

LES MODALITES DE MODIFICATION DES CONTRATS EN COURS D'EXECUTION

Si la nouvelle réglementation ne fait plus référence aux notions d'« avenant » et de « décision de poursuivre », les parties à un contrat seront généralement incitées à conclure un avenant qui matérialisera leur engagement à procéder aux modifications envisagées en cours d'exécution sauf dans le cas où celles-ci auraient été prévues dans le contrat initial. Dans cette dernière hypothèse, la mise en œuvre de ces modifications sera subordonnée à la seule décision du pouvoir adjudicateur.

Par ailleurs, l'administration a toujours la possibilité d'user de son pouvoir de modification unilatérale. Ce pouvoir détenu par l'administration même sans stipulation contractuelle et qu'il ne peut exercer qu'en cas de motif d'intérêt général, ne peut, toutefois, modifier substantiellement le contrat initial¹. Ces limites ont été fixées afin d'assurer le respect du principe de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats.

Le dispositif d'entrée en vigueur des dispositions régissant les modifications en cours d'exécution diffère selon la nature du contrat. En effet, les articles 139 et 140 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics sont applicables aux modifications apportées aux marchés publics pour lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence est envoyé à la publication à compter du 1^{er} avril 2016². En revanche, les articles 36 et 37 du décret n°2016-86 du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concession encadrent les modifications réalisées à compter du 1^{er} avril 2016 sur des contrats de concession qui ont été conclus ou pour lesquels une procédure de passation a été engagée ou un avis de concession a été envoyé à la publication avant le 1^{er} avril 2016³.

1. Les hypothèses dans lesquelles une modification des contrats en cours d'exécution peut être admise

La modification des contrats en cours d'exécution est encadrée par des dispositions inspirées de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE)⁴. Le pouvoir adjudicateur peut modifier régulièrement en cours d'exécution son contrat initial dans certaines hypothèses énumérées à l'article 140 du décret sur les marchés publics et à l'article 24 du décret du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concession. Les modifications envisagées ne doivent pas, dans tous les cas, altérer la nature globale du contrat⁵.

En outre, tout projet d'avenant à un marché ou à un contrat de concession d'une collectivité territoriale, d'un établissement public local autre qu'un établissement public social et médico-social entraînant une augmentation du montant global du marché supérieure à 5 % doit être soumis pour avis à la commission d'appel d'offres lorsque le marché initial avait été lui-même soumis à la commission d'appel d'offres. L'assemblée délibérante qui statue le cas échéant est préalablement informée de cet avis⁶.

¹ CE, 17 février 1978, *Compagnie française d'entreprises*, n°99436 ; CE, 14 mars 1980, *CITREM*, n°03417.

² Article 188 du décret sur les marchés publics.

³ Article 78 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession.

⁴ CJUE, 19/06/2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, aff. C-454/06 ; CJUE, 27 octobre 2009, *Wall AG/Stadt Frankfurt am Main*, aff. C-91/08.

⁵ Article 65 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et article 55 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession.

⁶ Article L 1414-4 du CGCT modifié par les dispositions de l'article 101 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et article L 1411-6 du CGCT modifié par les dispositions de l'article 58 de l'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession.

1.1. L'existence d'une clause de réexamen dans le contrat initial

Les modifications d'un contrat, quel que soit leur montant, sont dispensées d'une nouvelle procédure de publicité et de mise en concurrence dès lors que celles-ci ont été prévues dans les documents du contrat initial sous la forme de clauses de réexamen. Ces clauses doivent être rédigées de manière suffisamment précise et claire. A cet égard, le pouvoir adjudicateur doit prévoir dans les documents contractuels initiaux le champ d'application et la nature des modifications envisagées ainsi que les modalités de leur mise en œuvre.

Le pouvoir adjudicateur est donc dans l'obligation d'informer les candidats potentiels dans les documents de la consultation du réexamen éventuel de certaines conditions d'exécution de son contrat. Il pourrait ainsi prévoir une éventuelle modification de sa clause de variation de prix en cas de survenance de certains événements qui pourraient altérer en cours d'exécution l'équilibre financier de son contrat⁷. Les conditions de sa mise en œuvre et les modalités de modification du prix doivent néanmoins être précisées dans le contrat initial car elles constituent des éléments susceptibles d'influer sur les offres des candidats et par conséquent sur les conditions initiales de mise en concurrence⁸.

La clause de réexamen peut également comporter des options dès lors que celles-ci ont été formulées de manière suffisamment claire, précise et univoque dans les pièces contractuelles. Les options recouvrent notamment les tranches optionnelles⁹, les reconductions¹⁰ ou encore les prestations complémentaires¹¹.

1.2. Les modifications sont justifiées par des prestations supplémentaires sous réserve de satisfaire certaines conditions

Le pouvoir adjudicateur peut inclure dans un marché existant des travaux, services ou fournitures supplémentaires qui sont devenues nécessaires dans la mesure où ces prestations supplémentaires n'entraîneraient pas une augmentation du marché supérieure à 50 % du montant initial et à la double condition qu'un changement de contractant :

- serait impossible pour des raisons économiques ou techniques telles que l'obligation d'interchangeabilité ou d'interopérabilité avec les équipements, services ou installations existants achetés dans le cadre de leur marché initial et ;
- présenterait un inconvénient majeur ou entraînerait une augmentation substantielle des coûts.

Dans le cadre d'un marché de fournitures, le pouvoir adjudicateur pourra recourir, dans l'hypothèse où les livraisons complémentaires envisagées impliqueraient une augmentation du marché supérieure à 50% du montant initial, à une procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence prévue à l'article 30-I-4° du décret.¹²

⁷ La formule de variation de prix est en principe intangible mais une modification peut être admise dans certains cas notamment en cas de disparition d'un indice ou d'un index : voir le guide pratique sur « *le prix dans les marchés publics* », avril 2013, version 1.1 disponible sur le site internet de la DAJ à l'adresse suivante : http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/oeap/concertation/autres_groupes_travail/guide-prix-dans-mp.pdf

⁸ Rép. Min., n° 49419, JOAN, 01^{er} avril 2014, p 3034; Rép. Min., n°09277, JO Sénat, 4 décembre 2003, p 2934.

⁹ Article 77 du décret.

¹⁰ Article 16 du décret.

¹¹ Rép. Min., n° 58686, JOAN, 5 août 2014, p 6731 : Il s'agira dans cette hypothèse de marchés complémentaires de fournitures (article 30-I-4° du décret) et de marchés de travaux ou de services ayant pour objet la réalisation de prestations similaires (article 30-I-7° du décret).

¹² Voir la fiche technique « *La procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalables* ».

1.3. Les modifications sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues

En application de l'article 139-3° du décret sur les marchés publics et de l'article 26-3° du décret sur les contrats de concession, l'acheteur public ou l'autorité concédante peut modifier son contrat lorsqu'il est confronté à des circonstances imprévues ou imprévisibles. Ce sont des circonstances extérieures qu'un pouvoir adjudicateur, bien qu'ayant fait preuve d'une diligence raisonnable lors de la préparation du marché initial, n'aurait pu prévoir, compte tenu des moyens à sa disposition, de la nature et des caractéristiques du projet particulier, des bonnes pratiques du secteur et de la nécessité de mettre en adéquation les ressources consacrées à la préparation de l'attribution du marché et la valeur prévisible de celui-ci.¹³

Cette hypothèse s'apparente à la notion de sujétions techniques imprévues évoquée à l'article 20 du code des marchés publics de 2006 qui recouvrait toutes les difficultés matérielles rencontrées en cours d'exécution d'un marché. Ces sujétions techniques imprévues présentaient un caractère exceptionnel, imprévisible lors de la conclusion du contrat et la cause devait être extérieure aux parties¹⁴. Toutefois, contrairement aux sujétions techniques imprévues, la modification doit être limitée à 50 % du montant du marché initial et ne doit pas altérer la nature globale du contrat.

1.4. Le changement de cocontractant est permis uniquement dans certains cas

La substitution du titulaire d'un marché par un autre opérateur économique constitue en principe une modification substantielle du contrat et ce transfert doit, par conséquent, faire l'objet d'une nouvelle mise en concurrence¹⁵.

La cession d'un contrat au profit d'un nouveau titulaire est néanmoins admise dans les deux cas suivants :

- lorsqu'elle intervient en application d'une clause de réexamen ou d'une option univoque du contrat initial ;
- lorsqu'elle intervient à la suite d'une opération de restructuration de société, notamment de rachat, de fusion, d'acquisition ou d'insolvabilité, assurée par un autre opérateur qui remplit les critères de sélection qualitativement établis initialement, à condition que cela n'entraîne pas d'autres modifications substantielles du marché et ne vise pas à se soustraire à l'application de la présente directive.

Une cession qui n'entre pas dans une de ces hypothèses ne peut être envisagée au profit d'un nouveau titulaire.

Toutefois, même dans l'hypothèse où le changement de cocontractant est prévu dans le cadre d'une clause de réexamen, la cession peut être regardée comme irrégulière si ce changement intervient immédiatement après la conclusion du contrat et avant même le début de l'exécution des prestations sans motif légitime dans la mesure où l'identité du titulaire est un élément déterminant du contrat¹⁶. Le pouvoir adjudicateur devra donc s'assurer que les modalités de cession prévues dans les documents initiaux ne visent pas à contourner les obligations de publicité et de mise en concurrence.

La CJUE avait déjà eu l'occasion de se prononcer sur les opérations de restructuration d'une société. Elle avait considérée comme étant régulière la substitution du titulaire d'un marché par un autre opérateur

¹³ Considérant 109 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE.

¹⁴ CE, 30 juillet 2003, *commune de Lens*, n° 223445.

¹⁵ CJUE, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, précité, point 40.

¹⁶ Conclusions de l'avocat général M. Y. Bot sous CJUE, 27 octobre 2009, *Wall AG/Stadt Frankfurt am Main*, aff. C-91/08, points 67 à 72.

économique dans le cadre d'opérations de « réorganisation administrative de nature purement interne du cocontractant du pouvoir adjudicateur »¹⁷. A cet égard, si le nouveau cocontractant est en relation de quasi-régie avec l'entreprise cédante¹⁸, la cession du contrat s'analyse en réalité comme une simple réorganisation administrative, laquelle ne modifie pas de manière essentielle les termes du marché initial et n'entraîne donc pas une obligation de remise en concurrence du marché dès lors qu'il ne s'agit pas de manœuvres destinées à contourner les règles communautaires en matière de marchés publics.

Les nouveaux décrets sont venus ainsi clarifier et préciser le cadre juridique défini par la jurisprudence européenne en évoquant d'autres hypothèses dans lesquelles la restructuration d'une société permettrait une cession du contrat au profit d'un nouveau titulaire : le rachat, la fusion, l'acquisition ou l'insolvabilité¹⁹.

1.5. Le montant des modifications envisagées est inférieur à certains seuils

Pour ne pas encourir la qualification de modification dite substantielle, la modification envisagée²⁰ ne doit pas excéder 10% du montant s'il s'agit d'un marché de fournitures ou de services²¹ ou d'un contrat de concession²² et 15% s'agissant des marchés publics de travaux²³. En outre, les modifications envisagées ne doivent pas dépasser les seuils de passation des procédures formalisées²⁴.

Si ces deux conditions sont satisfaites et sous réserve que les modifications envisagées ne s'accompagnent pas d'autres modifications susceptibles d'être substantielles, les parties peuvent conclure librement un avenant qui pourrait ainsi porter sur tous leurs engagements : prestations à exécuter, calendrier d'exécution ou règlement financier du marché.

Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, le pouvoir adjudicateur doit prendre en compte la valeur cumulée des modifications successives majorée, par ailleurs, dans certaines hypothèses²⁵ par l'application de la clause de variation de prix pour apprécier si les seuils de 10% ou 15% ne sont pas dépassés.

Au-delà de ces seuils, la modification ne sera pas nécessairement qualifiée de substantielle et par conséquent jugée irrégulière. L'acheteur public devra s'assurer que la modification envisagée n'entre pas dans l'une des hypothèses auxquelles la définition de la modification substantielle renvoie.

2. L'interdiction de procéder à des modifications dites « substantielles » sur les contrats en cours d'exécution

A l'exception des cinq hypothèses précitées, toute modification envisagée du contrat pourrait être considérée comme substantielle et donner lieu dans ce cas à l'organisation d'une nouvelle procédure d'attribution dudit contrat.

¹⁷ CJUE, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, précité, point 57

¹⁸ CJUE, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, précité, point 57.

¹⁹ Par exemple une liquidation judiciaire suivie d'un plan de cession.

²⁰ Cette modification peut consister en une augmentation ou en une baisse du montant du contrat initial.

²¹ Article 139-6° du décret sur les marchés publics.

²² Article 36-6° du décret relatif aux contrats de concession.

²³ Article 139-6° du décret sur les marchés publics.

²⁴ Article 139-6° du décret sur les marchés publics et article 36-6° du décret relatif aux contrats de concession.

²⁵ En cas de travaux, fournitures et services supplémentaires, de modifications résultants de circonstances imprévisibles ou encore lorsque le montant de la modification envisagée est inférieur à certains seuils (voir article 139-6° du décret sur les marchés publics et article 36-6° du décret n°2016-86 du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concession)

S'inspirant très largement de la jurisprudence européenne²⁶, les décrets régissant les marchés publics et les contrats de concession définissent dans les mêmes termes, conformément aux directives elles-mêmes, la notion de modification substantielle en énumérant les quatre hypothèses dans lesquels un nouveau contrat devra être conclu.

La modification d'un marché public en cours de validité doit être considérée comme substantielle et doit par conséquent être qualifiée en nouveau contrat soumis aux règles du droit de la commande publique :

- lorsqu'elle introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou auraient permis de retenir une offre autre que celle initialement retenue ;
- lorsqu'elle étend le marché, dans une mesure importante, à des services non initialement prévus²⁷ ;
- lorsqu'elle change l'équilibre économique du contrat en faveur du titulaire du marché, d'une manière qui n'était pas prévue dans les termes du marché initial.
- en cas de changement de cocontractant sauf exceptions²⁸.

Les marchés publics et les contrats de concession peuvent faire l'objet, en cours d'exécution, d'adaptations nécessaires sauf dans le cas où celles-ci se traduisent par des modifications substantielles. La prohibition des modifications substantielles du contrat s'applique quelle que soit la nature de l'acte introduisant des conditions nouvelles.

L'appréciation de la validité des modifications envisagées doit s'effectuer au cas par cas, en fonction des circonstances de fait propres à chaque espèce. Le pouvoir adjudicateur doit procéder à une évaluation quantitative de l'évolution induite ainsi qu'à une analyse de la portée des modifications qu'il introduit dans le contrat initial.

Ce nouveau cadre juridique régissant l'interdiction de modifier substantiellement les contrats en cours d'exécution n'est pas sensiblement différent du droit interne préexistant. En effet, si un marché public pouvait faire l'objet d'adaptations au cours de son exécution, ces dernières ne devaient pas changer son objet ou bouleverser son économie initiale.

A cet égard, un avenant est susceptible de changer l'objet du marché, constituant ainsi un nouveau contrat qui doit être soumis aux règles de la commande publique, dès lors qu'il introduit des prestations nouvelles ou non prévues dans le marché originaire et dissociables des prestations initiales²⁹ ou modifie dans une proportion importante la nature des prestations³⁰.

S'agissant des contrats de concession, le Conseil d'Etat a précisé, dans un avis daté de 2005³¹, les conditions de légalité d'un avenant à une délégation de service public. Pour être régulier, l'avenant ne doit ainsi ni modifier l'objet ou la nature du contrat, ni modifier substantiellement les éléments essentiels de la délégation tels que sa durée ou le volume des investissements mis à la charge du concessionnaire.

²⁶ S'agissant des marchés publics : CJUE, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, précité, s'agissant des contrats de concession : CJUE, 27 octobre 2009, *Wall AG/Stadt Frankfurt am Main*, précité.

²⁷ CJUE, 29 avril 2010, *Commission/RFA*, aff. C-160/08.

²⁸ Les hypothèses dans lesquelles la cession d'un contrat est autorisée sont précisées au point 1.4 de la présente fiche.

²⁹ CE, 30 janvier 1995, *Sté Viafrance*, n°151099 ; CE, 28 juillet 1995, *Préfet de la région Ile-de-France c/ société de gérance Jeanne d'Arc*, n°143438.

³⁰ CE, sect. Fin., avis, 8 juin 2000, n° 364803.

³¹ CE, sect. TP, avis, 19 avr. 2005, n° 371234 ; voir également : CE, sect. Fin., avis, 8 juin 2000, précité.

Il n'est ainsi pas possible de modifier de manière substantielle le risque d'exploitation pesant sur le concessionnaire qui constitue un élément essentiel de la délégation de service public³², en réduisant, par exemple, de manière significative les charges du délégataire³³.

En outre, eu égard à l'entrée en vigueur de la nouvelle réglementation régissant les cessions de contrat de la commande publique, il est fort probable que le juge national considère l'identité du cocontractant de l'administration comme étant également un élément essentiel du marché public ou du contrat de concession dont la modification conduit à la novation du contrat. La cession d'un contrat au profit d'un tiers, juridiquement distinct du titulaire initial, ne sera regardée comme étant régulière que si elle relève de l'une des deux hypothèses évoquées à l'article 139-4° du décret relatif aux marchés publics et à l'article 36-4° du décret du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concession³⁴.

En cas de modifications substantielles, le pouvoir adjudicateur pourra résilier son contrat³⁵ et relancer une nouvelle procédure de publicité et de mise en concurrence.

3. La publication d'un avis de modification du contrat limitée à certaines hypothèses

Dans un souci de transparence des procédures, l'acheteur public ou l'autorité concédante doit publier un avis de modification du marché public ou du contrat de concession au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE) dans les deux cas suivants : pour les travaux, fournitures et services supplémentaires et lorsque des modifications sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues.

Le cas particulier des anciens marchés complémentaires de travaux ou de service

En application du 5° du II de l'article 35 du code des marchés publics, du 5° du II de l'article 35 du décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 modifié fixant les règles applicables aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'article 3 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics ainsi que du 6° du II de l'article 7 du décret n° 2005-1308 du 20 octobre 2005 modifié relatif aux marchés passés par les entités adjudicatrices mentionnées à l'article 4 de la même ordonnance, il était possible de passer un marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables dans les conditions suivantes :

« Pour les marchés complémentaires de services ou de travaux qui consistent en des prestations qui ne figurent pas dans le marché initialement conclu mais qui sont devenues nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue, à l'exécution du service ou à la réalisation de l'ouvrage tel qu'il est décrit dans le marché initial, à condition que l'attribution soit faite à l'opérateur économique qui a exécuté ce service ou réalisé cet ouvrage :

« a) Lorsque ces services ou travaux complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché principal sans inconvénient majeur pour l'entité adjudicatrice ;

« b) Lorsque ces services ou travaux, quoiqu'ils soient séparables de l'exécution du marché initial, sont strictement nécessaires à son parfait achèvement »³⁶.

³² CAA Paris, 17 avril 2007, *Sté Kéolis*, n° 06PA02278.

³³ CAA Marseille, 7 avril 2008, *Cie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau*, n° 05MA01756.

³⁴ Voir le point 1.4 de la présente fiche.

³⁵ Article 65 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

Bien que la possibilité de recourir à des marchés complémentaires soit liée au marché public initial, ces contrats doivent en être distingués. Ils constituent en effet un marché public en eux-mêmes, distincts du marché public initial.

Ainsi, dès lors que la consultation du titulaire du marché public initial sera lancée après l'entrée en vigueur des nouveaux textes, ces marchés ne seraient plus conclus en application du code des marchés publics ou des décrets d'application de l'ancienne ordonnance de 2005, mais en application de la nouvelle réglementation.

Or, en application des nouvelles directives 2014/24/UE et 2014/25/UE, ces hypothèses ne sont plus des cas de recours à un marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables mais des cas ouvrant la possibilité de modifier le contrat en cours d'exécution³⁷.

La difficulté vient de ce que les dispositions de la nouvelle réglementation des marchés publics relatives à la modification des contrats en cours d'exécution ne s'appliquent qu'aux marchés publics qui ont été conclus en application de ces mêmes textes. Dans ces conditions, il n'est plus envisageable, à compter de l'entrée en vigueur des nouveaux textes, de conclure un marché complémentaires de services selon une procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence, pour acheter des services complémentaires à un marché public conclu sous l'empire du code des marchés publics, quand bien même les conditions prévues par l'ancienne réglementation seraient réunies.

Toutefois, dans une telle hypothèse, il est juridiquement envisageable de conclure un avenant au marché public initial afin de commander ces prestations complémentaires, dans la mesure où les conditions qui permettraient de recourir à la conclusion d'un marché complémentaires de services ou de travaux prévues par l'ancienne réglementation seraient réunies. En effet, ces conditions sont plus strictes que celles qui autorisent la modification d'un marché public en cours d'exécution pour commander des services supplémentaires en application de la nouvelle réglementation.

³⁶ On notera que, pour les marchés publics de défense ou de sécurité, cette possibilité prévue au 10° du II de l'article 208 du code des marchés publics demeure prévue par le 11° de l'article 23 du décret n° 2016-361 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics de défense ou de sécurité, la directive 2009/81/CE relative à ces marchés publics particuliers n'ayant pas été modifiée.

³⁷ Voir le 2° du I de l'article 139 du décret n° 2016-360.