviendra à ce titre d'apporter une attention particulière aux conditions dans lesquelles la clause de réexamen peut être mise en œuvre :

- s'agit-il seulement de prévoir une rencontre entre les parties ?
- par quel moyen peut-elle être actionnée ? (courrier, etc.)
- la clause est-elle entourée de délais ou de conditions particulières ?

De plus, les modifications qu'elle est susceptible d'engendrer doivent, en application des dispositions précitées, avoir été prévues *ab initio*.

Dans ces circonstances, il pourrait être opportun de vérifier, par exemple, si les clauses relatives au « prix » – ou tout autre élément du contrat de nature à faire face à la hausse des prix du carburant – peuvent être modifiées en application d'une clause de réexamen.

- b) Une clause de **variation des prix**. Par principe, ces clauses ne sont prévues, de manière obligatoire, que dans certains contrats de la commande publique.

En effet, les articles R. 2112-13 et R. 2112-14 du code de la commande publique précisent qu'un marché public doit être conclu à prix révisable lorsque les parties sont exposées à des aléas majeurs du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations ou lorsque l'exécution de ces contrats nécessite le recours à une part importante de fournitures, notamment de matières premières, dont le prix est directement affecté par les fluctuations de cours mondiaux.

Pour autant, l'application faite de ces dispositions par la jurisprudence administrative apparaît assez restrictive, de sorte que *in fine*, peu de contrats sont conclus sur le fondement de ces articles. Par conséquent, la probabilité qu'une telle clause existe nous apparaît relativement faible.

- c) Une clause de « **rendez-vous** ». Cette clause permet aux parties de fixer par avance des dates de réunion ayant pour objet de recadrer les termes du contrat.

2/ À la suite de l'analyse des dispositions contractuelles, les entreprises spécialisées dans le transport et liées par contrat avec des administrations publiques disposent d'une double option. En effet, elles pourront solliciter d'une part, une indemnisation sur le fondement de l'imprévision et, d'autre part, une modification du contrat pour « *circonstances imprévues* ».

À titre liminaire, il convient de préciser que les modalités de mises en œuvre des mécanismes de « *l'imprévision* » et de la modification pour « *circonstances imprévues* », s'ils peuvent avoir les mêmes effets, à savoir réparer les conséquences financières des aléas subis par les professionnels du transports ces dernières semaines, sont différentes.

En effet, la théorie de l'imprévision permet au cocontractant subissant un préjudice de bénéficier d'une réparation financière au moyen d'une **indemnité**. En sens inverse, la modification du contrat pour « *circonstances imprévues* », comme son nom l'indique, permet aux parties de **modifier** le contrat qui les lie et s'inscrit, par conséquent, dans un temps plus long.



De surcroît, il est à noter que la théorie de l'imprévision et la modification du contrat pour circonstances imprévues peuvent être utilisées de manière alternative voire complémentaire.

En effet, il reviendra à chaque titulaire d'un contrat avec une administration de déterminer s'il lui est préférable de solliciter, dans un premier temps, une indemnité pour imprévision puis, dans un second temps, la modification de son contrat pour circonstances imprévues. De plus, le recours à un seul de ces deux mécanismes est également envisageable.

2.1/ S'agissant de l'**indemnisation pour imprévision**, celle-ci peut prendre la forme d'un courrier adressé à l'administration cocontractante afin de lui demander le versement d'une indemnité.

Pour rappel, la théorie de l'imprévision permet de protéger le cocontractant de l'administration en lui ouvrant un droit à indemnisation lorsque l'exécution du contrat le liant à cette dernière est rendue plus difficile et plus onéreuse. La théorie de l'imprévision permet donc au cocontractant subissant un préjudice de bénéficier d'une réparation financière au moyen d'une **indemnité**.

À ce titre, la théorie de l'imprévision est subordonnée à la démonstration, auprès de l'administration, des trois conditions suivantes :

- l'évènement/l'aléa doit être **extérieur** aux parties ;
- l'évènement/l'aléa doit être **imprévisible** ;

- l'évènement/l'aléa doit modifier temporairement **l'équilibre du contrat**.

De manière générale, il apparaît nécessaire d'apporter, à l'appui d'une demande de versement d'une indemnité pour imprévision, tous les justificatifs nécessaires à la démonstration de la réalité et de l'ampleur du préjudice subi par le cocontractant.

#### a) Le moment de la demande

Une demande de versement d'une indemnité du fait d'une situation d'imprévision peut intervenir à tout moment, tant durant la période d'exécution du contrat qu'à son échéance.

#### b) La démonstration du caractère extérieur de l'évènement

Par principe, lorsque l'évènement ne relève pas de la volonté, des actions ou inactions de l'une ou l'autre des parties, il est aisément considéré comme extérieur au sens de la jurisprudence administrative.

De plus, la hausse des prix des matières premières mais également les conflits armés ont déjà été considérés comme des évènements extérieurs aux parties par la jurisprudence administrative (cf. [Conseil d'État, 30 mars 1916](#) ; [Conseil d'État, 29 avril 1981, n° 10170](#) ; [TA de Melun, 16 octobre 2013, n° 1202368](#)).

#### c) La démonstration du caractère imprévisible de l'évènement

De manière générale, les évènements/aléas doivent, pour être considérés comme imprévisibles, « *déjouer toutes les prévisions qu'avaient et qu'auraient raisonnablement pu faire les parties lors de la conclusion du contrat* ». En matière d'augmentation des prix du pétrole, la jurisprudence administrative apparaît particulièrement sévère, considérant que le prix des carburants est régulièrement soumis à de fortes variations.

Pour autant, il nous semble que lorsqu'une telle hausse des prix est consécutive à la survenance d'une guerre, l'application de la théorie de l'imprévision apparaît alors admise (cf. [Conseil d'État, Sté Propétrol, 5 novembre 1982, n° 19413](#) et [Conseil d'État, 30 mars 1916](#)).

Dès lors, afin de justifier du caractère imprévisible, il pourrait être opportun d'invoquer, outre la forte augmentation des prix du carburant, la survenance d'un conflit armé. En effet, le déclenchement de ce conflit et la hausse des prix qui en résulte pourraient être considérés, par l'administration cocontractante, comme imprévisibles au moment de la signature du contrat.

Et pour cause, si les entreprises de transport peuvent prévoir de légères fluctuations des prix du pétrole – fluctuations au demeurant classiques en matière pétrolière – celles-ci ne sauraient en revanche pouvoir prévoir l'apparition d'un conflit armé entraînant une forte augmentation des cours du pétrole.

En outre, la jurisprudence administrative considère que la théorie de l'imprévision trouve à s'appliquer dans l'hypothèse d'un évènement prévisible dont les conséquences financières, quant à elles, ne le sont pas (cf. [CE, Ville d'Avignon, 22 février 1963](#)).

S'agissant de la temporalité, il apparaît opportun de préciser que le caractère imprévisible de l'évènement s'apprécie à la date à laquelle le cocontractant a été définitivement engagé. Lorsqu'un renouvellement est intervenu, l'imprévision s'apprécie à la date de ce renouvellement (cf. [CE, Les Viviers de Saint Malo, 19 octobre 1966](#)). En d'autres termes, les contrats ayant été renouvelés très récemment ne semblent pas pouvoir légitimement se prévaloir de la théorie de l'imprévision.



De surcroît, l'existence d'une fiche technique du ministère de l'économie et des finances pourrait également être avancée dans la demande d'indemnité pour imprévision. En effet, par le passé, le ministère de l'Équipement avait préconisé dans une note l'application de la théorie de l'imprévision au cas par cas à la suite de l'augmentation des prix de l'acier (cf. note du 18 mai 2004, à l'attention des préfets et des directeurs de l'équipement).

De la même manière, une circulaire du Premier ministre en date du 30 mars 2022 à destination des préfets relative à « *l'exécution des contrats de la commande publique dans le contexte actuel de hausse des prix de certaines matières premières* » pourrait être citée.

#### **d) La démonstration du bouleversement temporaire de l'équilibre économique du contrat**

Le cocontractant de l'administration doit démontrer que l'équilibre économique du contrat qui le lie à l'administration est temporairement bouleversé par l'aléa.

À cet égard, il semble que le bouleversement de l'équilibre économique du contrat s'apprécie de façon objective en tenant compte du surcoût subi par le cocontractant de l'administration.

La jurisprudence administrative a, par exemple, considéré que l'équilibre économique était bouleversé lorsque l'augmentation des prix du charbon avait atteint 334 % (cf. [CE, 30 mars 1916](#), précité). En sens inverse, des augmentations « faibles » de l'ordre de 2 ou 3 % ne suffisent pas à caractériser un bouleversement de l'équilibre économique

(cf. CE, *Société Coignet Entreprise*, 30 novembre 1990, n° 53636 ; CE, *Sté Routière Colas*, 2 juillet 1982, n° 23653).

De manière générale, l'on considère que l'économie générale du contrat est bouleversée lorsque le surcoût pour le cocontractant se situe entre 5 et 10%.

À ce titre, dans une note de 2004 à destination des préfets consécutive à l'augmentation des prix de l'acier, le ministère de l'Équipement préconisait l'application de la théorie de l'imprévision au cas par cas à partir d'un surcoût de **10 %** (cf. note du 18 mai 2004, à l'attention des préfets et des directeurs de l'équipement).

De plus, une circulaire du Premier ministre en date du 30 mars 2022 estime que « *si la jurisprudence ne fixe pas de seuil unique au-delà duquel elle reconnaît un tel bouleversement, cette condition n'est, en principe, considérée comme remplie que lorsque les charges extracontractuelles ont atteint environ un quinzième du montant initial HT du marché ou de la tranche* ».

Dans ces circonstances, afin d'obtenir une indemnité pour imprévision, le cocontractant de l'administration doit se prévaloir d'une augmentation importante, *a minima*, de l'ordre de 5 % à 10 % de ses coûts.



A cet égard, il pourrait être particulièrement opportun d'étayer la demande de versement d'indemnité au moyen d'une analyse chiffrée, d'une part, de l'augmentation subie par les entreprises de transport depuis le début de l'évènement et, d'autre part, des nouveaux coûts du service délivré. Ce faisant, l'administration pourrait être en mesure d'apprécier de façon concrète le préjudice subi par son partenaire. **Produire un document attestant de l'ampleur du préjudice par un expert-comptable est fortement conseillé.**

#### e) Le montant de l'indemnité auquel peut prétendre le cocontractant de l'administration

Par principe, la théorie de l'imprévision ne met pas l'intégralité des risques à la charge du cocontractant mais organise un partage des risques. En d'autres termes, l'intégralité du préjudice subi par le cocontractant ne peut être pris en charge par l'administration, une part de celui-ci doit être supportée par le cocontractant lésé par l'aléa.

En pratique, l'administration semble prendre en charge **90 %** du déficit d'exécution du marché public ou de la concession, 10 % restant à la charge du prestataire comme constituant la part d'aléa normale (cf. conclusions du rapporteur public Gilles Pélissier sous la décision **Conseil d'État, 21 octobre 2019, n° 419155**).

À ce titre, la fiche du ministère de l'économie et des finances dénommée « *Les marchés publics confrontés à la flambée des prix et au risque de pénurie des matières premières* »

pourrait être citée à l'appui d'une demande d'indemnité pour imprévision dès lors qu'elle indique, lorsqu'elle évoque l'imprévision, que « *le juge administratif met généralement à la charge de la personne 90 % du montant de cette charge extracontractuelle* ».

Dans le même sens, la circulaire du Premier ministre, précitée, estime que « *Lorsque l'état d'imprévision est caractérisé, le montant de l'indemnité doit être déterminé au cas par cas. La perte effective subie par l'entreprise étant la conséquence d'événements extérieurs aux parties, elle ne peut pas être supportée par l'administration seule. Si la jurisprudence a, en moyenne, fixé la part d'aléa laissée à la charge du titulaire à 10 % du montant du déficit résultant des charges extracontractuelles, ce taux est néanmoins susceptible de varier entre 5 % et 25 % en fonction des circonstances et notamment des éventuelles diligences mises en œuvre par l'entreprise pour se couvrir raisonnablement contre les risques inhérents à toute activité économique.* »

Par conséquent, dès lors le cocontractant a estimé le surcoût qu'il subit (cf. *supra*), il sera en droit de solliciter de l'administration cocontractante le versement d'une indemnité représentant, au maximum, 90 à 95 % du montant dûment justifié, ce taux étant susceptible de varier selon les contrats.

#### **f) Sous quelle forme solliciter le versement d'une indemnité pour imprévision ?**

La demande d'imprévision peut être réalisée sous la forme d'un courrier justifiant des raisons pour lesquelles une telle demande est effectuée et accompagné de toutes les justifications nécessaires à l'appréciation, par l'administration, de la réalité et de l'ampleur du préjudice subi par le cocontractant. Produire un document attestant de l'ampleur du préjudice par un expert-comptable est fortement conseillé.

Par la suite, dans l'hypothèse où la personne publique accèderait à cette demande, une convention pourrait être conclue et jointe au contrat (cf. circulaire du Premier Ministre en date du 30 mars 2022).



**2.2/** S'agissant de la **modification du contrat pour « circonstances imprévues »**, il apparaît possible, pour un cocontractant dont l'exécution du contrat est rendue plus contraignante, de solliciter la modification de son contrat sur le fondement de l'article R. 2194-5 du code de la commande publique.

En effet, le code de la commande publique admet que les parties puissent modifier un contrat en cours d'exécution pour certains motifs listés par ce même code, au nombre desquels figure celui tenant à des « *circonstances imprévues* ».

À l'instar de la théorie de l'imprévision, certaines conditions doivent être remplies. En effet, le caractère imprévisible de l'aléa subi par le cocontractant doit être démontré. De plus et en tout état de cause, la modification ne saurait dépasser 50 % du montant initial du contrat et bouleverser son économie générale.

Ainsi, les entreprises spécialisées dans le transport pourraient solliciter de leurs cocontractants administrations publiques une modification du contrat qui les unit pour « *circonstances imprévues* ».

Cette demande pourrait s'effectuer par un courrier dans lequel ces dernières justifient, a minima, du caractère imprévisible de la hausse des prix des matières premières. À ce titre, les justifications évoquées *supra* en matière d'imprévision pourraient être avancées.



De surcroît, afin que l'administration puisse apprécier l'ampleur des modifications à effectuer, il pourrait également s'avérer opportun que la demande de modification soit accompagnée d'une analyse chiffrée, précise et attestée par un expert-comptable de la hausse des prix subie par les entreprises de transport mais également des surcoûts engendrés par ces hausses sur l'exécution du service délivré.

∴

Nous restons naturellement à votre disposition pour tout complément d'information et vous prions d'agréer, Mesdames, Messieurs, l'expression de nos salutations dévouées.



**Guillaume Castagnino**  
Juriste  
Master II droit des contrats publics



**Mélissa Rivière**  
Associé sénior  
Master II droit public des affaires