

FICHE

## Les modalités de modification des contrats en cours d'exécution

Si le code de la commande publique ne fait pas 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, pour les contrats de la commande publique présentant le caractère de contrat administratif, a toujours la possibilité d'user de son pouvoir de modification unilatérale. Cette faculté, dégagée par la jurisprudence<sup>1</sup>, a été codifiée à l'article [L. 2194-2](#) pour les marchés publics et à l'article [L. 3135-2](#) pour les contrats de concession lesquels prévoient que lorsque l'administration procède à une telle modification le cocontractant a droit au maintien de l'équilibre financier. Ce pouvoir, détenu par l'administration même sans stipulation contractuelle et qu'elle ne peut exercer qu'en cas de motif d'intérêt général, ne peut, toutefois, modifier substantiellement le contrat initial<sup>2</sup>. 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, , s'agissant des marchés publics, les articles [L. 2194-1](#) et [L. 2194-2](#) et [R. 2194-1](#) à [R. 2194-9](#) du code de la commande publique 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<sup>er</sup> avril 2019<sup>3</sup>. En revanche, les articles [L. 3135-1](#) et [L. 3135-2](#) et [R. 3135-1](#) à [R.3135-9](#) du code s'appliquent aussi aux modifications réalisées à compter du 1<sup>er</sup> avril 2019 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<sup>er</sup> avril 2019<sup>4</sup>.

La présente fiche ne traite que des modifications conventionnelles des contrats de la commande publique.

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

---

<sup>1</sup> CE, Sect., 11 mars 1910, Cie générale française des tramways, n° 16178 ; CE, Sect., 2 février 1983, Union des transports publics, n° 34027.

<sup>2</sup> CE, 17 février 1978, *Compagnie française d'entreprises*, n° 99436 ; CE, 14 mars 1980, *CITREM*, n° 03417.

<sup>3</sup> 1° de l'Art. 20 de n° 2018-1074 l'ordonnance du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique et 1° de l'Art. 16 du décret n° 2018-1075 du 3 décembre portant partie réglementaire du code de la commande publique.

<sup>4</sup> 2° de l'Art. 20 de n° 2018-1074 l'ordonnance du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique et 2° de l'Art. 16 du décret n° 2018-1075 du 3 décembre portant partie réglementaire du code de la commande publique.

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)<sup>5</sup>.

Conformément aux dispositions de l'article L. 2194-1 du code de la commande publique, relatives à l'ensemble des marchés, y compris ceux de défense ou de sécurité<sup>6</sup>, et à celles de l'article L. 3135-1 du même code pour les contrats de concession, l'acheteur ou l'autorité concédante peut, en cours d'exécution, modifier régulièrement son contrat initial sans nouvelle procédure de mise en concurrence lorsque l'une des conditions suivantes est remplie :

- les modifications ont été prévues dans les documents contractuels initiaux (1.1) ;
- des travaux, fournitures ou services supplémentaires sont devenus nécessaires (1.2) ;
- les modifications sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues (1.3) ;
- un nouveau titulaire se substitue au titulaire initial du marché (1.4) ;
- les modifications ne sont pas substantielles (1.5) ;
- les modifications sont de faibles montants (1.6).

Les modifications envisagées doivent intervenir dans le respect des conditions précisées dans la partie réglementaire du code à savoir, s'agissant des marchés (y compris de défense ou de sécurité)<sup>7</sup> des articles R. 2194-1 à R. 2194-9 du code et, s'agissant des contrats de concessions, des articles R. 3135-1 à R. 3135-9 du code.

Elles ne sauraient, par ailleurs et en tout état de cause, « changer la nature globale du contrat »<sup>8</sup>.

Tout projet d'avenant à un marché d'une collectivité territoriale, d'un groupement de collectivités territoriales ou 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, en outre, être soumis pour avis à la commission d'appel d'offres lorsque le marché initial avait lui-même été soumis à cette commission. L'assemblée délibérante qui statue le cas échéant est préalablement informée de cet avis<sup>9</sup>. S'agissant des délégations de service public passées par ces mêmes acheteurs, tout projet d'avenant entraînant une augmentation du montant global supérieure à 5% doit être préalablement soumis, pour avis, à la commission de délégation de service public prévue à l'article L. 1411-5 du CGCT, l'assemblée délibérante se prononçant obligatoirement sur ce projet d'avenant au vu de cet avis préalable<sup>10</sup>.

Enfin, il convient de rappeler que, pour tous les marchés publics y compris de défense ou de sécurité<sup>11</sup>, en application de l'article R. 2121-3 du code, la valeur du besoin à prendre en compte est celle estimée au moment de l'envoi de l'avis d'appel à concurrence ou, en l'absence d'un tel avis, au moment où l'acheteur engage lance la consultation. De la même façon pour les contrats de concession, la valeur du contrat à prendre en considération est celle estimée au moment de l'envoi de l'avis de concession, ou, dans le cas où un tel avis n'est pas prévu, au moment où l'autorité concédante engage la procédure de passation, conformément aux dispositions de l'article R. 3121-4 du code. En conséquence, le fait qu'une modification du contrat en cours d'exécution ait pour effet de rendre son montant supérieur aux seuils européens n'a pas de conséquence juridique, à condition que le calcul de la valeur estimée du besoin auquel ce contrat répond ait été opéré dans le respect des dispositions applicables.

Les dispositions relatives aux modifications des contrats en cours comportent parfois des seuils en-deçà desquels la modification bénéficie d'une présomption de régularité (pour les marchés Art. R. 2194-8 du code et, pour les contrats de concession, Art. R. 3135-8). En effet, en dessous de ces seuils, le contrat en cause « peut être modifié », sans qu'il soit nécessaires de vérifier si la modification revêt un caractère « substantiel » au sens de l'article R. 2194-7 du code de la commande publique.

Toutefois, cette présomption de régularité qui s'attache au seul montant de la modification, n'est pas irréfragable. Bien qu'inférieure à ces seuils, la modification pourrait être qualifiée de modification irrégulière du contrat, au regard d'autres

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> L'article L. 2394-1 du code, relatif à la modification des marchés de défense ou de sécurité, renvoie en effet aux dispositions relatives à la modification des marchés publics classiques.

<sup>7</sup> Art. R. 2394-1 du code de la commande publique.

<sup>8</sup> Art. L. 2194-1 (marchés) et L. 3135-1 (concessions) du code de la commande publique.

<sup>9</sup> Art. L. 1414-4, du CGCT.

<sup>10</sup> Art. L. 1411-6 du CGCT.

<sup>11</sup> Art. R. 2321-2 du code prévoit en effet que les dispositions de l'Art. R. 2121-3 du code s'appliquent.

critères. En effet, les articles L. 2194-1 et L. 3135-1 du code posent comme principe qu'une modification ne saurait changer la nature globale du marché ou de la concession, quand bien même elle serait inférieure aux seuils précités.

Les impacts en termes financiers ne sont donc pas les seuls à prendre en compte pour apprécier la régularité d'une modification.

Ainsi, les modifications doivent, en toute hypothèse, demeurer justifiées et proportionnées aux objectifs poursuivis. Ce n'est pas parce que le seuil prévu par ces textes serait respecté que la modification pourrait ne pas entraîner un changement de la nature globale du marché. Ainsi, prévoir par avenant une modification, sans impact financier, qui impacterait fortement le calendrier d'exécution des prestations ou encore qui modifierait en profondeur les modalités de sanction de la méconnaissance des obligations contractuelles sera, en toute hypothèse, considéré comme irrégulier.

De même, un cumul de modifications pourrait aboutir à une modification irrégulière sans pour autant que, par addition des montants, le seuil en-deçà duquel la modification est présumée régulière soit franchi. Ainsi, les impacts en termes financiers ne sont pas les seuls à prendre en compte. À titre d'exemple, dans le cadre d'un projet complexe, il pourrait être envisagé de procéder, par avenant, à une répartition des sommes non consommées sur certains postes au bénéfice de nouveaux postes ou de postes de dépense existants. Un tel avenant ne modifierait pas le montant initial du marché public. Dans ces conditions, il conviendrait néanmoins de vérifier que ces modifications ne remettent pas en cause les modifications déjà opérées. En particulier, il semble nécessaire de vérifier que les sommes qui seraient ainsi réorganisées entre les différents postes de dépense ne sont pas des sommes issues des précédents avenants d'augmentation du montant global du contrat qui n'auraient pas été utilisées. Les augmentations en question ont pu être justifiées par des considérations qui pourraient ne pas être recevables pour justifier leur nouvelle répartition sur d'autres postes de dépense. Il conviendrait aussi de vérifier que ces répartitions n'obèrent pas des dépenses futures et n'imposent pas, en particulier, dans les mois d'exécution restants, de conclure de nouveaux avenants. Par exemple, il ne faudrait pas tirer sur les sommes prévues pour la maintenance d'un programme informatique alors qu'il est, à cette date, à peu près certain qu'il sera nécessaire de prolonger la durée du contrat initial et donc de prévoir un allongement des prestations de maintenance.

De la même manière, une modification excédant ces seuils ne se traduit pas nécessairement par une irrégularité de l'avenant ou de la décision de modification unilatérale. Dans une telle hypothèse, les dispositions des [articles R. 2194-7](#) (marchés) ou l' [R. 3135-7](#) (concessions) du code jouent pleinement (voir ci-dessous) et pourraient permettre la conclusion d'un avenant.

### 1.1. L'existence d'une clause de réexamen dans le contrat initial (hypothèses du 1° de l'article L. 2194-1 pour les marchés et 1° de l'article L. 3135-1 pour les concessions)

Les conditions dans lesquelles cette modification peut intervenir sont précisées à l'[article R. 2194-1](#) du code pour les marchés, publics y compris ceux de défense ou de sécurité, et à l'[article R. 3135-1](#) pour les concessions.

Les modifications d'un contrat, quels que soient leurs montants, sont dispensées d'une nouvelle procédure de publicité et de mise en concurrence dès lors qu'elles ont été prévues dans les documents du contrat initial sous la forme de clauses de réexamen. Ces clauses doivent être rédigées de façon claire, précise et sans équivoque. À 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. Ce dernier 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, son équilibre financier. 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 concurrence<sup>12</sup>

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. Cette notion d'option recouvre notamment les tranches optionnelles<sup>13</sup>, les reconductions<sup>14</sup> ou encore les prestations complémentaires<sup>15</sup>.

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, une augmentation exceptionnelle du volume de commande (par exemple, une vague exceptionnelle de grand froid dans le cadre d'un marché public relatif à la mise à disposition de logements pour assurer un hébergement d'urgence). 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 d'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 par 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

<sup>12</sup> [Rép. Min., n° 49419, JOAN, 01<sup>er</sup> avril 2014, p. 3034](#) ; [Rép. Min., n°09277, JO Sénat, 4 décembre 2003, p. 2934](#).

<sup>13</sup> Art. R. 2113-4 à R. 2113-6 du code de la commande publique.

<sup>14</sup> Art R. 2112-4 du code de la commande publique.

<sup>15</sup> [Rép. min., n° 58686, JOAN, 5 août 2014, p. 6731](#) : Il s'agira dans cette hypothèse de marchés complémentaires de fournitures (Art. R. 2122-4 du code de la commande publique) et de marchés de travaux ou de services ayant pour objet la réalisation de prestations similaires (Art. R. 2122-7 du code de la commande publique).

de modification du contrat, ne semble *a priori* pas exclure l'augmentation ou la diminution des montants 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 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.

Il convient d'insister sur la distinction entre la clause de réexamen et le dispositif de détermination du prix définitif dans le cadre des marchés publics donnant lieu à un prix provisoire en application des articles R. 2112-15 à R. 2112-18 du code pour les marchés publics de droit commun et R. 2312-13 à R. 2312-14 pour les marchés de défense ou de sécurité.

### ***1.2. Les modifications sont justifiées par des prestations supplémentaires sous réserve de satisfaire certaines conditions (hypothèses du 2° de l'article L. 2194-1 du code pour les marchés et du 2° de l'article L. 3135-1 du code pour les concessions)***

La mise en œuvre de cette hypothèse est précisée, s'agissant des marchés publics y compris de défense ou de sécurité aux articles R. 2194-2 à R. 2194-4 du code de la commande publique et, pour les contrats de concessions, aux articles R. 3135-2 à R. 3135-4 du même code.

En application de ces dispositions, 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 devenus nécessaires et ne figuraient pas dans le contrat initial à la condition commune aux acheteurs et autorités concédantes qu'un changement de contractant soit impossible pour des raisons économiques ou techniques tenant notamment à des exigences d'interchangeabilité ou d'interopérabilité avec les équipements, services ou installations existants acquis dans le cadre du contrat initial

Seule la première des conditions qui figuraient au 2° I de l'article 139 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, au 2° du I de l'article 137 du décret n° 2016-361 et au 2° de l'article 36 du décret n° 2016-86 est reprise dans le code. La seconde condition, qui requerrait la démonstration qu'un changement de titulaire présenterait un inconvénient majeur ou entraînerait une augmentation substantielle des coûts pour l'acheteur ou l'autorité concédante, a été supprimée sans que cette modification rédactionnelle emporte changement de la règle applicable. Il a en effet été considéré que la réalisation de la première condition, à savoir l'impossibilité de changer de titulaire, entraînait nécessairement la réalisation de la seconde.

Lorsque le contrat est conclu par un pouvoir adjudicateur, les modifications effectuées ne doivent pas entraîner une augmentation du contrat supérieure à 50% du montant initial<sup>16</sup>. Si plusieurs modifications successives sont réalisées, cette limite a vocation à s'appliquer au montant de chaque modification<sup>17</sup>. Pour le calcul de ce montant, l'acheteur tient compte de la mise en œuvre de la clause de variation des prix<sup>18</sup>. Ainsi, lorsque l'application de la clause de variation

<sup>16</sup> Pour les marchés, Art. R. 2194-3 du code et, pour les concessions, Art. R. 3135-3 du code.

<sup>17</sup> Pour les marchés, Art. R. 2194-3 du code et, pour les concessions, Art. R. 3135-3 du code.

<sup>18</sup> Art. R. 2194-4 du code.

des prix a augmenté le montant du marché initial de 4%, la valeur de la modification est calculée à partir du prix initial augmenté de 4%<sup>19</sup>.

S'agissant spécifiquement des contrats de concession, l'autorité concédante doit se fonder sur le montant actualisé du contrat<sup>20</sup>.

Dans le cadre d'un marché public de fournitures, le pouvoir adjudicateur (le seuil de 50% ne s'applique pas aux entités adjudicatrices) 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 à l'article R. 2122-4 du code<sup>21</sup>. Ce seuil de 50% ne s'applique pas aux marchés passés par les entités adjudicatrices.

De façon générale, les prestations supplémentaires ou modificatives commandées par ordre de service doivent faire l'objet d'une juste rémunération du titulaire<sup>22</sup>, 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.

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 des articles R. 2194-2 à R. 2194-10 du code.

### 1.3. Les modifications sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues (hypothèses de l'article L. 2194-1 et 3° de l'article L. 3135-1 du code)

En application de l'article R. 2194-5 du code, pour les marchés publics compris de défense ou de sécurité, et de l'article R. 3135-5 du code pour les contrats de concession, l'acheteur public ou l'autorité concédante peut modifier son contrat lorsqu'il est confronté à des circonstances imprévues. 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

<sup>19</sup> QE n° 21408, JO Sénat Q 16 juin 2016, p. 2692.

<sup>20</sup> Art. R. 3135-4 du code : « (...) le montant actualisé du contrat de concession initial est le montant de référence lorsque le contrat de concession comporte une clause d'indexation. Dans le cas contraire le montant actualisé du contrat de concession initial est calculé en tenant compte de l'inflation moyenne. »

<sup>21</sup> Voir la fiche technique « Les marchés publics négociés sans publicité ni mise en concurrence ».

<sup>22</sup> CE, 17 février 1978, *Compagnie française d'entreprises*, n°99436.

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<sup>23</sup>.

La notion de « *circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir* » est plus large que l'hypothèse des sujétions techniques imprévues du code des marchés publics de 2006. Cette dernière recouvrait alors toutes les difficultés matérielles rencontrées en cours d'exécution qui présentent un caractère exceptionnel, imprévisible lors de la conclusion du contrat et dont la cause devait être extérieure aux parties<sup>24</sup>. Elle est également plus large que les notions de cas fortuit ou de force majeure puisque le caractère imprévisible exigé ne concerne que l'acheteur.

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 code de la commande publique prévoit que, lorsque que le contrat est conclu par un pouvoir adjudicateur, les modifications effectuées ne doivent pas entraîner une augmentation du montant du contrat supérieure à 50% du montant initial<sup>25</sup>. Si plusieurs modifications successives sont réalisées, cette limite a vocation à s'appliquer au montant de chaque modification<sup>26</sup>. Pour le calcul de ce montant, l'acheteur tient compte de la mise en œuvre de la clause de variation des prix<sup>27</sup>. L'autorité concédante devra se fonder sur le montant actualisé du contrat<sup>28</sup>.

Il convient de préciser que le pouvoir adjudicateur 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.

Enfin, comme souligné plus haut, le fait qu'une modification du contrat en cours d'exécution se traduise par le franchissement des seuils européen n'est pas constitutif d'une irrégularité ni ne rend irrégulier a posteriori le contrat, pour autant que le calcul de la valeur estimée du besoin initial auquel ce contrat répond a été opéré dans le respect des dispositions applicables.

#### 1.4. Le changement de cocontractant est permis uniquement dans certains cas (hypothèses du 4° de l'article L. 2194-1 et du 4° de l'article L. 3135-1 du code de la commande publique)

La substitution d'un nouvel opérateur économique au titulaire d'un contrat constitue en principe une modification substantielle du contrat et ce transfert doit, par conséquent, faire l'objet d'une nouvelle mise en concurrence<sup>29</sup>.

Pour les marchés publics y compris les marchés de défense ou de sécurité, aux termes de l'article R. 2194-6 du code et, pour les concessions, aux termes de l'article R. 3135-6, 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.

<sup>23</sup> 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.

<sup>24</sup> CE, 30 juillet 2003, *Commune de Lens*, n° 223445.

<sup>25</sup> Pour les marchés, Art. R. 2194-5 renvoie à Art. R. 2194-3 du code ; pour les contrats de concession, Art. R. 3135-5 renvoie à l'article R. 3135-3 du code.

<sup>26</sup> Pour les marchés, Art. R. 2194-5 renvoie à Art. R. 2194-3 du code ; pour les contrats de concession, Art. R. 3135-5 renvoie à Art. R. 3135-3 du code.

<sup>27</sup> Art. R. 2194-5 qui renvoie à Art. R. 2194-4 du code.

<sup>28</sup> Art. R. 3135-5 qui renvoie à Art. R. 3135-4 du code : « (...) le montant actualisé du contrat de concession initial est le montant de référence lorsque le contrat de concession comporte une clause d'indexation. Dans le cas contraire le montant actualisé du contrat de concession initial est calculé en tenant compte de l'inflation moyenne. ».

<sup>29</sup> CJCE, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, préc., pt. 40.

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 contrat<sup>30</sup>. 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 »<sup>31</sup>. A cet égard, si le nouveau cocontractant est en relation de quasi-régie avec l'entreprise cédante<sup>32</sup>, 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.

Ces dispositions réglementaires posent précisément 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'insolvabilité<sup>33</sup>.

Enfin, la position exprimée par le Conseil d'État dans son avis du 8 juin 2000<sup>34</sup> demeure applicable : l'accord préalable de l'acheteur à la cession est indispensable<sup>35</sup>.

Toutefois, cette autorisation de cession ne peut légalement être refusée pour un motif autre que ceux qui résultent des décisions du Conseil d'État statuant au contentieux. Comme indiqué dans l'avis précité, « au nombre de ces motifs figure, notamment, l'appréciation des garanties professionnelles et financières que peut présenter le nouveau titulaire du contrat pour assurer la bonne fin du contrat dans le cas d'un marché ou, dans le cas d'une délégation, de son aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public. Dès lors que l'autorisation de cession est légalement subordonnée à une telle appréciation préalable, l'on ne saurait envisager une procédure de publicité et de mise en concurrence, pouvant conduire au choix d'un nouveau titulaire du contrat. Une telle procédure n'a d'ailleurs jamais été requise par le Conseil d'État statuant au contentieux. Si, en revanche, la cession à un nouveau titulaire ou la disparition du titulaire initial, à la suite d'opérations de restructuration, aboutissant à la création de sociétés nouvelles, lui paraît de nature soit à remettre en cause les éléments essentiels relatifs au choix du titulaire initial du contrat soit à modifier substantiellement l'économie dudit contrat, la collectivité publique est en droit de refuser son autorisation de cession. Si le cédant ne croit pas devoir en poursuivre l'exécution ou s'il a disparu, le marché ou la délégation peut, ou même doit, être résilié et un nouveau contrat ne peut être passé que dans le respect des règles de publicité et de mise en concurrence ».

### **1.5. La modification envisagée n'est pas substantielle (hypothèse du 5° de l'article L. 2194-1 et 5° de l'article L. 3135-1 du code)**

Conformément, pour les marchés publics, y compris de défense ou de sécurité, aux dispositions de l'article R. 2194-7 du code, et, pour les concessions, aux dispositions de l'article R. 3135-7 du code, un contrat de la commande publique peut faire l'objet, en cours d'exécution, d'adaptations nécessaires, quel qu'en soit le montant, à condition qu'elles ne soient pas substantielles.

<sup>30</sup> [Concl. Y. BOT sous CJUE, 27 octobre 2009, Wall AG/Stadt Frankfurt am Main, Aff. C-91/08](#), pts. 67 à 72.

<sup>31</sup> [CJCE, 19 juin 2008, Presstext Nachrichtenagentur GmbH](#), préc., pt. 57

<sup>32</sup> [CJCE, 19 juin 2008, Presstext Nachrichtenagentur GmbH](#), préc., pt. 57.

<sup>33</sup> Par exemple une liquidation judiciaire suivie d'un plan de cession.

<sup>34</sup> [CE, Avis, Section des finances, n° 364 803](#) du 8 juin 2000.

<sup>35</sup> En ce sens, [CAA Bordeaux, 26 juin 2018, Société Astriam Sécurité Aquitaine](#), n° 16BX01768.

S'inspirant très largement de la jurisprudence européenne<sup>36</sup>, ces dispositions définissent, dans les mêmes termes, la notion de modification substantielle en énumérant les quatre hypothèses dans lesquelles 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<sup>37</sup> ;
- lorsqu'elle change l'équilibre économique du contrat en faveur du titulaire, d'une manière qui n'était pas prévue dans les termes du contrat initial<sup>38</sup>.
- lorsqu'elle modifie considérablement l'objet du contrat en étendant, à titre d'exemple, le marché public ou le contrat de concession, dans une mesure importante, à des services non initialement prévus<sup>39</sup> ;
- Lorsqu'elle a pour effet de remplacer le titulaire initial par un nouveau titulaire en dehors des hypothèses précitées<sup>40</sup>.

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. 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.

Ainsi en matière de marchés publics, un avenant est susceptible de changer « *considérablement* » l'objet du contrat, constituant ainsi un nouveau marché qui doit être soumis aux règles de la commande publique, dès lors qu'il introduit des prestations nouvelles ou non prévues dans le marché d'origine et dissociables des prestations initiales<sup>41</sup> ou modifie dans une proportion importante la nature des prestations<sup>42</sup>. A l'inverse, une modification limitée de l'objet du contrat ne sera pas nécessairement jugée substantielle, à condition de ne pas modifier la « *nature globale* » du marché public<sup>43</sup> et de n'entrer dans aucune des autres hypothèses de modification substantielle de l'article R. 2194-7 du code.

**Ex :** Par une décision du 20 décembre 2017, *Société Area Impianti*<sup>44</sup> rendue en application du code des marchés publics de 2001 mais dont le raisonnement est transposable pour l'essentiel aux dispositions du code de la commande publique, le Conseil d'Etat a précisé qu'une modification des règles de détermination du prix initial du contrat n'est pas nécessairement illégale.

Statuant en premier lieu au regard des dispositions du code relatives au prix du marché et précisant, comme dans les dispositions actuelles, qu'un marché est conclu à prix définitif, ferme ou révisable, le Conseil d'Etat révèle que « ces dispositions n'ont ni pour objet ni pour effet de faire par principe obstacle à ce que les parties à un marché conclu à

<sup>36</sup> S'agissant des marchés publics : CJCE, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, préc., s'agissant des concessions : CJUE, 27 octobre 2009, *Wall AG/Stadt Frankfurt am Main*, préc.

<sup>37</sup> 1° de l'Art. R. 2194-7 du code pour les marchés et 1° de l'Art. R. 3135-7 du code pour les concessions.

<sup>38</sup> 2° de l'Art. R. 2194-7 du code pour les marchés et 2° de l'Art. R. 3135-7 du code pour les concessions.

<sup>39</sup> CJUE, 29 avril 2010, *Commission contre République fédérale d'Allemagne*, Aff. C-160/08 ; 3° de l'article R. 2194-7 du code pour les marchés et 3° de l'article R. 3135-7 du code pour les concessions.

<sup>40</sup> 4° Les hypothèses dans lesquelles la cession d'un contrat est autorisée sont précisées au point 1.4 de la présente fiche.

<sup>41</sup> 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.

<sup>42</sup> CE, Sect. Fin., avis, 8 juin 2000, n° 364803.

<sup>43</sup> Article L. 2194-1 du code.

<sup>44</sup> CE, 20 décembre 2017, *Société Area Impianti*, n° 408562.

*prix définitif puissent convenir par avenant, en particulier lorsque l'exécution du marché approche de son terme, de modifier le mécanisme d'évolution du prix définitif pour passer d'un prix révisable à un prix ferme. »*

Examinant en second lieu la régularité d'un tel avenant au regard des anciennes règles encadrant les modifications des contrats, lesquelles faisaient obstacles à ce que les parties puissent apporter aux stipulations d'un marché public pendant la durée de sa validité des modifications d'une ampleur telle qu'il devrait être regardé comme un nouveau marché, le CE relève que *« la cour a pu, sans erreur de droit, considérer que la modification des règles de détermination du prix initial ne constituait pas, par elle-même, un bouleversement de l'économie du marché »*.

Le Conseil d'Etat relève enfin qu'il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué que *« l'avenant a modifié le mécanisme de fixation des prix du marché, en fin d'exécution de celui-ci, dans un sens désavantageux à son titulaire »*. Ainsi, *« la cour, qui s'est livrée à une appréciation souveraine des clauses du contrat, exempte de dénaturation, n'a pas inexactement qualifié les faits en jugeant que la suppression de la clause relative à la révision des prix ne pouvait, eu égard à sa nature et à ses effets, être regardée comme ayant bouleversé l'économie générale du marché »*.

De la même façon pour les concessions il ne faut pas que la modification change la *« nature globale »* du contrat<sup>45</sup> en étendant *« considérablement son champ d'application »*<sup>46</sup> et sous réserve, là aussi, de ne pas entrer dans les autres hypothèses de modifications substantielles prévues à l'article R. 3135-7 du code. Ainsi, il n'est 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 public<sup>47</sup>, par exemple en réduisant de manière significative les charges du délégataire<sup>48</sup>.

Le Conseil d'Etat a considéré que constituaient également des éléments essentiels du contrat qui ne peuvent en conséquence être substantiellement modifiés, sa durée ou le volume des investissements prévus<sup>49</sup> ainsi que les tarifs appliqués aux usagers<sup>50</sup>.

**Ex :** Le Conseil d'Etat par une décision du 9 mars 2018, [Compagnie des parcs et passeurs du Mont-Saint-Michel](#)<sup>51</sup>, a rappelé qu'un contrat de délégation de service public ne pouvait être modifié de façon substantielle par un avenant. Cet avenant avait pour objet la hausse des tarifs appliqués aux usagers.

Dans un considérant de principe, le Conseil d'Etat rappelle que *« les délégations de service public sont soumises aux principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, qui sont des principes généraux du droit de la commande publique »* et juge que *« pour assurer le respect de ces principes, les parties à une convention de délégation de service public ne peuvent, par simple avenant, apporter des modifications substantielles au contrat en introduisant des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient pu conduire à admettre d'autres candidats ou à retenir une autre offre que celle de l'attributaire. »* Le Conseil d'Etat précise à cet égard que les avenants *« ne peuvent notamment ni modifier l'objet de la délégation ni faire évoluer de façon substantielle l'équilibre économique du contrat, tel qu'il résulte de ses éléments essentiels, comme la durée, le volume des investissements ou les tarifs. »*

Dans le cas d'espèce, le Conseil d'Etat considère que les juges du fond ont relevé, par une appréciation souveraine des faits qui n'est entachée d'aucune dénaturation, *« que l'avenant au contrat litigieux prévoyait des hausses de tarifs comprises entre 31 et 48 %, qui se traduiraient par une augmentation de plus d'un tiers des recettes et qui allaient très*

<sup>45</sup> Art. L. 3135-1 du code de la commande publique.

<sup>46</sup> Art. R. 3135-7 du code de la commande publique.

<sup>47</sup> CAA Paris, 17 avril 2007, [Sté Kéolis](#), n° 06PA02278.

<sup>48</sup> CAA Marseille, 7 avril 2008, [Cie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau](#), n° 05MA01756.

<sup>49</sup> CE Avis Section des finances, 8 juin 2001, n° 364803 ; CE Avis 19 avril 2005, n° 371234.

<sup>50</sup> CE, 9 mars 2018, [Compagnie des parcs et passeurs du Mont-Saint-Michel](#), n° 409972.

<sup>51</sup> CE, 9 mars 2018, [Compagnie des parcs et passeurs du Mont-Saint-Michel](#), préc.

*au-delà de la compensation des augmentations de charges liées aux modifications des obligations du délégataire convenues par ailleurs* » pour en déduire que l'avenant en cause apportait une modification substantielle au contrat .

Si cette décision a été rendue sous l'empire de l'ancienne réglementation elle est toutefois particulièrement utile pour interpréter la notion de modification substantielle.

En outre, eu égard aux dispositions 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 R. 2194-6 du code pour les marchés et à l'article R. 3135-6 du code pour les contrats de concessions<sup>52</sup>.

En cas de modifications substantielles, l'acheteur ou l'autorité concédante devra résilier son contrat et relancer une nouvelle procédure de publicité et de mise en concurrence.

#### **1.6. Le montant des modifications envisagées est de faible montant (hypothèses du 6° de l'article L. 2194-1 et du 6° de l'article L. 3135-1 du code)**

Conformément, pour les marchés publics y compris de défense ou de sécurité, aux dispositions de l'article R. 2194-8 du code et, pour les concessions, à celles de l'article R. 3135-8 du code, n'est pas substantielle la modification qui :

- soit n'excède pas 10 % du montant initial s'il s'agit d'un marché public de fournitures ou de services ou d'un contrat de concession ;
- soit n'excède pas 15 % s'agissant des marchés publics de travaux ;
- et, dans tous les cas, ne dépasse pas les seuils européens.

La condition relative au non-dépassement des seuils européens est à apprécier au regard de la seule augmentation résultant de la modification, pas du nouveau montant du contrat une fois modifié. Le fait qu'une modification du contrat en cours d'exécution rende son montant supérieur aux seuils européens n'a aucune conséquence juridique, sous réserve que ce calcul ait été opéré dans le respect des dispositions applicables.

Si ces deux conditions sont satisfaites, 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 contrat.

Pour le calcul de la modification envisagée, l'acheteur devra tenir compte de la mise en œuvre de la clause de variation des prix et l'autorité concédante<sup>53</sup> devra se fonder sur le montant actualisé du contrat<sup>54</sup>.

Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, pour apprécier si les seuils de 10 % ou 15 % ne sont pas dépassés, l'acheteur ou l'autorité concédante doit prendre en compte la valeur cumulée des modifications successives.

Au-delà de ces seuils de 10 ou 15 %, ou si l'augmentation est d'un montant supérieur aux seuils européens, 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<sup>55</sup>.

<sup>52</sup> Voir le point 1.4 de la présente fiche.

<sup>53</sup> Art. R. 2194-8 qui renvoie à l'Art. R. 2194-4 du code.

<sup>54</sup> Art. R. 3135-8 qui renvoie à l'Art. R. 3135-4 du code : « (...) le montant actualisé du contrat de concession initial est le montant de référence lorsque le contrat de concession comporte une clause d'indexation. Dans le cas contraire le montant actualisé du contrat de concession initial est calculé en tenant compte de l'inflation moyenne. »

<sup>55</sup> Cf. point 1.5 de la fiche technique et Art. R. 2194-7 du code pour les marchés et Art. R. 3135-7 du code pour les contrats de concession.

## 2. La publication d'un avis de modification du contrat est limitée à certaines hypothèses

Dans un souci de transparence des procédures, l'acheteur pour les marchés passés selon une procédure formalisée<sup>56</sup> ou l'autorité concédante, pour les contrats de concession ne relevant pas de règles particulières en matière de passation<sup>57</sup>, doit publier un avis de modification du marché ou du contrat de concession au *Journal officiel* de l'Union européenne (JOUE) dans les deux cas suivants :

- pour les travaux, fournitures ou services supplémentaires en cas de marché public, pour les travaux ou services supplémentaires en cas de contrat de concession ;
- lorsque des modifications sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues.

Il n'existe pas, pour les marchés de défense ou de sécurité d'obligation de publication d'un avis de modification.

---

<sup>56</sup> Art. R. 2194-10 du code.

<sup>57</sup> Art. R. 3135-10 du code précise en effet que seuls sont concernés les contrats de concession relevant du chapitre VI intitulé « Règles particulières à la passation de certains contrats de concessions » du titre II du livre Ier de la troisième partie de la partie réglementaire du code.