

DIRECTION
DE LA
COMPTABILITÉ PUBLIQUE

BUREAUX C3 - D3 - D4

INSTRUCTION N° 75-16 - B1
du 27 janvier 1975

Numéros dans les séries spéciales :
2768 TM — 382 BA

Cette instruction a été modifiée par les Instructions suivantes :	
n°	du
n°	du
n°	du
n°	du
Cette instruction a été abrogée par l'instruction	
n°	du

MARCHÉS PUBLICS

THÉORIE DE L'IMPRÉVISION

ANALYSE

Mise en application d'une circulaire du Premier ministre et du ministre de l'Économie et des Finances en date du 20 novembre 1974 relative à l'indemnisation des titulaires de marchés publics en cas d'accroissement imprévisible de leurs charges économiques.

DOCUMENTS A ANNOTER

- Instruction n° 73-165-B 1 du 3 décembre 1973
- Instruction n° 74-41-B 1 du 7 mars 1974
- Instruction n° 74-89-B 1 du 13 juin 1974
- Instruction n° 74-112-B 1 du 30 juillet 1974
- Note de service n° 73-761-B 1 du 13 décembre 1973

Les principes et les modalités d'attribution d'indemnités par les collectivités publiques aux titulaires de marchés en cas d'accroissement imprévisible de leurs charges économiques étaient définis jusqu'au 30 novembre 1974 par la circulaire du président du Conseil en date du 18 mai 1938, diffusée, pour information, en annexe à la note de service n° 73-761-B 1 du 13 décembre 1973.

DESTINATAIRES POUR APPLICATION

DIFFUSION G 5

RGP	PGT	TPG	DOM	IP	DS	TGE	SIA	RF	P	TGC	PGA
TA	BA	EPA	EPI	EPSC	CCM	HLM	VIL	RIC	TCE	ASA	UGAP

INSTRUCTION N° 75-16 - B1
du 27 janvier 1975

Ce texte a été abrogé et remplacé par une circulaire adressée par le Premier ministre et le ministre de l'Économie et des Finances aux ministres et secrétaires d'État le 20 novembre 1974, publiée au *Journal officiel* du 30 novembre 1974 et diffusée en annexe à la présente instruction.

L'attention des comptables est spécialement appelée sur les points suivants :

- cette circulaire ne se substitue pas aux circulaires récentes, diffusées en annexe aux diverses instructions mentionnées ci-dessus, qui ont prévu l'octroi d'indemnités calculées de manière forfaitaire pour atténuer les conséquences des hausses importantes et imprévisibles de prix ayant affecté soit certains marchés, soit certaines catégories de produits. Ce n'est que dans le cas où ces différents textes, ou des textes semblables pouvant encore intervenir, ne permettraient pas de régler le cas de titulaires de marchés pouvant valablement prétendre à une indemnité d'imprévision qu'elle doit trouver son application;
- l'octroi d'une indemnité d'imprévision donne lieu à la passation d'un avenant reproduisant les bases et les modalités du calcul qui a permis de déterminer les droits du demandeur;
- à titre exceptionnel, l'attribution d'une provision sur indemnité est devenue possible. Elle donne également lieu à la conclusion d'un avenant devant préciser les modalités de liquidation de cette provision.

Pour le directeur de la Comptabilité publique :

L'administrateur civil chargé de la sous-direction C,

Georges PETIT.

CIRCULAIRE DU 20 NOVEMBRE 1974

relative à l'indemnisation des titulaires de marchés publics en cas d'accroissement imprévisible de leurs charges économiques (application de la théorie de l'imprévision)

Paris, le 20 novembre 1974.

*Le Premier ministre et le ministre de l'Économie et des Finances
à Mesdames et Messieurs les ministres et secrétaires d'État*

1. Des évolutions exceptionnelles de la conjoncture économique peuvent, dans certains cas, conduire des titulaires de marchés soumis au régime du droit public à demander des prix de règlement supérieurs à ceux qui résulteraient de l'application des clauses contractuelles.

Afin d'éviter que les différents acheteurs publics n'adoptent, à l'égard de ces demandes, des attitudes divergentes, il me paraît utile, après avoir rappelé certains principes essentiels de la jurisprudence, de préciser selon quelles modalités pratiques des indemnités peuvent être accordées au titre de l'imprévision.

Dans cet esprit, plusieurs circulaires ont été récemment publiées afin d'ouvrir la possibilité d'accorder des indemnités forfaitaires pour atténuer les effets d'aléas économiques affectant soit certaines catégories de marchés, soit certains produits; ces textes, dont la liste est donnée en annexe, demeurent applicables.

Dès lors, le champ d'application de la présente circulaire, qui abroge et remplace, pour les demandes d'indemnités postérieures à sa publication, celle du 18 mai 1938, relative à la révision des marchés publics, est exclusivement limité aux difficultés dont la solution ne pourrait être trouvée ni dans l'un des textes particuliers mentionnés ci-dessus, ni dans l'un de ceux qui pourraient intervenir à l'initiative du ministre de l'Économie et des Finances et qui régleraient de façon simple et forfaitaire les problèmes que poseraient certaines catégories de marchés ou de produits.

PREMIÈRE PARTIE

PRINCIPES GÉNÉRAUX

2. De la jurisprudence relative à l'exécution des contrats administratifs se dégagent quelques principes généraux susceptibles d'être invoqués par les titulaires de marchés en dehors de toute clause contractuelle. Ces principes s'appliquent notamment dans deux situations qu'il convient de bien distinguer. Il s'agit, d'une part, de la force majeure et, d'autre part, de l'imprévision.

2.1. La force majeure.

2.1.1. Les éléments constitutifs de la force majeure.

Pour admettre l'existence d'un cas de force majeure, la jurisprudence exige la réunion de trois conditions. Il faut d'abord que le titulaire d'un marché se soit trouvé en présence d'une difficulté matérielle imprévisible. Il faut ensuite que celle-ci ne provienne pas de son fait. Enfin, cette difficulté doit être d'une ampleur ou d'une nature telle qu'elle rende l'exécution des obligations contractuelles impossible soit provisoirement, soit définitivement. Cette dernière condition n'est pas réalisée lorsque, par suite des circonstances économiques ou sociales, l'exécution du contrat devient seulement plus onéreuse.

2.1.2. Conséquence de la force majeure.

Lorsque la force majeure est reconnue, le titulaire du marché peut, sans être tenu au paiement d'une indemnité, obtenir la résiliation de son contrat. Par ailleurs, si la force majeure, sans rendre définitivement impossible l'exécution du contrat l'a retardée pendant un certain temps, le titulaire peut :

- prétendre à l'exonération des pénalités de retard pour la fraction du retard imputable à la force majeure;
- et, s'il poursuit l'exécution du contrat, demander qu'il lui soit fait application de la théorie de l'imprévision lorsque ce retard aura entraîné le bouleversement de l'économie de son contrat.

2.2. L'imprévision.

Les juridictions administratives ont été conduites à tempérer, dans certains cas, les effets de l'obligation impérative qui pèse sur le titulaire d'un marché public d'en poursuivre l'exécution, sauf cas de force majeure. Ainsi, dans l'hypothèse où certaines circonstances économiques ont entraîné le bouleversement de l'économie d'un contrat, elles ont admis que l'Administration participe sous forme d'une indemnité aux pertes qu'il a subies, sans pour autant garantir un bénéfice au titulaire.

2.2.1. Les éléments constitutifs de l'imprévision.

Ils sont au nombre de trois. Il faut que l'événement perturbateur :

- n'ait pu raisonnablement être prévu par le titulaire du marché;
- qu'il ait été indépendant de la volonté du titulaire et se soit imposé à lui;
- qu'il ait occasionné des charges supplémentaires, généralement qualifiées d'« extra-contractuelles » parce que non prévues lors de la conclusion du contrat, entraînant le bouleversement de son économie.

2.22. Les conséquences de l'imprévision.

Lorsque le bouleversement de l'économie du contrat est établi, le titulaire du marché peut obtenir une indemnité.

Dans l'hypothèse où la stabilisation des circonstances économiques s'effectue à un niveau tel que les clauses contractuelles s'avèrent définitivement inadaptées, les tribunaux considèrent qu'il appartient aux contractants de procéder à l'amiable, à leur révision. A défaut d'accord sur ce point, les tribunaux se réservent le droit de prononcer la résiliation du contrat.

Bien que de portée générale, la modification des clauses contractuelles et la résiliation d'un contrat pour cause d'imprévision ne s'appliquent pratiquement qu'aux concessions. Ce type de contrat étant de très longue durée, le palliatif que constitue l'indemnité d'imprévision est, en effet, insuffisant pour assurer, dans de bonnes conditions, la continuité du service public.

DEUXIÈME PARTIE

MODALITÉS PRATIQUES

3. Remarques préliminaires.

3.1. Les contrats font la loi des parties. De ce principe fondamental, qui ne saurait en aucun cas être perdu de vue, résulte l'obligation incombant au titulaire d'appliquer strictement les clauses contractuelles. L'Administration, quant à elle, se doit d'exiger l'exécution du contrat et, le cas échéant, d'en poursuivre l'exécution par défaut.

Le bouleversement de l'économie d'un marché donne lieu, lorsqu'il est dûment établi, à l'octroi d'une indemnité mais, en soi, il ne justifie pas la résiliation du marché.

3.2. En présence d'un contrat dont l'économie a été bouleversée, l'Administration doit s'attacher à vérifier que les critères d'extériorité et d'imprévisibilité sont bien réalisés. On ne saurait trop insister sur le fait que les variations prévisibles dont le titulaire a normalement pu tenir compte lors de l'établissement de son offre ne doivent pas être considérées comme une surcharge.

3.3. Il convient, en outre, de préciser qu'il n'y a pas lieu de recourir à la théorie de l'imprévision si le marché comporte un mécanisme de rajustement des prix en fonction de la conjoncture économique. Tel est le cas :

- lorsque des variations sont prévues par référence à celles autorisées dans le cadre de la réglementation des prix;
- lorsque le marché comporte une clause de révision paramétrique; toutefois, l'octroi d'une indemnité peut être admis dans la mesure où, même après application des clauses contractuelles de révision, l'économie du contrat apparaît bouleversée;
- enfin, lorsque le prix est déterminé par le jeu d'un rabais ou d'un coefficient à appliquer notamment à des mercuriales, des tarifs, des barèmes de catalogues ou à des séries périodiquement ajustées.

3.4. Il est souhaitable d'éviter, autant que possible, que des procédures contentieuses naissent des demandes d'indemnité pour imprévision formulées par un titulaire de marché. A cet effet, et dans des délais aussi courts que possible, l'Administration doit s'efforcer de donner une solution amiable aux demandes qui lui paraissent incontestablement justifiées.

3.5. L'Administration ne doit prendre en considération que les demandes formulées dans les conditions et les délais prévus par les cahiers des clauses administratives générales pour les réclamations relatives au règlement des marchés publics.

4. Modalités pratiques

L'instruction des demandes doit être effectuée conformément aux directives suivantes qui concernent les conditions d'octroi, le montant de l'indemnité et les modalités de calcul ainsi que la passation d'un avenant.

4.1. Conditions d'octroi.

4.11. Éléments de surcharge à examiner et leurs justifications.

4.111. Ces éléments peuvent, en fonction de leur nature, être regroupés en trois catégories.

a. Charges d'approvisionnement :

La surcharge peut provenir d'une hausse du prix des matières premières, des semi-produits, des produits finis et de l'énergie intervenant dans l'exécution de la prestation.

b. Salaires, appointements et charges qui s'y rapportent :

Les salaires, appointements et charges qui s'y rapportent peuvent également faire partie des éléments de surcharge à prendre en compte dans la mesure, toutefois, où leur accroissement s'avère d'une ampleur telle qu'il ait pu raisonnablement échapper aux prévisions des candidats.

c. Charges fiscales :

Il est tenu compte contractuellement, dans le prix de règlement, des changements de taux ou d'assiette de la taxe à la valeur ajoutée (T.V.A.) et des taxes assimilées intervenus entre le mois d'établissement du prix et la date du fait générateur. Dans ces conditions, une variation en hausse de ces taxes ne saurait être considérée comme constituant un élément de surcharge.

En l'état actuel des textes, il n'y a pas lieu, non plus, de retenir, dans le calcul de la surcharge, les modifications affectant ceux des impôts, droits et taxes qui ne constituent pas des éléments du prix de revient.

- 4.112. C'est au titulaire du marché qu'il appartient de prouver que son contrat a été bouleversé et d'apporter les justifications de nature à établir le montant de la surcharge qu'il a supportée. L'Administration, quant à elle, se doit de contrôler soigneusement toutes ses assertions. En examinant les justifications fournies à l'appui d'une demande d'indemnité, elle s'attachera notamment à vérifier :
- que les variations de prix d'achat alléguées sont conformes à la réglementation des prix;
 - que l'évolution des salaires n'apparaît pas anormale eu égard à celle des rémunérations payées à la fois dans la région et la branche professionnelle considérée;
 - que les hausses enregistrées sont compatibles avec celles qui sont traduites par les indices insérés dans le *Bulletin officiel des services des prix* ou les indices et prix publiés par le *Bulletin mensuel de statistique* de l'I.N.S.E.E., ou, à défaut, dans les publications professionnelles;
 - et enfin, que le niveau des prix, tel qu'il résulte de la demande du titulaire, peut être considéré comme normal par référence à celui pratiqué dans d'autres transactions de même nature.
- 4.113. Quand le coût de certains éléments du prix de revient se révèle inférieur à celui qui avait été prévu, il convient d'opérer, à due concurrence, une compensation entre cette diminution et le montant des charges extra-contractuelles.

4.12. Seuil de bouleversement.

- 4.121. Lorsque, après l'ensemble des facteurs ci-dessus, a été calculé le surcroît de dépenses imposé pour l'exécution du marché par suite des circonstances imprévisibles, il n'y a lieu à l'allocation d'une indemnité d'imprévision que si ce surcroît de dépenses a entraîné non seulement une perte pour le titulaire du marché, mais un bouleversement de l'économie du contrat.
- 4.122. Cette condition n'est, en principe, considérée comme remplie que lorsque les charges extra-contractuelles ont atteint le quinzième du montant initial du marché ou, pour les marchés ne comportant pas de montant initial — cas en particulier des marchés à commandes et de clientèle — lorsque ces charges extra-contractuelles ont atteint le quinzième des sommes réglées en application des clauses contractuelles. Toutes ces sommes doivent être calculées hors T.V.A.

Pour les marchés dont la durée d'exécution dépasse deux ans, l'appréciation ci-dessus est effectuée en prenant pour base le montant initial, soit de la tranche fonctionnelle du marché à laquelle se rattachent les charges extra-contractuelles invoquées soit, à défaut, des prestations réalisées dans un intervalle de deux ans.

Néanmoins, pour déterminer le montant de l'indemnité susceptible d'être accordée, il y aura lieu, le cas échéant, de prendre en compte les diminutions, par rapport aux prévisions initiales, des éléments de coût du marché pris dans son ensemble.

Lorsque le titulaire appartient à une entreprise intégrée dans un groupe et quelle que soit la durée du marché, il convient d'apprécier le bouleversement par rapport à l'ensemble des opérations qui, effectuées au sein du groupe, ont contribué à l'exécution de la prestation.

4.2. Montant de l'indemnité.

- 4.21. Lorsqu'il y a lieu à indemnité, celle-ci est liquidée et mandatée après exécution du marché puisque, réserve faite de certains marchés de longue durée, le montant des charges extra-contractuelles doit être évalué par rapport aux résultats d'ensemble du contrat.

Cependant, à titre exceptionnel, une provision sur indemnité, apurable en fin de marché et qui ne peut excéder 70 % des charges extra-contractuelles d'ores et déjà supportées, peut être accordée au titulaire qui en fait la demande lorsqu'il apparaît, à la fois :

- que le bouleversement de l'économie du contrat est d'une ampleur telle qu'il puisse être considéré comme irréversible et que, dans ces conditions, une indemnité sera de toute évidence attribuée en fin d'exécution du marché;
- que le montant de la provision sur indemnité peut être évalué sur la base d'éléments de prix certains;
- et enfin, que la situation de l'entreprise le justifie.

L'octroi de cette provision est soumis à la conclusion d'un avenant.

Ce document :

- fait référence au marché;
- indique le montant de la provision sur indemnité;
- reproduit les bases et les modalités du calcul qui a permis de l'établir;
- mentionne qu'elle a été accordée en application de la théorie de l'imprévision;
- précise, en outre, que les sommes allouées ne constituent qu'une provision dont le titulaire reste débiteur jusqu'à la liquidation de l'indemnité d'imprévision qui sera définitivement fixée par l'avenant prévu, ci-après, au 5.

Eu égard au caractère provisionnel de cette indemnité, il n'y a pas lieu d'inviter le titulaire du marché à renoncer, au titre de ce marché, à tout recours ultérieur fondé sur la théorie de l'imprévision.

4.22. La perte effective ou le surcroît de perte ne doit en aucun cas être mis en totalité à la charge de l'administration. Le titulaire du marché doit en supporter une part qui, en règle générale, est au moins égale à 10 %. Elle peut dépasser ce taux si le titulaire n'est pas en mesure de prouver que sa situation financière a été compromise par la surcharge imputable à l'exécution du contrat.

4.23. Lorsqu'il apparaît que l'indemnité susceptible d'être allouée est faible et que la détermination de son montant ainsi que son ordonnancement entraîneraient, tant pour l'administration que pour le requérant, des charges sans proportion avec l'avantage qu'elle pourrait procurer au titulaire du marché, il n'y a pas lieu de donner suite à la demande.

4.3. Modalités de calcul.

4.31. Lorsque l'administration décide d'octroyer une indemnité au titre des catégories de marchés ou de produits ayant fait l'objet de circulaires particulières mentionnées en 1, le calcul de cette indemnité est effectué conformément aux indications figurant dans ces textes.

4.32. Lorsqu'aucune de ces circulaires ne permet de résoudre un cas particulier, le montant de l'indemnité d'imprévision doit être déterminé au vu de justifications comptables.

Ceci suppose que le titulaire est en mesure de justifier, d'une part, son prix de revient et par conséquent sa marge bénéficiaire au moment où il a remis son offre ainsi que, d'autre part, ses débours au cours de l'exécution du marché.

4.33. Dans le cas d'un marché à prix fermes non actualisables, le montant maximal hors T.V.A. de l'indemnité pouvant être accordée est donné par la formule :

$$I = 0,9 [(A_2 - A_1) + (S_2 - S_1) - B]$$

Dans cette formule :

— A_1 et S_1 représentent respectivement les coûts prévisibles, tels qu'ils pouvaient être raisonnablement envisagés au mois d'établissement des prix ou, à défaut, à la date limite fixée pour la réception des offres, d'une part, des approvisionnements et des dépenses d'énergie et, d'autre part, des salaires, appointements et charges qui s'y rapportent;

— A_2 et S_2 représentent le coût réel de ces mêmes éléments pendant la durée d'exécution de la prestation, dans les limites fixées au 4.112;

— B représente la marge bénéficiaire nette escomptée par le titulaire pour le marché envisagé, étant entendu qu'il ne saurait être tenu compte d'une marge négative.

Tous ces éléments sont établis hors T.V.A.

4.34. Dans l'éventualité d'un marché à prix fermes actualisables, il y a lieu de déduire des charges extra-contractuelles, déterminées conformément au 4.33, le supplément d'actualisation obtenu par le titulaire par rapport à ce qu'il pouvait raisonnablement escompter.

4.35. En ce qui concerne les marchés à prix revisables, la formule de revision met normalement le titulaire à l'abri des aléas économiques. Néanmoins, lorsqu'il apparaît que le jeu de cette formule n'a pas permis d'éviter un bouleversement de l'économie du contrat, il convient de tenir compte de la différence entre l'évolution réelle des coûts et celle résultant de l'application de la formule de revision. Dans ce cas, il ne faut pas omettre de déduire la couverture généralement prise par les titulaires de marchés sur la base des coûts prévisibles pour se prémunir contre d'éventuelles imperfections des formules.

4.35. Lorsque, exceptionnellement, la méthode décrite aux 4.33, 4.34 et 4.35 ne peut pas être appliquée, soit que le titulaire ne puisse pas fournir les justifications nécessaires, soit que le service ne soit en mesure de procéder à aucun contrôle comptable même partiel, l'acheteur public concerné doit soumettre pour avis la demande d'indemnité à son administration centrale ou à son autorité de tutelle.

5. Passation d'un avenant.

L'octroi d'une indemnité d'imprévision donne lieu à la conclusion d'un avenant.

Ce document :

- fait référence au marché;
- indique le montant de l'indemnité octroyée et, le cas échéant, celui des provisions sur indemnités déjà allouées;
- reproduit les bases et les modalités du calcul qui a permis de l'établir;
- précise qu'elle a été accordée en application de la théorie de l'imprévision;
- contient une clause par laquelle le titulaire renonce, pour ce marché, à toute demande ultérieure fondée sur cette théorie.

Une copie de l'avenant, certifiée conforme à l'original et revêtue d'une mention indiquant, d'une part, que cette pièce formera titre en cas de nantissement et, d'autre part, qu'elle est délivrée en unique exemplaire, est remise au titulaire.

**

Je vous serais obligé de transmettre la présente circulaire aux services placés sous votre autorité ainsi qu'aux collectivités et établissements placés sous votre tutelle et susceptibles de conclure des marchés soumis au régime du droit public.

Le Premier ministre,
Jacques CHIRAC.

Le ministre de l'Économie et des Finances,
Jean-Pierre FOURCADE.

Liste des circulaires du ministre de l'Économie et des Finances prévoyant la possibilité d'attribuer des indemnités au titre de l'imprévision par des méthodes forfaitaires

DATE	OBJET
7 novembre 1973	Incidence des hausses de prix de certains matériaux et produits sur les marchés publics de travaux en cours d'exécution.
25 janvier 1974	Incidence des hausses de prix des produits pétroliers sur les marchés publics de travaux en cours d'exécution.
30 avril 1974	Mesures applicables aux marchés de travaux immobiliers en cours d'exécution passés au nom de l'État.
14 juin 1974	Incidence des hausses de prix de certaines matières premières et de l'énergie sur les marchés publics de fournitures et de services.
4 juillet 1974	Solutions à apporter à certains problèmes posés par l'exécution des marchés publics de fourniture de fuel-oil (dont le paragraphe B permet de liquider les indemnités prévues par une circulaire du 29 novembre 1973 qui avait préconisé des solutions provisoires).