# Imprévision. Modalités pratiques d’indemnisation des entreprises

## Revue - Marchés Publics

### Source - JO AN - JO Sénat

L’octroi d’une indemnité d’imprévision doit être formalisé non pas dans un avenant au contrat, mais dans une convention indemnitaire ad hoc qui peut être qualifiée de transaction si elle en remplit les conditions de sa caractérisation au sens et pour l’application des articles [2044](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000033458766) du code civil et [L 423-1](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000031367877) du code des relations entre le public et l’administration. L’octroi de cette indemnité peut être cumulé avec une modification du marché, même lorsque celle-ci est faite sur le fondement de [l’article R 2194-5](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000037729553) du code de la commande publique (CE, 15 septembre 2022, [avis n° 405540](https://www.conseil-etat.fr/avis-consultatifs/derniers-avis-rendus/au-gouvernement/avis-relatif-aux-possibilites-de-modification-du-prix-ou-des-tarifs-des-contrats-de-la-commande-publique) 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).

**1.**Le droit de la commande publique prévoit les cas, les conditions et les limites dans lesquels les contrats de la commande publique peuvent être modifiés. [L’article R 2194-5](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000037729553) du code de la commande publique, sur « la modification (...) rendue nécessaire par des circonstances qu’un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir », constitue l’une de ces différentes possibilités. Ces modifications sont généralement formalisées dans un avenant au contrat, mais elles peuvent également prendre la forme d’une modification unilatérale de l’acheteur lorsque le contrat de la commande publique en cause peut être qualifié de contrat administratif en application des dispositions combinées des articles L 6 et L 2194-2 du code de la commande publique.

**2.**L’indemnisation sur le fondement de la théorie de l’imprévision relève d’un régime différent qui vise à dédommager partiellement le titulaire du préjudice qui résulte de l’exécution du contrat malgré le bouleversement temporaire de son équilibre économique. Comme le précise le Conseil d’État dans [son avis du 15 septembre 2022](https://www.conseil-etat.fr/avis-consultatifs/derniers-avis-rendus/au-gouvernement/avis-relatif-aux-possibilites-de-modification-du-prix-ou-des-tarifs-des-contrats-de-la-commande-publique) 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, il s’agit d’un droit pour le titulaire, prévu au 3° de l’article L 6 du code de la commande publique, alors que la modification du contrat n’est qu’une faculté pour les parties (point 21 de l’avis).

Par ailleurs, la « convention d’indemnisation [accordée sur le fondement de la théorie de l’imprévision] de même d’ailleurs qu’une décision unilatérale de l’autorité administrative fournissant une aide financière pour pourvoir aux dépenses extracontractuelles afférentes à la période d’imprévision (CE Ass., 9 décembre 1932, [*compagnie des tramways de Cherbourg*](https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007636689), n° 89655), ne peut être regardée comme une modification d’un marché ou d’un contrat de concession au sens des dispositions des articles R 2194-5 et R 3135-5 du code de la commande publique » et, par suite, « n’est pas soumise aux conditions et limites posées par ces dispositions, mais uniquement à celles prévues par les dispositions du 3° de l’article L 6 du même code qui codifie la jurisprudence administrative sur l’imprévision » (point 22 de l’avis).

Enfin, le Conseil d’État a estimé que « l’indemnité d’imprévision visant, ainsi qu’il a été dit, à compenser les charges extracontractuelles subies par le titulaire, elle ne peut être regardée comme une conséquence financière de l’exécution du marché. Dès lors, qu’elle soit allouée par décision unilatérale de l’autorité administrative, négociée dans le cadre d’une convention d’indemnisation ou octroyée par le juge administratif, elle n’a pas à être inscrite dans le décompte général et définitif, à la différence des indemnités allouées à l’entrepreneur au titre des sujétions imprévues (CE, 31 juillet 2009, [*société Campenon Bernard et autres*](https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000020936135), n° 300729) » (point 28 de l’avis). C’est pourquoi, dès lors que ce droit à indemnité relève d’un régime juridique distinct des règles de modification des contrats en cours et des règles d’établissement du décompte général du contrat, [la circulaire n° 6374/SG](https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/actualites/Circulaire29septembre2022-.pdf?v=1664872405) de la Première ministre du 29 septembre 2022 relative à l’exécution des contrats de la commande publique dans le contexte actuel de hausse des prix de certaines matières premières et abrogeant la circulaire n° 6338/ G du 30 mars 2022 précise que les parties peuvent aussi choisir, plutôt que de modifier le contrat, de conclure une convention d’indemnisation sur le fondement de la théorie de l’imprévision codifiée au 3° de l’article L 6 du code de la commande publique (*JO* Sénat, 07.09.2023, question n° 04406, p. 5280).