

FICHE

Les modalités de modification des contrats en cours d'exécution

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 et l'[article 137](#) du décret n° 2016-361 relatif aux marchés publics de défense ou de sécurité 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 s'appliquent aussi aux 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.

De façon générale, les prestations supplémentaires ou modificatives commandées par ordre de service doivent faire l'objet d'une juste rémunération du titulaire⁴, et ce dès leur début d'exécution. Les pratiques consistant à émettre un ordre de service portant sur des prestations non prévues dans le marché sans les valoriser financièrement ou de tarder dans leur valorisation doivent être rigoureusement proscrites. Elles mettent en péril la confiance indispensable entre les parties, peuvent nuire aux conditions de délivrance des prestations et peuvent entraîner l'apparition d'une action contentieuse.

En matière de travaux, l'article 14 du CCAG Travaux, relatif au règlement du prix des prestations supplémentaires ou modificatives, organise les modalités de cette rémunération.

Le maître d'œuvre propose dans l'ordre de service notifiant les prestations supplémentaires ou modificatives, ou dans un autre ordre de service intervenant au plus tard quinze jours après, des prix pour le règlement de ces travaux, qui sont soit des prix forfaitaires, soit des prix unitaires.

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

² [Art. 188](#) du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics et [Art. 154](#) du décret n° 2016-361 du 25 mars 2016 relatif aux marchés de défense ou de sécurité.

³ [Art. 78](#) de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession.

⁴ [CE, 17 février 1978, Compagnie française d'entreprises, n°99436.](#)

Ces prix, qui ne sont pas fixés définitivement, sont arrêtés par le maître d'œuvre après consultation du titulaire. Ils sont obligatoirement assortis d'un sous-détail, s'il s'agit de prix unitaires, ou d'une décomposition, s'il s'agit de prix forfaitaires.

Ces prix sont appliqués pour l'établissement des décomptes. Ils n'exigent ni l'acceptation préalable du titulaire, ni celle du représentant du pouvoir adjudicateur. Ils doivent permettre de rémunérer le titulaire à un niveau le plus proche possible du prix qui sera arrêté finalement.

Pour l'établissement des décomptes concernés, le titulaire est réputé avoir accepté les prix qui ont été fixés par l'ordre de service, si, dans le délai de trente jours suivant l'ordre de service qui lui a notifié ces prix, il n'a pas présenté d'observation au maître d'œuvre en indiquant, avec toutes justifications utiles, les prix qu'il propose. Lorsque le représentant du pouvoir adjudicateur et le titulaire sont d'accord pour arrêter les prix définitifs, ceux-ci font l'objet d'un avenant au marché. Cet avenant doit respecter les dispositions de l'article 139 du décret n°2016-360.

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)⁵. L'acheteur ou l'autorité concédante 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 36 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 contrat⁶.

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 avis⁷.

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, l'acheteur ou l'autorité concédante 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.

L'acheteur et l'autorité concédante sont donc dans l'obligation d'informer les candidats potentiels dans les documents de la consultation du réexamen éventuel de certaines conditions d'exécution du 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 contrat⁸. Les conditions de sa mise en œuvre

⁵ CJCE, 19/06/2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, Aff. C-454/06 ; CJUE, 27 octobre 2009, *Wall AG/Stadt Frankfurt am Main*, Aff. C-91/08.

⁶ Art. 65 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et Art. 55 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession.

⁷ Art. L. 1414-4 du CGCT modifié par les dispositions de l'Art. 101 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et Art. L. 1411-6 du CGCT modifié par les dispositions de l'Art. 58 de l'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession.

⁸ 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.

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 concurrence⁹.

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 optionnelles¹⁰, les reconductions¹¹ ou encore les prestations complémentaires¹².

Attention toutefois, les effets d'une clause de réexamen assimilable à une option doivent, en application des dispositions relatives à l'évaluation du besoin, être pris en compte afin de déterminer la procédure applicable. Tel serait, par exemple, le cas d'une clause qui prévoirait, dans l'hypothèse de la survenance d'un événement défini (par exemple, une vague exceptionnelle de grand froid dans le cadre d'un marché public relatif à la mise à disposition de logement dans le cadre de l'hébergement d'urgence), une augmentation exceptionnelle du volume de commande. Cette « réserve », qui peut s'exprimer sous la forme d'un pourcentage maximal d'augmentation, devra être prise en compte lors du calcul de la valeur estimée du besoin auquel le marché public répond, y compris si rien n'assure que la clause en question sera mise en œuvre. Cela permettra également de prévenir toute défaillance du cocontractant qui, en signant le contrat, se sera engagé à fournir des prestations dans la limite des variations envisagées.

La liberté laissée à l'acheteur ou à l'autorité concédante dans le choix du caractère impératif ou non du déclenchement d'une clause de réexamen vaut également pour les modalités concrètes de l'application de cette clause. Deux hypothèses peuvent être distinguées :

- La clause de réexamen est rédigée de telle manière que la survenance d'un événement précis entraîne une modification dont la teneur a été prévue dans les documents contractuels initiaux. Tel est en général le cas pour une clause de révision des prix dont la formule de révision est déterminée dans le contrat initial ou pour la mise en œuvre d'une tranche optionnelle dont les conditions de déclenchement et les conséquences matérielles et financières ont pu être fixées lors de la conclusion du marché.

Dans un tel cas, le pouvoir adjudicateur peut mettre en œuvre la clause de réexamen de façon unilatérale puisque l'étendue de la modification a été acceptée par son cocontractant lors de la signature du contrat. Cette décision unilatérale peut être matérialisée par l'envoi d'un courrier. Une telle solution, qui présente l'avantage de la prévisibilité pour les parties, doit être privilégiée lorsqu'elle est envisageable.

- La clause de réexamen est rédigée de telle manière qu'elle s'apparente à une « clause de rendez-vous ». Ainsi, il est seulement prévu que la survenance d'un événement précis conduira les parties à renégocier les termes du contrat.

Dans ce cas de figure, l'acheteur ou l'autorité concédante doit prévoir dans les documents contractuels initiaux les modalités de mise en œuvre de cette négociation. Si les parties s'accordent sur la modification du contrat il sera nécessaire de matérialiser cet accord de volonté dans un avenant. Par ailleurs, le contrat devra prévoir les conséquences sur la poursuite du contrat d'un éventuel désaccord persistant entre les parties.

Une telle option comporte le risque que, faute d'accord, la modification du contrat ne soit finalement adoptée. Elle est adaptée lorsque la teneur des modifications ne peut être initialement prévue et notamment dans le cas d'un changement des références figurant au bordereau des prix unitaires. En effet, dans un tel cas, s'il est possible de déterminer, dès la conclusion du contrat, les événements pouvant nécessiter un changement de référence il est en revanche plus délicat de se prononcer sur les nouvelles références dès le début (fournitures informatiques notamment).

De même, une clause de renégociation pourrait être envisagée dans le cas d'une modification des montants minimum ou maximum des accords-cadres. À cet égard, le considérant 111 de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 qui précise que la clause de réexamen ou d'option ne doit pas laisser au pouvoir adjudicateur « toute latitude » en matière de modification du contrat ne semble *a priori* pas exclure l'augmentation ou la diminution des montants

⁹ [Rég. Min, n° 49419, JOAN, 01^{er} avril 2014, p. 3034](#); [Rég. Min., n°09277, JO Sénat, 4 décembre 2003, p 2934](#).

¹⁰ [Art. 77](#) du décret n° 2016-360.

¹¹ [Art. 16](#) du décret n° 2016-360.

¹² [Rég. min., n° 58686, JOAN, 5 août 2014, p 6731](#) : Il s'agira dans cette hypothèse de marchés complémentaires de fournitures (4° du I de l'Art. 30 du décret n° 2016-360) et de marchés de travaux ou de services ayant pour objet la réalisation de prestations similaires (7° du I de l'Art. 30 du décret n° 2016-360).

minimum et maximum d'un accord cadre par le biais d'une clause de réexamen autre qu'une clause de variation des prix. Ce considérant prend ainsi l'exemple d'une clause « *suffisamment claire* » permettant « *de prévoir des adaptations du marché rendues nécessaires par des difficultés techniques apparues pendant l'utilisation ou l'entretien* ».

La clause de réexamen peut s'avérer un outil très utile dans le cadre, par exemple, de marchés publics relatifs à l'acquisition de fournitures sujettes à des évolutions techniques constantes. Ainsi, par exemple, il est possible de prévoir que, un mois avant la date d'anniversaire de l'entrée en vigueur du marché public, un rendez-vous sera organisé entre le titulaire et l'acheteur pour discuter de la mise à jour des matériels proposés dans le cadre de d'un accord-cadre, afin de présenter les nouveaux modèles et la fin de la production de ceux prévus dans le cadre de ce contrat. Ce rendez-vous permettra de discuter des éventuelles substitutions d'un modèle à un autre, dans des limites d'évolution de performance et de prix à déterminer dans le contrat initial. La clause pourra prévoir qu'en cas d'accord entre les parties, dans les limites ainsi définies, un avenant sera conclu pour acter ces modifications.

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

L'acheteur ou l'autorité concédante peut inclure, dans un marché public existant, des travaux, services ou fournitures supplémentaires ou, dans un contrat de concession, des travaux ou services supplémentaires, qui sont devenues nécessaires dans la mesure où ces prestations supplémentaires n'entraîneraient pas une augmentation du contrat initial 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 public de fournitures, l'acheteur pourra recourir, dans l'hypothèse où les livraisons complémentaires envisagées impliqueraient une augmentation du marché public supérieure à 50% du montant initial, à une procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence prévue au 4° du I de l'article 30 du décret¹³.

1.3. Les modifications sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues

En application du 3° de l'article 139 du décret sur les marchés publics, du 3° de l'article 137 du décret sur les marchés publics de défense ou de sécurité et du 3° de l'article 36 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 acheteur ou une autorité concédante, bien qu'ayant fait preuve d'une diligence raisonnable lors de la préparation du contrat 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-ci¹⁴.

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 public. Ces sujétions techniques imprévues présentaient un caractère exceptionnel, imprévisible lors de la conclusion du contrat et la cause devait être extérieure aux parties¹⁵. Toutefois, contrairement à l'article 20 du code des marchés publics qui prévoyait que les avenants faisant suite à des sujétions techniques imprévues pouvaient être conclus quel que soit le montant de la modification en résultant, le décret n° 2016-360 dispose que la

¹³ Voir la fiche technique « [Les marchés publics négociés sans publicité ni mise en concurrence](#) ».

¹⁴ Cons. 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.

¹⁵ [CE, 30 juillet 2003, Commune de Lens, n° 223445](#).

modification doit être limitée à 50 % du montant du marché initial et ne doit pas altérer la nature globale du contrat. Par ailleurs, lorsque plusieurs modifications successives sont opérées, le calcul de cette limite s'effectue au regard de chaque modification¹⁶. A cet égard, il convient de préciser que l'acheteur ne saurait recourir à des modifications successives dans le but de se soustraire aux obligations de publicité et de mise en concurrence telles qu'imposées par les règles relatives à la commande publique.

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

La substitution du titulaire d'un contrat 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 concurrence¹⁷.

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 contrat¹⁸. L'acheteur ou l'autorité concédante 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 considéré comme étant régulière la substitution du titulaire d'un marché public par un autre opérateur économique dans le cadre d'opérations de « réorganisation administrative de nature purement interne du cocontractant du pouvoir adjudicateur »¹⁹. A cet égard, si le nouveau cocontractant est en relation de quasi-régie avec l'entreprise cédante²⁰, la cession du contrat s'analyse en réalité comme une simple réorganisation administrative, laquelle ne modifie pas de manière essentielle les termes du marché public 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 européennes 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'insolvabilité²¹.

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

La modification²² qui n'excède pas 10 % du montant initial s'il s'agit d'un marché public de fournitures ou de services²³ ou d'un contrat de concession²⁴, 15 % s'agissant des marchés publics de travaux²⁵, et ne dépasse pas les seuils de procédures formalisées²⁶, n'est pas substantielle.

¹⁶ I de l'Art. 140 du décret marchés publics, 3° du I de l'Art. 137 du décret marchés publics de défense ou de sécurité et II de l'Art. 37 du décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016 relatif aux concessions.

¹⁷ CJCE, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, préc., pt. 40.

¹⁸ Concl. Y. BOT sous CJUE, 27 octobre 2009, *Wall AG/Stadt Frankfurt am Main*, Aff. C-91/08, pts. 67 à 72.

¹⁹ CJCE, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, préc., pt. 57.

²⁰ CJCE, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, préc., pt. 57.

²¹ Par exemple une liquidation judiciaire suivie d'un plan de cession.

²² Cette modification peut consister en une augmentation ou en une baisse du montant du contrat initial.

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 dès lors 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, l'acheteur ou l'autorité concédante doit prendre en compte la valeur cumulée des modifications successives majorée, par ailleurs, dans certaines hypothèses²⁷, 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 ou l'autorité concédante 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 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.

S'inspirant très largement de la jurisprudence européenne²⁸, 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 contrat 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 public ou le contrat de concession, dans une mesure importante, à des services non initialement prévus²⁹ ;
- lorsqu'elle change l'équilibre économique du contrat en faveur du titulaire, d'une manière qui n'était pas prévue dans les termes du marché initial.
- en cas de changement de cocontractant sauf exceptions³⁰.

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.

²³ 6° de l'[Art. 139](#) du décret sur les marchés publics et 6° de l'[Art. 137](#) du décret sur les marchés publics de défense ou de sécurité. .

²⁴ 6° de l'[Art. 36](#) du décret relatif aux contrats de concession.

²⁵ 6° de l'[Art. 139](#) du décret sur les marchés publics et 6° de l'[Art. 137](#) du décret sur les marchés publics de défense ou de sécurité.

²⁶ 6° de l'[Art. 139](#) du décret sur les marchés publics, 6° de l'[Art. 36](#) du décret relatif aux contrats de concession et 6° de l'[Art. 137](#) du décret sur les marchés publics de défense ou de sécurité.

²⁷ 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 notamment le 6° de l'[Art. 139](#) du décret sur les marchés publics)

²⁸ S'agissant des marchés publics : [CJCE, 19 juin 2008, Presstext Nachrichtenagentur GmbH](#), préc., s'agissant des contrats de concession : [CJUE, 27 octobre 2009, Wall AG/Stadt Frankfurt am Main](#), préc.

²⁹ [CJUE, 29 avril 2010, Commission contre République fédérale d'Allemagne, Aff. C-160/08](#).

³⁰ Les hypothèses dans lesquelles la cession d'un contrat est autorisée sont précisées au point 1.4 de la présente fiche.

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. L'acheteur ou l'autorité concédante 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 contrat de la commande publique 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 public, 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 public originaire et dissociables des prestations initiales³¹ ou modifie dans une proportion importante la nature des prestations³².

S'agissant des contrats de concession, le Conseil d'Etat a précisé, dans un avis daté de 2005³³, 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.

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 public³⁴, en réduisant, par exemple, de manière significative les charges du délégataire³⁵.

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 aux 4° de l'[article 139](#) du décret relatif aux marchés publics, de l'[article 139](#) du décret relatif aux marchés publics de défense ou de sécurité ou de l'[article 36](#) du décret du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concession³⁶.

En cas de modifications substantielles, le pouvoir adjudicateur ou l'autorité concédante devra résilier son contrat³⁷ 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 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 ou services supplémentaires en cas de contrat de concession, pour les travaux, fournitures ou services supplémentaires en cas de marché public ;
- lorsque des modifications sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues.

³¹ 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.

³² CE, Sect. Fin., avis, 8 juin 2000, n° 364803.

³³ CE, Sect. TP, avis, 19 avr. 2005, n° 371234 ; voir également : CE, Sect. Fin., avis, 8 juin 2000, préc.

³⁴ CAA Paris, 17 avril 2007, *Sté Kéolis*, n° 06PA02278.

³⁵ CAA Marseille, 7 avril 2008, *Cie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau*, n° 05MA01756.

³⁶ Voir le point 1.4 de la présente fiche.

³⁷ [Art. 65](#) de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et [Art. 55](#) de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession.

4. 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 »³⁸.

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'exécution³⁹.

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 complémentaire de services ou de travaux selon une procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence, pour acheter des services ou travaux 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 permettaient de recourir à la conclusion d'un marché complémentaire 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.

³⁸ On notera que, pour les marchés publics de défense ou de sécurité, cette possibilité prévue au 10° du II de l'Art. 208 du code des marchés publics demeure prévue par le 11° de l'Art. 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.

³⁹ Voir le 2° du I de l'Art. 139 du décret n° 2016-360.