

Foire aux questions

Solutions permettant de faire face aux conséquences de la survenance de circonstances imprévisibles sur l'exécution des contrats de la commande publique : modification du contrat, application de la théorie de l'imprévision, suspension de l'exécution ou résiliation du contrat

DGCL - Mars 2023

Cette FAQ présente les principales questions pratiques que soulèvent les modifications des contrats de la commande publique, la suspension de leur exécution ou leur résiliation et l'application de la théorie de l'imprévision pour faire face à des circonstances imprévisibles.

SOMMAIRE

Partie I – Modification du contrat.....5

- 1) Quels sont les contrats concernés par les dispositions du code de la commande publique (CCP) relatives à leurs modifications ?.....5
- 2) Quelles sont les clauses du contrat susceptibles d'être modifiées ou d'y être introduites ?.....5
- 4) Sur quels fondements peut-on accorder une modification d'un contrat de la commande publique pour faire face à des circonstances imprévisibles ?6
- 5) Quelles sont les conditions d'application des clauses de réexamen ?.....7
 - 5-1) Qu'est-ce qu'une clause de réexamen ?.....7
 - 5-2) Le titulaire du contrat est-il tenu de fournir des justificatifs ?.....7
 - 5-3) Existe-t-il des limites aux modalités de la modification ?.....7
- 6) Quelles sont les conditions d'application des modifications pour circonstances imprévues ?.....7
 - 6-1) Qu'est-ce qu'une circonstance imprévue ?7
 - 6-2) Quels sont les justificatifs à fournir par le titulaire du contrat pour prétendre à une modification pour circonstances imprévues ?8
 - 6-3) Quelles sont les limites à la modification pour circonstances imprévues ?8
 - 6-3-1) Respect des principes constitutionnels encadrant la modification..... 8
 - 6-3-2) Respect du seuil plafond de la modification..... 9
- 7) Quelles sont les conditions d'application des modifications de faible montant ?9
 - 7-1) A quoi correspondent les modifications de faible montant ?.....9
 - 7-2) Quels sont les justificatifs à fournir par le titulaire du contrat pour prétendre à une modification de faible montant ?.....9
 - 7-3) Quelles sont les limites à la modification de faible montant ? 10
 - 7-3-1) Respect des principes constitutionnels encadrant la modification..... 10
 - 7-3-2) Respect du seuil plafond de la modification..... 10
- 8) Quelles sont les conditions d'application des modifications pour prestations (travaux, fournitures ou services) supplémentaires devenues nécessaires ? 10
 - 8-1) Qu'est-ce que des travaux, fournitures ou services supplémentaires devenus nécessaires ? 10
 - 8-2) Quels sont les justificatifs à fournir par le titulaire du contrat pour prétendre à une modification pour prestations supplémentaires devenues nécessaires ?...11
 - 8-3) Quelles sont les limites à la modification pour prestations supplémentaires devenues nécessaires ? 11
 - 8-3-1) Respect des principes constitutionnels encadrant la modification.....11
 - 8-3-2) Respect du seuil plafond de la modification.....11
- 9) Quelles sont les possibilités de choix et de cumul des fondements des modifications?..... 12

9-1) Peut-on recourir à plusieurs modifications de la même catégorie ?.....	12
9-2) Peut-on recourir à plusieurs catégories de modifications ?.....	12
9-3) Peut-on choisir entre plusieurs catégories de modifications pour faire face à un même événement imprévisible ?	12
10) Peut-on refuser une modification demandée par le titulaire du contrat lorsque les conditions d'application de cette modification se trouvent réunies ?	12
11) Quelles formalités doit-on respecter lors de ces modifications du contrat ?.....	13
11-1) La modification est-elle soumise à une procédure particulière entre les parties au contrat ?	13
11-2) Quelle forme peut revêtir la modification ?	13
11-3) Est-il nécessaire de consulter la commission d'appel d'offres (CAO) ou la commission compétente pour les délégations de service public (CDSP) ?	13
11-4) Faut-il transmettre la modification au contrôle de légalité ?.....	13
11-5) La modification doit-elle donner lieu à un avis publié ?	14
12) Quel est l'organe compétent au sein de l'autorité contractante pour décider de la modification du contrat ?	14

Partie II – Application de la théorie de l'imprévision 15

1) Quels sont les contrats concernés par l'application de la théorie de l'imprévision ?	15
2) Quelles sont les conditions d'application de la théorie de l'imprévision ?	15
2-1) Quels sont les critères et les conséquences de l'imprévision ?	15
2-2) Comment s'apprécie le bouleversement de l'économie du contrat ?	15
2-3) Quels sont les justificatifs à fournir par le titulaire du contrat pour prétendre à une indemnité d'imprévision ?	16
2-4) Comment déterminer le montant de l'indemnité d'imprévision ?	16
2-5) A quel moment l'indemnité d'imprévision doit-elle être versée ?	17
2-6) L'indemnité d'imprévision doit-elle figurer au décompte général définitif d'un marché public ?.....	17
3) Peut-on refuser l'attribution d'une indemnité d'imprévision lorsque les conditions de l'imprévision se trouvent réunies ?	17
4) Quelles sont les modalités d'attribution de l'indemnité d'imprévision ?	17
4-1) L'attribution de l'indemnité est-elle soumise à une procédure particulière entre les parties au contrat ?	17
4-2) Quelle forme peut revêtir la décision d'attribution de l'indemnité d'imprévision ?	18
4-3) Est-il nécessaire de consulter la CAO ou la CDSP ?.....	18
4-4) Faut-il transmettre la décision d'attribution au contrôle de légalité ?	18
4-5) La décision d'attribution doit-elle donner lieu à un avis publié ?.....	18

5) Quel est l'organe compétent au sein de l'autorité contractante pour décider de l'octroi d'une indemnité d'imprévision ?	18
6) L'application de la théorie de l'imprévision est-elle incompatible avec toute modification contractuelle ou fin des effets du contrat ?	19
6-1) L'existence d'une clause de variation des prix dans le contrat de la commande publique fait-elle obstacle à l'application de la théorie de l'imprévision ?	19
6-2) La modification du contrat pour faire face à des circonstances imprévisibles est-elle exclusive de l'application de la théorie de l'imprévision ?	19
6-3) L'exécution complète du contrat ou sa résiliation fait-elle obstacle à l'application de la théorie de l'imprévision ?	19

Partie III – Suspension de l'exécution et résiliation du contrat20

1) Quels sont les contrats susceptibles d'être suspendus ou résiliés ?	20
2) Quels peuvent être les fondements juridiques de la suspension de l'exécution ou de la résiliation du contrat ?	20
2-1) Accord des parties	20
2-2) Force majeure	20
2-2-1) Qu'est ce que la force majeure ?	20
2-2-2) Quelles sont les conséquences de la force majeure sur l'exécution du contrat ?	20
2-3) Résiliation du contrat pour motif d'intérêt général.	21
3) Quand convient-il de privilégier la résiliation ou la suspension de l'exécution du contrat à sa modification ou à l'application de la théorie de l'imprévision ?	21
3-1) La suspension de l'exécution du contrat ou sa résiliation se justifie lorsqu'elles s'avèrent moins onéreuse que la poursuite de son exécution	21
3-2) La résiliation du contrat se justifie lorsqu'il est impossible de changer ses prestations via une modification de ses clauses	22
4) Quelles formalités doit-on respecter en cas de suspension de l'exécution ou de résiliation du contrat ?	22
4-1) La suspension ou la résiliation est-elle soumise à une procédure particulière entre les parties au contrat ?	22
4-2) Quelle forme peut revêtir la suspension ou la résiliation ?	23
4-3) Est-il nécessaire de consulter la CAO ou la CDSP ?	23
4-4) Faut-il transmettre la décision de suspension ou de résiliation au contrôle de légalité ?	23
4-5) La suspension ou la résiliation doit-elle donner lieu à un avis publié ?	23
5) Quel est l'organe compétent au sein de l'autorité contractante pour décider de la suspension de l'exécution ou de la résiliation du contrat ?	23

Annexe : tableau de synthèse

Partie I – Modification du contrat

1) Quels sont les contrats concernés par les dispositions du code de la commande publique (CCP) relatives à leurs modifications ?

Sont concernés :

- les marchés publics, y compris les marchés de partenariat, et les contrats de concession, dont les délégations de service public. Les concessions d'aménagement sont également concernées en tant qu'elles constituent soit des marchés publics, soit des contrats de concession ; tous les contrats sont concernés quel que soit leur montant ;
- les contrats pouvant faire l'objet d'une modification unilatérale par l'autorité contractante, en raison de leur caractère administratif, ou seulement d'une modification convenue avec le titulaire du contrat. Les contrats de la commande publique passés par les collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements publics étant, en principe, administratifs par détermination de la loi (article L. 6 du CCP), ils peuvent être modifiés soit unilatéralement par l'autorité contractante, soit par accord entre cette dernière et son cocontractant.

Ne sont, en revanche, pas soumis à ces dispositions et peuvent en conséquence être librement modifiés les contrats mentionnés au livre V de la deuxième partie et au livre II de la troisième partie du CCP, tels les contrats conclus entre entités appartenant au secteur public (contrats de quasi-régie et contrats de coopération public-public) ou avec un opérateur économique bénéficiant d'un droit exclusif, ou encore ceux dont l'objet ne relève pas du champ de la commande publique (ex. : acquisitions et locations immobilières, contrats d'emprunt).

2) Quelles sont les clauses du contrat susceptibles d'être modifiées ou d'y être introduites ?

Peuvent être modifiées les clauses relatives aux caractéristiques et/ou aux conditions d'exécution des prestations objet du contrat, dès lors que la poursuite de l'exécution de ce dernier suppose de telles adaptations (ex. : dans le cadre de la réalisation d'un ouvrage immobilier, travaux supplémentaires nécessités par l'état d'un terrain que des études préalables n'avaient pas permis d'identifier). Les modifications apportées aux clauses financières ou à la durée du contrat ne sont alors que la conséquence de celles apportées aux caractéristiques et conditions d'exécution des prestations.

Peuvent également être modifiées, notamment en cas de fortes tensions inflationnistes, les seules clauses relatives à la durée du contrat, au prix ou aux tarifs des prestations, aux conditions de leur révision ainsi que les autres clauses financières du contrat (modifications dites « sèches »).

Il est notamment possible d'introduire au contrat une clause de révision du prix ou des tarifs qui faisait défaut, ou une clause de rendez-vous prévoyant l'ouverture de discussion entre les parties pour faire face à l'évolution des circonstances actuelles ou à la survenance de nouvelles circonstances imprévisibles.

Sous réserve des conditions spécifiques à chaque catégorie de modifications décrites ci-après, la modification ne peut avoir, en toutes hypothèses, pour effet de changer la nature globale du contrat, c'est-à-dire sa qualification juridique (marché public ou concession) et son objet principal.

3) Quelles clauses du contrat convient-il de modifier pour faire face à des circonstances imprévisibles ?

Tout dépend de la nature de ces circonstances imprévisibles.

Lorsqu'elles présentent un caractère technique, la solution passera le plus souvent par une modification des clauses relatives aux prestations afin soit de les adapter à la situation nouvelle, soit de prévoir des prestations complémentaires qui s'avèrent indispensables pour l'exécution du contrat. Une modification sèche de la durée du contrat peut également être envisagée lorsque seul se trouve affecté le calendrier d'exécution des prestations.

Lorsqu'elles présentent un caractère économique, une modification des seules clauses financières et/ou de la durée du contrat est plus appropriée. Une modification des caractéristiques des prestations peut toutefois s'avérer plus intéressante lorsque, sans changer l'objet principal du contrat, elle permet de substituer à tout ou partie des prestations initialement prévues des prestations devenues économiquement plus avantageuses compte tenu des circonstances et répondant également aux besoins de l'autorité contractante.

4) Sur quels fondements peut-on accorder une modification d'un contrat de la commande publique pour faire face à des circonstances imprévisibles ?

Il convient, en premier lieu, de faire application des clauses de réexamen prévues dans le contrat (articles R. 2194-1 et R. 3135-1 du CCP) qui peuvent porter aussi bien sur les caractéristiques et les modalités d'exécution des prestations objet du contrat que sur ses clauses financières ou sa durée.

En second lieu, en l'absence de clauses de réexamen prévues au contrat ou si leur application s'avère insuffisante pour faire face à la situation, il peut être fait application des dispositions relatives aux modifications rendues nécessaires par des circonstances imprévues (articles R. 2194-5 et R. 3135-5 du CCP) ou de celles relatives aux modifications de faible montant (articles R. 2194-8 et R. 3135-8 du CCP), que la modification porte sur les prestations prévues au contrat ou uniquement sur ses clauses financières ou sa durée. Il peut également être fait application des dispositions relatives aux modifications pour prestations (travaux, fournitures ou services) supplémentaires devenues nécessaires (articles R. 2194-2 à R. 2194-4 et R. 3135-2 à R. 3135-4 du CCP).

Le Conseil d'Etat considère, en revanche, que dès lors que la modification du contrat est rendue nécessaire par des circonstances imprévisibles, il n'est pas possible de modifier le contrat sur le fondement des dispositions relatives aux modifications non substantielles permettant des modifications sans limite de montant (articles R. 2194-7 et R. 3135-7 du CCP).

5) Quelles sont les conditions d'application des clauses de réexamen ?

5-1) Qu'est-ce qu'une clause de réexamen ?

Il s'agit d'une clause prévue dans les documents du contrat initial, rédigée de façon claire, précise et sans équivoque, définissant le champ d'application et la nature des modifications envisagées ainsi que les modalités de leur mise en œuvre.

La clause peut porter aussi bien sur les caractéristiques et les modalités d'exécution des prestations objet du contrat que sur ses clauses financières ou sa durée.

Elle peut prévoir une modification automatique des caractéristiques du contrat dès lors que les conditions qu'elle pose sont réunies, une option en faveur de l'autorité contractante qui pourra ou non modifier le contrat dans le sens envisagé, ou bien constituer une clause de rendez-vous obligeant seulement les parties à renégocier les conditions du contrat en cas de réalisation de certaines circonstances.

5-2) Le titulaire du contrat est-il tenu de fournir des justificatifs ?

Tout dépend de l'objet et de la rédaction de la clause. Lorsque celle-ci a pour objet de faire face à des circonstances imprévisibles, il est recommandé de prévoir qu'il appartient au titulaire du contrat d'apporter la preuve de la réalité de ces circonstances et de leur incidence sur l'exécution du contrat, au besoin en énumérant les documents à fournir à cet effet.

5-3) Existe-t-il des limites aux modalités de la modification en application des clauses de réexamen ?

Il n'existe aucune limite, notamment en termes de montant, à la modification prévue dans le contrat initial autres que celles imposées par la clause elle-même et l'interdiction de changer la nature globale du contrat.

La clause de révision ne peut, en revanche, être elle-même modifiée que dans les conditions prévues par les autres catégories de modification, en respectant les limites imposées pour chacune d'elle.

6) Quelles sont les conditions d'application des modifications pour circonstances imprévues ?

6-1) Qu'est-ce qu'une circonstance imprévue ?

Il s'agit d'une circonstance imprévisible pour les parties dans son principe et/ou dans son ampleur au moment de la conclusion du contrat. Ne constitue pas une telle circonstance la réalisation d'un risque dont le titulaire du contrat a tenu compte ou aurait dû raisonnablement tenir compte dans ses prévisions initiales et qu'il doit en conséquence supporter. Les parties ne doivent pas avoir contribué, en tout ou partie, à la survenance de l'évènement ou à l'aggravation de ses conséquences. La modification est ainsi possible que si l'augmentation des dépenses exposées par l'opérateur économique ou la diminution de ses recettes imputables à ces circonstances nouvelles ont dépassé les limites ayant pu être raisonnablement envisagées par les parties lors de la passation du contrat.

Il n'existe pas a priori de seuil minima à ces circonstances imprévisibles, qui n'impliquent donc pas nécessairement un bouleversement de l'économie du contrat mais doivent être de nature à empêcher la poursuite de son exécution en l'état de ses clauses actuelles. Toutefois, l'importance des difficultés matérielles d'exécution et/ou des surcoûts résultant de l'événement peut constituer un indice de son caractère imprévisible.

6-2) Quels sont les justificatifs à fournir par le titulaire du contrat pour prétendre à une modification pour circonstances imprévues ?

Il appartient au titulaire du contrat d'apporter la preuve de la réalité et de l'étendue des difficultés matérielles d'exécution et/ou des surcoûts qu'il supporte du fait des circonstances imprévisibles invoquées.

Pour établir ces surcoûts, il doit fournir tout document suffisamment probant donnant le détail de ses coûts de revient et, le cas échéant, de ses recettes, faisant apparaître le taux de marge de son entreprise pour le contrat en cause ainsi que les éventuelles provisions pour risques constituées.

A titre d'exemples, ces documents peuvent consister en :

- la comptabilité analytique de l'entreprise ;
- des évolutions des indices officiels de prix ;
- des contrats de sous-traitance, de fournitures, de services et/ou des factures portant sur les produits et prestations rentrant dans la composition du prix de revient, faisant notamment ressortir la date et le prix de leur acquisition ;
- des extractions des cotations au jour de leur acquisition pour les produits cotés ;
- les comptes des trois derniers exercices et les comptes prévisionnels actualisés pour les contrats de concession, faisant apparaître le chiffre d'affaires, le résultat net, le détail des charges et des recettes d'exploitation opérationnelles, les flux de trésorerie ainsi que l'évolution de tous ces paramètres.

6-3) Quelles sont les limites à la modification pour circonstances imprévues ?

6-3-1) Respect des principes constitutionnels encadrant la modification

En application des principes généraux d'égalité devant les charges publiques, de bon emploi des deniers publics et d'interdiction des libéralités, la modification doit être strictement limitée, dans son champ d'application, son montant et sa durée, à ce qui est nécessaire pour faire face aux conséquences de l'événement imprévisible qui en est à l'origine.

Ainsi, seuls les surcoûts liés à cet événement doivent être pris en compte, et non ceux résultant de l'application d'une clause de variation de prix ou d'une évolution normale des prix en l'absence d'une telle clause, ou encore ceux qui ne sont pas extérieurs au titulaire du contrat parce que résultant d'un changement de politique commerciale ou de logique de production. Il convient, par ailleurs, de tenir compte des avantages dont le titulaire a pu bénéficier dans le cadre de l'exécution du contrat ou en relation avec les circonstances imprévisibles invoquées, tels des aides ou subventions (ex. : aides accordées par le Gouvernement à certaines catégories d'entreprises pour compenser les effets de l'inflation). Toutefois, si le bénéfice des aides financières versées par une collectivité publique doit être pris en compte dans l'appréciation du niveau des surcoûts imprévisibles réellement supportés par le titulaire, les autorités contractantes ne

pourront en revanche exiger de leurs cocontractants une réduction de leurs prix contractuels pour tenir compte des aides versées par une collectivité publique dans le cadre de dispositifs temporaires et exceptionnels d'aides aux entreprises.

6-3-2) Respect du seuil plafond de la modification

Lorsque le contrat a été passé par un pouvoir adjudicateur (ce qui peut être le cas pour les contrats passés par les collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements publics), le montant de la modification ne doit pas être supérieur à 50 % du montant du contrat initial. Ce montant du contrat initial correspond au montant du contrat lors de sa conclusion corrigé, le cas échéant, par l'application de la clause de variation des prix ou des tarifs prévue au contrat. Cette limite est applicable aussi bien lorsque la modification porte sur les prestations du contrat que sur ses seules clauses financières ou sa seule durée.

Si la modification porte sur la durée du contrat, il convient d'évaluer la durée supplémentaire prévue en proportion du montant initial du contrat afin de s'assurer du respect de cette limite.

Si le contrat a été passé par une entité adjudicatrice (tel peut être le cas si les collectivités territoriales, leurs groupements ou leurs établissements publics interviennent en tant qu'opérateur d'un réseau de gaz, de chaleur, d'électricité, d'eau ou de transports publics), aucune limite n'est imposée au montant de la modification.

7) Quelles sont les conditions d'application des modifications de faible montant ?

7-1) A quoi correspondent les modifications de faible montant ?

Les articles R. 2194-8 et R. 3135-8 du CCP définissant ces modifications au regard de leur seul montant, celles-ci ne sont pas conditionnées à la démonstration de circonstances imprévisibles ou d'un bouleversement de l'économie du contrat.

Le caractère nécessaire de toute modification au regard des principes d'égalité devant les charges publiques, de bon emploi des deniers publics et d'interdiction des libéralités, rappelé par le Conseil d'Etat dans son avis du 15 septembre 2022, suppose néanmoins que les modifications de faible montant ne soient pas employées pour couvrir, même partiellement, des charges qui doivent en principe être supportées par l'opérateur économique parce qu'elles relèvent des aléas normaux inhérent à l'exécution de tout contrat.

7-2) Quels sont les justificatifs à fournir par le titulaire du contrat pour prétendre à une modification de faible montant ?

Le titulaire du contrat doit rapporter la preuve de l'événement justifiant la nécessité de la modification. Si cet événement consiste en des circonstances imprévisibles, les mêmes justificatifs que ceux exigés dans le cadre d'une modification pour circonstances imprévues devraient être fournis (voir question 6-2 de la partie I).

7-3) Quelles sont les limites à la modification de faible montant ?

7-3-1) Respect des principes constitutionnels encadrant la modification

La modification de faible montant devra respecter les principes généraux d'égalité devant les charges publiques, de bon emploi des deniers publics et d'interdiction des libéralités.

Le Conseil d'Etat estime, en conséquence, « qu'il incombe à l'autorité contractante de s'assurer, compte tenu de ses besoins propres, de la nécessité d'une telles modifications et d'éviter que, malgré son faible montant, elle ait pour effet de compenser, même partiellement, la part de l'aggravation des charges qui n'excède pas celle que les parties avaient prévu ou auraient dû raisonnablement prévoir en contractant et qui devrait en conséquence rester à la charge de l'opérateur économique. »

7-3-2) Respect du seuil plafond de la modification

Que la personne publique intervienne en qualité de pouvoir adjudicateur ou d'entité adjudicatrice, la modification ne peut excéder un double montant :

- celui du seuil européen de mise en concurrence applicable au contrat en cause, apprécié au regard du seul montant résultant de la modification et non du nouveau montant du contrat une fois modifié ;
- 10 % du montant du contrat initial pour les concessions et les marchés de services et de fournitures ou 15 % de ce montant pour les marchés de travaux. Ce montant du contrat initial correspond au montant du contrat lors de sa conclusion corrigé, le cas échéant, par l'application de la clause de variation des prix ou des tarifs prévue au contrat.

Le seuil plafond est applicable au montant cumulé de toutes les modifications prises sur le fondement des modifications de faible montant (voir question 9-1 de la partie I).

Cette double limite est applicable aussi bien lorsque la modification porte sur les prestations du contrat que sur ses seules clauses financières ou sa seule durée. Si la modification porte sur la durée du contrat, il convient d'évaluer la durée supplémentaire prévue en proportion du montant initial du contrat afin de s'assurer du respect de cette limite.

8) Quelles sont les conditions d'application des modifications pour prestations (travaux, fournitures ou services) supplémentaires devenues nécessaires ?

8-1) Qu'est-ce que des travaux, fournitures ou services supplémentaires devenus nécessaires ?

Il s'agit de prestations qui ne figurent pas dans le contrat initial mais devenues nécessaires afin de permettre d'en poursuivre l'exécution et pour lesquelles un changement de contractant est impossible pour des raisons économiques ou techniques. Ces raisons peuvent notamment tenir à des exigences d'interchangeabilité ou d'interopérabilité avec les équipements, services ou installations existants acquis dans le cadre du contrat initial.

Portant nécessairement sur des prestations, la modification intervenue sur le fondement des articles R. 2194-2 à R. 2194-4 ou R. 3135-2 à R. 3135-4 du CCP ne peut en aucun cas s'analyser comme une modification sèche des clauses financières ou de la durée du contrat.

8-2) Quels sont les justificatifs à fournir par le titulaire du contrat pour prétendre à une modification pour prestations supplémentaires devenues nécessaires ?

La décision de recourir à des prestations supplémentaires émanant de l'acheteur public ou de l'autorité concédante, le titulaire du contrat n'a en principe pas de documents à fournir pour justifier la modification. L'autorité contractante étant tenue de justifier le recours à la modification, il est recommandé qu'elle demande la communication des éléments de nature à démontrer la nécessité d'une telle modification.

8-3) Quelles sont les limites à la modification pour prestations supplémentaires devenues nécessaires ?

8-3-1) Respect des principes constitutionnels encadrant la modification

En application des principes généraux d'égalité devant les charges publiques, de bon emploi des deniers publics et d'interdiction des libéralités, la modification doit être limitée, dans son champ d'application, son montant et sa durée, à ce qui est strictement nécessaire pour faire face aux conséquences de l'événement imprévisible qui en est à l'origine.

8-3-2) Respect du seuil plafond de la modification

Lorsque le contrat a été passé par un pouvoir adjudicateur (ce qui peut être le cas pour les contrats passés par les collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements publics), le montant de la modification ne doit pas être supérieur à 50 % du montant du contrat initial. Ce montant du contrat initial correspond au montant du contrat lors de sa conclusion corrigé, le cas échéant, par l'application de la clause de variation des prix ou des tarifs prévue au contrat.

Si la modification porte également sur la durée du contrat, il convient d'évaluer la durée supplémentaire prévue en proportion du montant initial du contrat afin de s'assurer du respect de cette limite.

Si le contrat a été passé par une entité adjudicatrice (tel peut être le cas si les collectivités territoriales, leurs groupements ou leurs établissements publics interviennent en tant qu'opérateur d'un réseau de gaz, de chaleur, d'électricité, d'eau ou de transports publics), aucune limite n'est imposée au montant de la modification.

9) Quelles sont les possibilités de choix et de cumul des fondements des modifications?

9-1) Peut-on recourir à plusieurs modifications de la même catégorie ?

S'agissant des modifications pour circonstances imprévues ou pour prestations supplémentaires devenues nécessaires, il est possible de recourir à autant de modifications que d'événements distincts constitutifs de circonstances imprévisibles, le seuil plafond de 50 % du montant du contrat initial passé par un pouvoir adjudicateur s'appliquant à chaque modification. Il est également possible, pour un même événement, de faire varier le montant de la modification dans la limite de ce seuil plafond.

S'agissant des modifications de faible montant, il est possible de recourir à plusieurs modifications sans que leur montant cumulé, quelles que soient leurs causes, puisse dépasser ni le seuil européen de mise en concurrence pour le contrat envisagé, ni 10 % du montant du contrat initial pour les concessions et les marchés de services et de fournitures ou 15 % de ce montant pour les marchés de travaux.

9-2) Peut-on recourir à plusieurs catégories de modifications ?

Il est possible de cumuler des modifications pour circonstances imprévues, des modifications de faible montant et/ou des modifications pour prestations supplémentaires devenues nécessaires, dans le respect de leurs seuils plafonds respectifs, à condition qu'elles correspondent à des événements distincts.

9-3) Peut-on choisir entre plusieurs catégories de modifications pour faire face à un même événement imprévisible ?

Ce choix apparaît possible dès lors que l'événement imprévisible remplit les conditions prévues pour chaque catégorie de modifications envisagées.

Il semble toutefois préférable, dans une telle situation, de privilégier la modification pour circonstances imprévues ou celle pour prestations supplémentaires devenues nécessaires à la modification de faible montant en raison, d'une part, d'une plus grande facilité à justifier la nécessité de la modification pour ces deux premiers types de motif, et, d'autre part, d'un seuil plafond plus élevé, apprécié pour chaque modification correspondant à un événement distinct et non pour l'ensemble des modifications intervenues sur le même fondement.

Sous réserve que la modification envisagée porte bien sur les prestations prévues au contrat, le choix entre la modification pour circonstances imprévisibles et celle pour prestations supplémentaires devenues nécessaires apparaît plus neutre, le seuil plafond étant identique dans les deux cas et apprécié pour chaque modification correspondant à un événement distinct.

10) Peut-on refuser une modification demandée par le titulaire du contrat lorsque les conditions d'application de cette modification se trouvent réunies ?

Les modifications prévues par les clauses du contrat initial doivent être appliquées, dès lors que les parties se sont déjà engagées à leur sujet. Toutefois, une simple clause de rendez-vous, par laquelle les parties se sont seulement engagées à rediscuter de

l'économie du contrat en cas de survenance de certaines circonstances particulières, n'implique pas nécessairement une modification du contrat.

Les demandes par le titulaire du contrat de modifications non prévues par des clauses du contrat initial, qu'elles soient pour circonstances imprévues, de faible montant ou le cas échéant pour prestations supplémentaires devenues nécessaires, ne lient pas l'autorité contractante qui peut les rejeter.

11) Quelles formalités doit-on respecter lors de ces modifications du contrat ?

11-1) La modification est-elle soumise à une procédure particulière entre les parties au contrat ?

Le CCP n'impose aucun formalisme particulier pour les modifications des contrats de la commande publique, mais ces contrats ou les cahiers des clauses générales auxquels ils renvoient peuvent prévoir des modalités de réclamation par le titulaire et d'examen par l'autorité contractante qui devront alors être respectées.

11-2) Quelle forme peut revêtir la modification ?

Lorsque la modification est prévue par la voie contractuelle, elle suppose l'accord de l'ensemble des parties au contrat, mais elle peut aussi être décidée unilatéralement par l'autorité contractante compte tenu du caractère administratif des contrats de la commande publique passés par les personnes publiques (article L. 6 du CCP).

Qu'elle résulte d'un accord conventionnel ou qu'elle soit prise unilatéralement, la décision de modification doit indiquer son fondement juridique et être motivée.

11-3) Est-il nécessaire de consulter la commission d'appel d'offres (CAO) ou la commission compétente pour les délégations de service public (CDSP) ?

Lorsque la modification du contrat entraîne une augmentation de son montant global supérieure à 5 %, elle est soumise pour avis soit à la CAO s'il s'agit d'un marché public supérieur au seuil européen de mise en concurrence qui lui est applicable (article L. 1414-4 du code général des collectivités territoriales - CGCT), soit à la CDSP s'il s'agit d'un contrat de concession (article L. 1411-6 du CGCT).

11-4) Faut-il transmettre la modification au contrôle de légalité ?

Les articles L.2131-2, L.3131-2, L.4141-2 du CGCT et, par renvoi, notamment les articles L.5211-3 et L.5721-4 du même code prévoient que sont transmis au préfet : « (...) Les conventions relatives aux emprunts, les marchés et les accords-cadres d'un montant au moins égal à un seuil défini par décret, les marchés de partenariat ainsi que les contrats de concession, dont les délégations de service public, et les concessions d'aménagement ». Les modifications des contrats de la commande publique qui se rapportent à ces contrats doivent être transmises au préfet en vue de l'exercice du contrôle de légalité.

11-5) La modification doit-elle donner lieu à un avis publié ?

Les modifications pour circonstances imprévues et pour prestations supplémentaires devenues nécessaires des contrats de la commande publique d'un montant initial supérieur ou égal aux seuils européens de mise en concurrence doivent faire l'objet d'un avis de modification publié au Journal officiel de l'Union européenne (articles R. 2194-10 et R. 3135-10 du CPP).

Aucun avis similaire n'est prévu en cas de modification de faible montant ou résultant de l'application d'une clause de réexamen prévue au contrat.

12) Quel est l'organe compétent au sein de l'autorité contractante pour décider de la modification du contrat ?

Est en principe compétent l'organe délibérant de la collectivité territoriale, du groupement de collectivités territoriales ou de l'établissement public local.

Toutefois, l'organe délibérant peut déléguer à l'organe exécutif tout ou partie de sa compétence pour les actes relatifs aux marchés publics (passation, modification, résiliation). Les actes relatifs aux contrats de concession relèvent en revanche de la seule compétence de l'organe délibérant (article L. 1411-7 du CGCT en ce qui concerne les modifications).

Partie II – Application de la théorie de l'imprévision

1) Quels sont les contrats concernés par l'application de la théorie de l'imprévision ?

La théorie de l'imprévision, d'origine jurisprudentielle et codifiée à l'article L. 6 du CCP, peut trouver à s'appliquer à tout contrat de la commande publique, quels que soient sa nature et son montant, y compris s'il a été passé entre entités relevant du secteur public, dès lors qu'il constitue un contrat administratif. Bien que la théorie ait pour objectif d'assurer la continuité du service public, il n'apparaît pas nécessaire que le contrat ait un lien direct avec l'exécution d'un service public.

Les contrats de la commande publique ayant le caractère de contrats de droit privé (tel peut être le cas des contrats passés entre entités relevant du secteur public ou avec un opérateur économique disposant d'un droit exclusif, ainsi que des contrats portant sur des prestations ne relevant pas du champ de la commande publique, qui ne peuvent être administratifs qu'en raison de leur objet ou de leurs clauses– cf. article L. 6 du CCP.) ne sont pas soumis à la théorie administrative de l'imprévision mais aux dispositions de l'article 1195 du code civil.

2) Quelles sont les conditions d'application de la théorie de l'imprévision ?

2-1) Quels sont les critères et les conséquences de l'imprévision ?

La théorie de l'imprévision trouve à s'appliquer lorsqu'un événement extérieur aux parties et imprévisible au moment de la conclusion du contrat vient bouleverser temporairement son économie, causant un important déficit d'exploitation pour le cocontractant qui en poursuit l'exécution.

Dès lors que ces critères sont remplis, le titulaire du contrat peut demander le versement d'une indemnité de nature extracontractuelle visant à compenser partiellement son déficit d'exploitation. Il ne peut, en revanche, demander la modification du contrat sur le fondement de la théorie de l'imprévision.

En conséquence l'application de cette théorie n'entraîne aucun changement dans les clauses du contrat, les obligations contractuelles réciproques des parties ou les besoins à satisfaire de l'autorité contractante.

2-2) Comment s'apprécie le bouleversement de l'économie du contrat ?

Ce bouleversement doit être substantiel, se traduire par un important déficit d'exploitation pour le titulaire du contrat et non une simple perte de profit, déficit imputable à des risques qui ne pouvaient être anticipés lors de la conclusion du contrat. Il s'apprécie au cas par cas, en tenant compte notamment des justificatifs fournis par le titulaire et du secteur économique concerné.

Il s'apprécie de la même manière que le contrat soit conclu à prix global et forfaitaire, à prix unitaire ou à un prix fixé par référence à prix public régi par les articles L. 112-1 et suivants du code de la consommation.

Il s'apprécie en revanche différemment entre les marchés publics et les contrats de concession, compte tenu du risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service transféré au concessionnaire et non au titulaire d'un marché public. Ainsi, pour apprécier le bouleversement de l'équilibre du contrat de concession, il convient de prendre en considération la part de risque de pertes acceptée par le concessionnaire, en principe plus élevée que pour le titulaire d'un marché public, mais également les clauses du contrat et l'intention des parties pour déterminer le seuil au-delà duquel son équilibre peut être considéré comme bouleversé.

2-3) Quels sont les justificatifs à fournir par le titulaire du contrat pour prétendre à une indemnité d'imprévision ?

Il appartient au co-contractant d'apporter la preuve de la réalité et de l'étendue des surcoûts qu'il supporte du fait des circonstances imprévisibles invoquées.

Pour établir ces surcoûts, il doit fournir tout document suffisamment probant donnant le détail de ses coûts de revient et, le cas échéant, de ses recettes, faisant apparaître le taux de marge de son entreprise pour le contrat en cause ainsi que les éventuelles provisions pour risques constituées.

A titre d'exemple, ces documents peuvent consister en :

- la comptabilité analytique de l'entreprise ;
- des évolutions des indices officiels de prix ;
- des contrats de sous-traitance, de fournitures, de services et/ou des factures portant sur les produits et prestations rentrant dans la composition du prix de revient, faisant notamment ressortir la date et le prix de leur acquisition ;
- des extractions des cotations au jour de leur acquisition pour les produits cotés ;
- les comptes des trois derniers exercices et les comptes prévisionnels actualisés pour les contrats de concession, faisant apparaître le chiffre d'affaires, le résultat net, le détail des charges et des recettes d'exploitation opérationnelles, les flux de trésorerie ainsi que l'évolution de tous ces paramètres.

2-4) Comment déterminer le montant de l'indemnité d'imprévision ?

L'indemnité d'imprévision a pour objet de réparer le préjudice constitué par les charges extracontractuelles supportées par le titulaire en lien direct et certain avec l'évènement imprévisible, à l'exclusion de tout bénéfice ou manque à gagner.

Aux termes de la jurisprudence, le montant de l'indemnité est apprécié au cas par cas, selon l'interprétation raisonnable du contrat et les faits d'espèce, et le juge laisse traditionnellement à la charge du co-contractant une partie de l'aléa variant de 5 à 25 % du montant de la perte effectivement subie.

L'indemnité d'imprévision ayant pour seul objet de compenser partiellement et temporairement les charges extracontractuelles supportées par le cocontractant, les dispositions du CCP qui plafonnent le montant de certaines modifications contractuelles, plus particulièrement celles pour circonstances imprévues passées par un pouvoir adjudicateur, ne lui sont pas applicables.

2-5) A quel moment l'indemnité d'imprévision doit-elle être versée ?

Ayant pour objectif d'assurer la continuité du service public, l'indemnité d'imprévision peut, notamment pour partie, être versée de façon aussi proche que possible du moment où le bouleversement temporaire de l'économie du contrat en affecte l'exécution, dès lors que les conditions d'application de la théorie de l'imprévision sont satisfaites.

Ainsi, les autorités contractantes peuvent accorder aux co-contractants 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. Une convention d'indemnisation peut également prévoir une clause de rendez-vous afin d'adapter le montant de la provision en fonction de l'évolution de la situation économique.

2-6) L'indemnité d'imprévision doit-elle figurer au décompte général définitif d'un marché public ?

L'indemnité d'imprévision n'étant pas une conséquence financière de l'exécution du contrat mais ayant pour objet de compenser les charges extracontractuelles causées par des circonstances imprévisibles, elle ne doit pas figurer au décompte général définitif d'un marché public.

3) Peut-on refuser l'attribution d'une indemnité d'imprévision lorsque les conditions de l'imprévision se trouvent réunies ?

Contrairement aux modifications du contrat (autres que celles résultant de l'application d'une clause de réexamen prévue au contrat), le titulaire dispose d'un droit à l'octroi d'une indemnité d'imprévision. Ce droit ne peut être écarté par une clause du contrat de la commande publique.

Toutefois, les parties peuvent convenir, par un avenant conclu au cours de la période d'imprévision et portant sur le caractère global et forfaitaire du prix du contrat, de renoncer à toute compensation supplémentaire et donc au versement d'une indemnité d'imprévision pour la période couverte par la modification.

Par ailleurs, l'autorité contractante reste libre de résilier le contrat et ainsi de mettre fin au versement de l'indemnité d'imprévision pour la période postérieure à cette résiliation (voir question 3 de la partie III pour apprécier l'opportunité d'une telle résiliation).

4) Quelles sont les modalités d'attribution de l'indemnité d'imprévision ?

4-1) L'attribution de l'indemnité est-elle soumise à une procédure particulière entre les parties au contrat ?

Aucune disposition du CCP ou décision jurisprudentielle n'impose un formalisme particulier pour la demande et l'attribution de l'indemnité d'imprévision.

Toutefois, rien n'interdit aux stipulations du contrat de la commande publique de prévoir, pour des raisons de commodité, une procédure à respecter en la matière.

4-2) Quelle forme peut revêtir la décision d'attribution de l'indemnité d'imprévision ?

L'indemnité d'imprévision peut être allouée par décision unilatérale de l'autorité administrative, négociée dans le cadre d'une convention d'indemnisation, ou octroyée par le juge administratif saisi par le titulaire du contrat en cas de désaccord de l'autorité contractante sur le principe et/ou le montant de cette indemnité.

La convention d'indemnisation, distincte du contrat de la commande publique et qui ne peut être considérée comme une modification de ce dernier, peut revêtir ou non un caractère transactionnel au sens des articles 2044 du code civil et L. 423-1 du code des relations entre le public et l'administration.

Qu'elle résulte d'un accord conventionnel ou soit prise unilatéralement, la décision d'attribution d'une indemnité d'imprévision doit indiquer son fondement juridique et être motivée.

4-3) Est-il nécessaire de consulter la CAO ou la CDSP ?

La décision d'attribution de l'indemnité d'imprévision ne constituant pas une modification du contrat de la commande publique, la CAO ou la CDSP n'a pas à être consultée à son sujet.

4-4) Faut-il transmettre la décision d'attribution au contrôle de légalité ?

Les délibérations approuvant l'octroi d'une indemnité d'imprévision, que ce soit sous forme unilatérale ou conventionnelle, doivent être transmises au préfet en vue de l'exercice du contrôle de légalité.

Si aucune disposition du CGCT ne soumet directement à cette obligation de transmission les conventions d'indemnisation, celles-ci doivent néanmoins être communiquées au préfet soit à sa demande, soit en tant que pièce nécessaire à l'examen de la délibération l'approuvant.

4-5) La décision d'attribution doit-elle donner lieu à un avis publié ?

Contrairement à certaines modifications des contrats de la commande publique, aucune disposition du CCP ou décision jurisprudentielle n'impose la publication d'un avis relatif à l'attribution d'une indemnité d'imprévision.

5) Quel est l'organe compétent au sein de l'autorité contractante pour décider de l'octroi d'une indemnité d'imprévision ?

Est en principe compétent l'organe délibérant de la collectivité territoriale, du groupement de collectivités territoriales ou de l'établissement public local.

Cette compétence ne peut être déléguée par l'assemblée délibérante d'une collectivité territoriale à l'organe exécutif de cette collectivité.

Une telle délégation de compétence est toutefois possible au sein des établissements publics de coopération intercommunale (article L. 5211-10 du CGCT), ainsi qu'au sein des

autres établissements publics de coopération locale (ententes interdépartementales et interrégionales, syndicat mixtes ouverts) et des établissements publics locaux si leurs statuts le prévoient et que les textes spécifiques les régissant ne s'y opposent pas.

6) L'application de la théorie de l'imprévision est-elle incompatible avec toute modification contractuelle ou fin des effets du contrat ?

6-1) L'existence d'une clause de variation des prix dans le contrat de la commande publique fait-elle obstacle à l'application de la théorie de l'imprévision ?

Une telle clause fait obstacle à l'octroi d'une indemnité d'imprévision lorsqu'elle permet de compenser les surcoûts consécutifs à la survenance de l'événement imprévisible.

Dans le cas contraire, l'application de la théorie de l'imprévision permet de suppléer l'incapacité de la clause de variation des prix à rétablir l'équilibre économique du contrat, soit qu'elle n'ait pas prévu ledit événement, soit qu'elle se soit avérée insuffisante pour faire face aux conséquences de la survenance de ce dernier.

6-2) La modification du contrat pour faire face à des circonstances imprévisibles est-elle exclusive de l'application de la théorie de l'imprévision ?

Le cumul entre une modification du contrat et l'octroi d'une indemnité d'imprévision est possible sous réserve de ne pas indemniser ou compenser deux fois le même préjudice ou la même partie de préjudice.

Une convention ou une décision, administrative ou de justice, accordant une indemnité d'imprévision peut ainsi venir compléter une modification contractuelle qui s'avérerait insuffisante pour faire face aux conséquences de l'événement imprévisible. Cette situation peut notamment se produire lorsque l'indemnité d'imprévision a pour objet de compenser une perte effectivement subie dans l'exécution du contrat.

6-3) L'exécution complète du contrat ou sa résiliation fait-elle obstacle à l'application de la théorie de l'imprévision ?

Tant que les surcoûts subis dans l'exécution du contrat du fait des circonstances imprévisibles n'ont pas été compensés, le titulaire peut demander l'octroi d'une indemnité d'imprévision, que le contrat soit encore en cours d'exécution, qu'il ait pris fin du fait de la réalisation de son objet ou de l'arrivée de son terme (CE, 12 mars 1976, *Département des Hautes-Pyrénées*, n° 91471), ou qu'il ait fait l'objet d'une décision de résiliation (CE, 10 février 2010, *Société Prest'Action*, n° 301116).

Partie III – Suspension de l'exécution et résiliation du contrat

1) Quels sont les contrats susceptibles d'être suspendus ou résiliés ?

Sont concernés :

- les marchés publics, y compris les marchés de partenariat, et les contrats de concession, dont les délégations de service public. Les concessions d'aménagement sont également concernées en tant qu'elles constituent soit des marchés publics, soit des contrats de concession ;
- les contrats dont le montant est inférieur ou supérieur aux seuils européens de mise en concurrence ;
- les contrats mentionnés au livre V de la deuxième partie et au livre II de la troisième partie du CCP, tels les contrats conclus entre entités appartenant au secteur public (contrats de quasi-régie et contrats de coopération public-public) ou avec un opérateur économique bénéficiant d'un droit exclusif, ou encore ceux dont l'objet ne relève pas du champ de la commande publique (ex. : acquisitions et locations immobilières, contrats d'emprunt).

2) Quels peuvent être les fondements juridiques de la suspension de l'exécution ou de la résiliation du contrat ?

2-1) Accord des parties

Même si elle n'est pas expressément prévue par le CCP, la suspension de l'exécution du contrat ou sa résiliation peut résulter, en vertu du principe de la liberté contractuelle, de l'accord des parties.

Lorsqu'elle a pour effet de prolonger la durée prévue au contrat, la suspension de l'exécution du contrat peut, le cas échéant, être accompagnée d'une modification de sa clause relative à la durée sous réserve de respecter les conditions posées par les articles L. 2194-1 et R. 2194-1 et suivants ou L. 3135-1 et R. 3135-1 et suivants du CCP et doit, en tout état de cause, être justifiée afin de ne pas apparaître comme un moyen de remettre en cause indûment les conditions de la mise en concurrence initiale ou l'obligation de remise en concurrence périodique du contrat.

2-2) Force majeure

2-2-1) Qu'est-ce que la force majeure ?

La force majeure est définie comme un événement extérieur aux parties, imprévisible et irrésistible, qui a pour effet de rendre impossible, soit provisoirement, soit définitivement, l'exécution du contrat.

2-2-2) Quelles sont les conséquences de la force majeure sur l'exécution du contrat ?

Contrairement à l'application de la théorie de l'imprévision qui permet d'assurer la continuité de l'exécution du contrat, la force majeure entraîne nécessairement soit la suspension de cette exécution, soit la résiliation du contrat (articles L. 2195-2 et L. 3136-2 du CCP).

Une situation d'imprévision peut se transformer en cas de force majeure lorsque le bouleversement de l'équilibre économique du contrat devient permanent et fait obstacle à la poursuite de son exécution, le versement de l'indemnité d'imprévision ne pouvant qu'être provisoire.

Inversement, la force majeure peut justifier la modification du contrat pour circonstances imprévues. A défaut de possibilité de modifier le contrat ou d'un accord sur cette modification, son titulaire a droit à la résiliation du contrat.

Lorsque la résiliation vise à tirer les conséquences d'une situation d'imprévision devenue définitive et assimilable de ce fait à un cas de force majeure, le juge administratif admet que le titulaire du contrat a droit à l'indemnisation de ses pertes subies imputables à cet événement.

Dans les autres hypothèses de force majeure, il est possible de consulter la fiche technique de la DAJ de Bercy sur la résiliation unilatérale par l'administration des marchés publics et des contrats de concession qui détaille les différentes hypothèses de résiliation et les droits à indemnisation éventuelle.

<https://www.economie.gouv.fr/daj/resiliation-2019>

2-3) Résiliation du contrat pour motif d'intérêt général.

Les contrats de la commande publique, qui sont en principe des contrats administratifs dès lors qu'ils sont passés par des personnes publiques, peuvent être résiliés unilatéralement par l'autorité contractante pour motif d'intérêt général (articles L. 2195-3 et L. 3136-3 du CCP).

Le titulaire du contrat a alors droit à l'indemnisation intégrale du préjudice que lui cause la décision de résiliation, correspondant à la perte subie et à son manque à gagner, sauf stipulation contraire du contrat (article L. 6 du CCP ; C.E., Sect., 15 juillet 1959, *Société des Alcools du Vexin*, n° 37.189 ; C.E., 16 février 1996, *Syndicat Intercommunal pour la Collecte et le Traitement des Déchets et Résidus Ménagers de l'Arrondissement de Pithiviers*, n° 82.880, C.E., 10 juill. 2020, *Sté Comptoir Négoce Equipements*, n° 430864).

3) Quand convient-il de privilégier la résiliation ou la suspension de l'exécution du contrat à sa modification ou à l'application de la théorie de l'imprévision ?

3-1) La suspension de l'exécution du contrat ou sa résiliation se justifient lorsqu'elles s'avèrent moins onéreuse que la poursuite de son exécution ou que les prestations en cause ne sont pas indispensables à la continuité du service public.

Lorsque l'augmentation des coûts de revient des prestations prévues au contrat du fait de circonstances imprévisibles devrait entraîner soit l'application de la théorie de l'imprévision, soit la modification de ses clauses financières pour assurer la continuité de son exécution, l'autorité contractante peut avoir intérêt à :

- suspendre l'exécution du contrat si lesdites circonstances apparaissent provisoires et qu'elle n'a pas un besoin impératif ou urgent de ces prestations. Cette suspension peut intervenir sur le fondement de la force majeure, ou résulter d'un accord avec le titulaire du contrat si ce dernier n'a pas intérêt non plus à l'exécution du contrat pendant la période considérée ;

- résilier le contrat si les circonstances imprévisibles présentent le caractère d'un cas de force majeure pour son cocontractant et/ou s'il lui est possible d'obtenir les mêmes prestations ou des prestations substituables à un coût plus raisonnable auprès d'autres opérateurs économiques. Il convient alors de comparer ce dernier coût, augmenté le cas échéant de l'indemnité qui devra être versée au titulaire du contrat en cas de résiliation pour motif d'intérêt général, avec le coût qu'entraînerait la poursuite de l'exécution du contrat sous le régime de l'imprévision ou à la suite d'une modification de ses clauses financières.

3-2) La résiliation du contrat se justifie lorsqu'il est impossible de changer ses prestations via une modification de ses clauses

L'autorité contractante peut avoir intérêt à changer tout ou partie des prestations objet du contrat pour faire face à une pénurie ou un coût excessif des prestations initialement prévues. Lorsqu'une modification du contrat ne peut être envisagée sur ce point car elle aurait pour effet de changer sa nature globale, la personne publique peut décider de le résilier pour motif d'intérêt général afin d'assurer la continuité de la satisfaction de ses besoins ou réduire le coût de ses approvisionnements. L'indemnité de résiliation versée au cocontractant peut en effet s'avérer moins onéreuse que la poursuite du contrat ou l'application de la théorie de l'imprévision.

La résiliation du contrat peut également résulter d'un accord avec son titulaire lorsque ce dernier a aussi intérêt à mettre fin à ses obligations contractuelles, en raison des difficultés d'exécution qu'il rencontre. Elle peut, le cas échéant, être suivie de la conclusion d'un nouveau contrat avec le même opérateur économique lorsque ledit contrat peut être passé sans publicité et mise en concurrence préalables en raison notamment de son montant, de l'existence d'une situation d'urgence impérieuse ou du caractère incontournable dudit opérateur pour des raisons techniques ou parce qu'il dispose de droits d'exclusivité.

4) Quelles formalités doit-on respecter en cas de suspension de l'exécution ou de résiliation du contrat ?

4-1) La suspension ou la résiliation est-elle soumise à une procédure particulière entre les parties au contrat ?

Le CCP n'impose aucun formalisme particulier pour la résiliation des contrats de la commande publique, mais ces contrats ou les cahiers des clauses administratives générales auxquels ils renvoient peuvent, le cas échéant, prévoir des modalités d'échanges préalables entre les parties ou de notification de la décision. Ces clauses contractuelles ne sauraient en aucun cas faire obstacle au droit d'obtenir la résiliation du contrat pour cas de force majeure et à celui de l'autorité contractante de le résilier pour motif d'intérêt général.

Les mêmes solutions apparaissent transposables à la suspension du contrat qui n'est pas régie par le CCP mais peut résulter de l'accord des parties ou de la survenance d'un cas de force majeure.

4-2) Quelle forme peut revêtir la suspension ou la résiliation ?

La résiliation résulte en principe d'une décision unilatérale prise par l'autorité contractante, mais elle peut aussi être convenue entre les parties au contrat. La résiliation peut également être prononcée par le juge à la demande du titulaire du contrat en cas de force majeure, si l'autorité contractante refuse de prendre cette décision.

Qu'elle résulte d'un accord conventionnel ou qu'elle soit prise unilatéralement, la décision de suspension ou de résiliation doit mentionner son fondement juridique et être motivée.

Les mêmes solutions apparaissent transposables à la suspension du contrat qui n'est pas régie par le CCP mais peut résulter de l'accord des parties ou de la survenance d'un cas de force majeure.

4-3) Est-il nécessaire de consulter la CAO ou la CDSP ?

Aucune disposition du CGCT n'impose de consulter la CAO ou la CDSP préalablement à une décision unilatérale ou conventionnelle de résiliation ou de suspension de l'exécution du contrat.

4-4) Faut-il transmettre la décision de suspension ou de résiliation au contrôle de légalité ?

Les délibérations autorisant la signature de la suspension ou de la résiliation des contrats de la commande publique doivent être transmises au préfet en vue de l'exercice du contrôle de légalité dès lors qu'elles se rapportent à des contrats qui entrent dans le champ des articles L.2131-2, L.3131-2, L.4141-22 du CGCT, et par renvoi, notamment des articles L.5211-3 et L.5721-4 du même code.

Si aucune disposition du CGCT ne soumet directement à cette obligation de transmission l'acte de suspension ou de résiliation, celui-ci doit néanmoins être communiqué au préfet soit à sa demande, soit en tant que pièce nécessaire à l'examen de la délibération l'autorisant.

4-5) La suspension ou la résiliation doit-elle donner lieu à un avis publié ?

Contrairement à ce qui est prévu pour certaines modifications du contrat, aucune disposition du CCP ne prévoit la publication d'un avis de résiliation. La suspension du contrat ne fait pas, non plus, l'objet d'une publicité particulière.

5) Quel est l'organe compétent au sein de l'autorité contractante pour décider de la suspension de l'exécution ou de la résiliation du contrat ?

Est en principe compétent l'organe délibérant de la collectivité territoriale, du groupement de collectivités territoriales ou de l'établissement public local.

Toutefois, l'organe délibérant peut déléguer à l'organe exécutif tout ou partie de sa compétence pour les actes relatifs aux marchés publics (passation, modification, résiliation). Les actes relatifs aux contrats de concession relèvent en revanche de la seule compétence de l'organe délibérant.

**COMPARAISON DES SOLUTIONS OUVERTES AUX ACHETEURS PUBLICS ET AUTORITES CONCEDANTES
POUR FAIRE FACE A DES CIRCONSTANCES IMPREVISIBLES**

<p align="center">MODIFICATIONS DU CONTRAT</p> <p align="center"><u>Condition commune</u> : interdiction de changer la nature du contrat.</p>			
Solutions	Conditions d'application	Montant maximum	Droit du titulaire lorsque les conditions d'application sont remplies
Clause de réexamen	<ul style="list-style-type: none"> - Insertion dans le contrat initial. - Rédaction de façon claire, précise et sans équivoque, définissant le champ d'application et la nature des modifications envisagées ainsi que les modalités de leur mise en œuvre. 	Pas de montant maximal, autre que celui prévu dans la clause elle-même.	Droit à la modification ou, le cas échéant, à la renégociation du contrat dans les conditions prévues par la clause.
Modification de faible montant	<ul style="list-style-type: none"> - Pas d'exigence de circonstances imprévisibles. - Caractère nécessaire de la modification qui doit être strictement limitée à ce qui est indispensable pour faire face aux conséquences de l'évènement qui en est à l'origine. 	Seuil européen de mise en concurrence du contrat <u>et</u> : - 10 % du montant du contrat initial pour les marchés de fournitures et de services et les contrats de concession ; - 15 % du montant du contrat initial pour les marchés de travaux. (seuil plafond applicable au montant cumulé des modifications).	Pas de droit à la modification du contrat.
Modification pour prestations supplémentaires devenues nécessaires	<ul style="list-style-type: none"> - Prestations ne figurant pas dans le contrat initial mais devenues nécessaires afin de permettre d'en poursuivre l'exécution et pour lesquelles un changement de contractant est impossible pour des raisons économiques ou techniques. - Caractère nécessaire de la modification qui doit être strictement limitée à ce qui est indispensable pour faire face aux conséquences de l'évènement qui en est à l'origine. 	<ul style="list-style-type: none"> - 50 % du montant du contrat initial lorsqu'il a été passé par un pouvoir adjudicateur (seuil plafond apprécié pour chaque modification consécutive à un événement distinct). - Pas de montant maximum lorsque le contrat a été passé par une entité adjudicatrice. 	Pas de droit à la modification du contrat.

THEORIE DE L'IMPREVISION			
Solutions	Conditions d'application	Montant maximum	Droit du titulaire lorsque les conditions d'application sont remplies
	<ul style="list-style-type: none"> - Survenance d'un événement extérieur aux parties, imprévisible et entraînant un bouleversement temporaire de l'économie du contrat, causant un important déficit d'exploitation à son titulaire. - Continuité de l'exécution du contrat par son titulaire. 	<ul style="list-style-type: none"> - Indemnité d'imprévision limitée aux charges imprévisibles moins une part de ces dernières (entre 5 % et 25 %) laissée à la charge du titulaire du contrat (interprétation jurisprudentielle). - Pas de prise en compte du manque à gagner du titulaire du contrat. 	Droit au versement d'une indemnité d'imprévision.
SUSPENSION DE L'EXECUTION OU RESILIATION DU CONTRAT			
Condition commune : pas de remise en cause les prestations déjà exécutées.			
Solutions	Conditions d'application	Montant maximum	Droit du titulaire lorsque les conditions d'application sont remplies
Suspension ou résiliation par accord des parties	Pas de condition particulière autre que l'accord de volonté des parties.	Pas de limite maximale au montant de la suspension ou de la résiliation.	Pas de droit à la suspension de l'exécution ou à la résiliation du contrat qui suppose l'accord de l'autorité contractante.
Suspension en cas de force majeure	<ul style="list-style-type: none"> - Survenance d'un événement extérieur aux parties, imprévisible et irrésistible. - Caractère temporaire de l'impossibilité d'exécuter le contrat. 	Pas de limite maximale au montant de la suspension.	<p>Droit à obtenir la suspension de l'exécution du contrat.</p> <p>Droit à indemnisation du préjudice causé par l'événement de force majeure lorsqu'il résulte d'une situation d'imprévision. Sur les possibilités d'indemnisation dans les autres hypothèses de force majeure (*) Voir : https://www.economie.gouv.fr/daj/resiliation-2019.</p>
Résiliation en cas de force majeure	<ul style="list-style-type: none"> - Survenance d'un événement extérieur aux parties, imprévisible et irrésistible. - Caractère définitif de l'impossibilité d'exécuter le contrat. 	Pas de limite maximale au montant de la résiliation.	<p>Droit à obtenir la résiliation du contrat.</p> <p>Droit à indemnisation du préjudice causé par l'événement de force majeure lorsqu'il résulte d'une situation d'imprévision. Sur les possibilités d'indemnisation dans les autres hypothèses de force majeure (*) Voir : https://www.economie.gouv.fr/daj/resiliation-2019.</p>

Résiliation pour motif d'intérêt général	Existence d'un motif d'intérêt général justifiant la résiliation du contrat.	Pas de limite maximale au montant de la résiliation.	Pas de droit à obtenir la résiliation du contrat pour motif d'intérêt général. Droit à indemnisation intégrale du préjudice (pertes subies + manque à gagner) causé par la décision de résiliation.
---	--	--	--