

Les avenants aux Mapa : simplification du formalisme

- L'exécution des marchés à procédure adaptée confronte les cocontractants aux mêmes difficultés que celles rencontrées pour les marchés dits formalisés : nécessité de travaux supplémentaires, retard dans le planning d'exécution.
- Une récente loi de décembre 2007 dite de simplification du droit a tenté de préciser le formalisme applicable aux avenants des marchés de faible montant.
- Elle inclut expressément la conclusion de ces avenants dans la délégation à l'exécutif. Elle simplifie également les règles applicables aux avenants aux Mapa, en les excluant de l'avis préalable de la CAO.

Auteur

Mathieu Heintz, chef du service juridique, conseil général de l'Isère.

Référence

Loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 pour la simplification du droit

Mots clés

Mapa • Définition préalable des besoins • Avenant • Régime juridique • Bouversement de l'économie du contrat • Compétence • Commission d'appel d'offres • Montant initial du marché • Avenant supérieur à 5 % •

POUR ALLER PLUS LOIN

S. Palmier et R. Rayssac, *Les Mapa*, Éditions Le Moniteur, novembre 2006.

Les marchés à procédure adaptée (Mapa) quel que soit leur montant, n'échappent pas à l'obligation de définition préalable des besoins⁽¹⁾. En effet, l'article 5 du code des marchés publics impose que la nature et l'étendue des besoins à satisfaire soient déterminées avec précision avant tout appel à la concurrence, mais aussi avant toute négociation non précédée d'une mesure de publicité. Le respect de cette obligation implique que l'objet du marché ne peut évoluer en cours d'exécution du marché et que le besoin défini initialement et la prestation réalisée par le titulaire du marché correspondent parfaitement⁽²⁾. Par conséquent, la conclusion d'un avenant à un marché, même de faible montant, doit être l'exception.

Pourtant, l'exécution des marchés à procédure adaptée confronte les cocontractants aux mêmes difficultés que celles rencontrées pour les marchés dits formalisés : apparition et nécessité de travaux supplémentaires, retard ou décalage dans le planning d'exécution, etc. Autant d'aléas qui nécessitent la conclusion d'avenants. Dès lors, se pose la question de savoir si leur adoption relève du régime juridique de droit commun applicable en la matière.

Sur le fond, l'article 20 du code des marchés publics dispose que « sauf sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, un avenant ou une décision de poursuivre ne peut bouleverser l'économie du marché ou de l'accord-cadre, ni en changer l'objet », et la soumission à cette disposition des avenants aux Mapa ne fait *a priori* pas débat⁽³⁾. D'une part, pour les marchés publics, le bouleversement de l'économie du

(1) S. Palmier et R. Rayssac, *Les Mapa*, Éditions Le Moniteur, novembre 2006, p. 47.

(2) J. Michon, *Les marchés publics en 100 questions*, Éditions Le Moniteur, 2^{ème} éd., février 2007, p. 57.

(3) S. Palmier et R. Rayssac, *Les Mapa*, préc., p. 135.

contrat s'articule principalement autour de la rémunération du titulaire⁽⁴⁾. Ainsi, un accroissement de 10 à 15 % est perçu comme acceptable⁽⁵⁾, tandis qu'une hausse de plus de 40 % ne l'est pas⁽⁶⁾. D'autre part, le bouleversement peut résulter du fait que l'avenant constitue en réalité un nouveau marché, et qu'il aurait dû être conclu dans le respect des règles de publicité et de mise en concurrence fixées par le code⁽⁷⁾. Enfin, un avenant ne peut entraîner le franchissement d'un des seuils fixés par le code des marchés publics⁽⁸⁾. À titre d'exemple, il en serait ainsi d'un marché conclu pour un montant inférieur à 90 000 euros HT, mais dont la conclusion d'un avenant entraînerait le dépassement de ce seuil, lequel marché serait par conséquent soumis à l'obligation de publicité au bulletin officiel d'annonces des marchés publics ou dans un journal d'annonces légales⁽⁹⁾. En revanche, seule la survenance de sujétions techniques imprévues, à la condition qu'elles ne résultent pas du fait des parties autorise le bouleversement de l'économie du contrat⁽¹⁰⁾. C'est en revanche sur les règles de forme que les interprétations divergent. À cet égard, les interrogations portent principalement sur la possibilité conférée aux assemblées délibérantes des collectivités locales de déléguer à leur exécutif la conclusion des avenants aux Mapa, à l'instar de la délégation de compétence prévue pour la préparation, la passation et l'exécution de ces marchés⁽¹¹⁾. Mais se pose également la question de l'obligation de soumettre à l'avis préalable de la commission d'appel d'offres les avenants aux Mapa qui entraînent une augmentation de plus de 5 % du montant initial du marché.

Sur ces deux points, une récente loi de décembre 2007 dite de simplification du droit a tenté de préciser le formalisme applicable aux avenants des marchés de faible montant⁽¹²⁾.

I. La délégation de compétence pour les avenants aux Mapa

La loi de simplification du droit prévoit la possibilité pour les assemblées délibérantes locales de déléguer à leur exécutif la conclusion des avenants aux Mapa. Jusqu'à présent l'inclusion des avenants dans le champ de cette délégation pouvait être discutée. Cependant, la loi du 20 décembre 2007 conditionne et restreint cette délégation.

A) L'état du droit avant la loi du 20 décembre 2007

C'est la loi dite Murcef du 11 décembre 2001 qui a prévu la possibilité pour les assemblées délibérantes des collectivités

locales de déléguer à leur exécutif (maire, président du conseil général ou régional) « toute décision concernant la préparation, la passation et l'exécution des marchés de travaux, de fournitures et de services qui peuvent être passés sans formalités préalables en raison de leur montant »⁽¹³⁾.

Avant tout, il sera relevé que la loi du 20 décembre 2007, prenant acte de la disparition dans le code des marchés publics de la notion de marché sans formalité préalable, lui substitue la notion de « marché d'un montant inférieur à un seuil défini par décret »⁽¹⁴⁾. Il s'agit là incontestablement des marchés passés selon une procédure adaptée d'après les seuils définis à l'article 26-II du code.

Cependant, jusqu'à présent la question se posait de savoir si, par exemple, un maire d'une commune qui avait reçu délégation de son conseil municipal en application de l'article L. 2122-22-4° du code général des collectivités territoriales (CGCT), pouvait conclure un avenant à un tel marché en se fondant sur cette délégation. Les réponses ont divergé.

D'une part, il était soutenu que la conclusion des avenants aux Mapa nécessitait une décision préalable de l'assemblée délibérante autorisant leur signature, quand bien même les marchés étaient conclus sur délégation de l'assemblée⁽¹⁵⁾. Ce raisonnement s'appuyait sur le fait que le champ de la délégation prévu par le CGCT ne portait que sur la préparation, la passation et l'exécution des marchés de faible montant, la conclusion de leurs avenants n'étant pas expressément citée. Et pour qu'une délégation soit régulière, il convient, comme l'explique le professeur Chapus que « conformément aux principes généraux du droit français⁽¹⁶⁾, la délégation de compétence doit être explicite, de façon qu'il n'y ait ni doute sur son existence ni sur l'identité du délégataire, et elle doit de plus être faite avec une précision suffisante quant à l'étendue des compétences déléguées »⁽¹⁷⁾.

A contrario, il pouvait être soutenu que la conclusion d'un avenant s'analysant comme un acte d'exécution du marché, ou comme son corollaire, sa conclusion devait également être dispensée de cette autorisation préalable⁽¹⁸⁾. Il s'agit de l'application de la règle dite du parallélisme des formes, les actes subséquents aux Mapa ne pouvant être adoptés que selon les mêmes formes que celles qui ont prévalu à leur entrée en vigueur.

Cette question n'était pas seulement théorique, le risque étant l'incompétence du signataire de l'acte et par conséquent la nullité de l'avenant conclu dans ce cadre. C'est cet écueil qu'a voulu écarter la loi de simplification du droit.

(4) L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 5^e éd., septembre 2006, p. 236.

(5) TA Cergy-Pontoise 23 janvier 2001, *Préfet de la Seine-Saint-Denis*, n° 009661/3.

(6) CE 8 mars 1996, *Cne de Petit-Bourg*, n° 165075.

(7) CE 30 janvier 1995, *Sté Viafrance*, n° 151099.

(8) CE 23 mai 1979, *Cne de Fonenay-le-Fleury* : Lebon, p. 226.

(9) Art. 40-III-1° et IV-1° CMP.

(10) CE 30 juillet 2003, *Cne de Lens*, n° 223445.

(11) Pour les communes, art. L. 2122-22-4° CGCT ; pour les départements, art. L. 3221-11 CGCT ; pour les régions, art. L. 4231-8 CGCT.

(12) Loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit.

(13) Art. 9, 10 et 10-I de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes à caractère économique et financier, codifiés aux articles L. 2122-22-4°, L. 3221-11 et L. 4321-8 CGCT.

(14) Art. 13 de la loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007.

(15) Assemblée nationale, rapport n° 244 du 3 octobre 2007 par É. Blanc, Commission des lois.

(16) CE 8 février 1950, *Chauvel*, p. 85.

(17) R. Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, Montchrestien, 15^e éd., p. 1101.

(18) J.-M. Peyricol, *Les avenants aux contrats publics*, Éditions Le Moniteur, 3^e éd., mars 2005, p. 37.

B) L'extension du champ de la délégation de compétence aux avenants

Pour clarifier et compléter le champ de la délégation applicable aux Mapa, la loi du 21 décembre 2007 dispose désormais que les assemblées délibérantes des collectivités locales peuvent également déléguer à leur exécutif « toute décision concernant leurs avenants qui n'entraînent pas une augmentation du montant du contrat initial supérieure à 5 %, lorsque les crédits sont inscrits au budget »⁽¹⁹⁾. Il paraissait en effet logique d'accorder à l'exécutif local une délégation relative aux modifications de marchés qu'il avait déjà par ailleurs passés au nom de la collectivité⁽²⁰⁾. Ainsi, les collectivités qui souhaiteront sécuriser la conclusion des avenants à leurs petits marchés devront modifier en conséquence la délégation accordée dans le cadre des articles du CGCT, soit L. 2122-22-4° pour les communes, L. 3221-11 pour les départements et L. 4231-8 pour les régions.

Cependant, le législateur a limité les cas dans lesquels cette délégation peut être accordée. En effet, elle ne peut l'être que pour les avenants qui, cumulés, restent inférieurs à 5 % du montant du contrat initial, et lorsque les crédits sont inscrits au budget.

Tout d'abord, la seconde condition, celle de l'inscription des crédits au budget, ne pose pas de difficulté particulière. Il s'agit là de la transposition de la règle prévue en la matière par le règlement général de la comptabilité publique⁽²¹⁾.

Ensuite, l'assemblée délibérante ne peut accorder de délégation à son exécutif que pour les avenants qui n'entraînent pas une augmentation supérieure à 5 % du contrat initial. *A contrario*, les avenants qui emportent une augmentation du montant initial du marché supérieure à ce seuil ne peuvent être délégués à l'exécutif, et nécessitent donc une autorisation préalable de l'assemblée pour être signés. Concrètement, ce seuil se calcule par rapport au montant initial du marché. « Ainsi, même si un avenant, pris de manière individuelle, est inférieur à 5 % du montant du marché, c'est son montant cumulé avec le ou les avenants l'ayant précédé qui devra être pris en compte »⁽²²⁾. Dès lors que ce cumul fait apparaître un montant augmentant le marché initial de plus de 5 %, une délibération préalable de l'assemblée s'impose.

Le législateur a ainsi voulu conserver un rôle de contrôle à l'assemblée délibérante pour les avenants supérieurs à 5 %, tout en conférant une certaine souplesse pour ceux qui sont inférieurs à ce seuil. Il n'en reste pas moins que même pour ces derniers, le CGCT prévoit que l'exécutif doit tenir informée son assemblée des mesures qu'il a prises dans le cadre de cette délégation, y compris donc des avenants conclus à ce titre⁽²³⁾. La

transparence et le droit à l'information des élus sont garantis par ce biais.

La loi du 20 décembre 2007 simplifie également les règles applicables aux avenants aux Mapa, en les excluant de l'avis préalable de la commission d'appel d'offres (CAO).

II. Les avenants aux Mapa et l'avis de la CAO

Il ressort de l'article 8 de la loi n° 95-127 du 8 février 1995 relative aux marchés publics et délégations de service public que « tout projet d'avenant à un marché de travaux, de fournitures ou de services [...] entraînant une augmentation du montant global supérieure à 5 % est soumis pour avis à la commission d'appel d'offres [...]. L'assemblée délibérante qui statue sur le projet d'avenant est préalablement informée de cet avis »⁽²⁴⁾.

L'application de cette disposition aux marchés à procédure adaptée a fait débat. C'est pourquoi, la loi de simplification du droit a tenté de simplifier les règles applicables aux avenants aux Mapa en cas d'augmentation du montant global supérieure à 5 %.

A) L'état du droit avant la loi du 20 décembre 2007

La loi du 8 février 1995 n'opère aucune distinction quant à son champ d'application selon que l'avenant porte sur un marché formalisé ou non. Au contraire, la soumission à cette disposition porte sur tout projet d'avenant, quel que soit son objet, c'est-à-dire des travaux, des fournitures ou des services. Cette généralité a été lue différemment quant à la soumission à ce régime des avenants aux Mapa.

La première interprétation a résulté d'une réponse ministérielle à la question portant précisément sur l'obligation de saisir la commission d'appel d'offres pour un avenant augmentant de plus de 5 % le montant initial d'un marché passé selon la procédure adaptée⁽²⁵⁾.

Pour le ministère des finances, cette disposition ne précise pas que l'obligation de transmission pour avis à la commission d'appel d'offres, d'un projet d'avenant augmentant de plus de 5 % le montant initial d'un marché, ne concerne que ceux ayant été passés selon une procédure formalisée. « Il s'ensuit qu'elle trouve à s'appliquer lorsque le projet d'avenant augmente de plus de 5 % le montant initial d'un marché formalisé ou passé selon la procédure adaptée. En conséquence, la passation de tout projet d'avenant à un marché formalisé ou passé selon la procédure adaptée entraînant une augmentation du montant global du marché supérieure à 5 % doit être soumise pour avis à la commission d'appel d'offres. »⁽²⁶⁾

Cette lecture a cependant été contredite par un tribunal administratif. Dans un jugement du 20 juin 2006, le tribunal administratif de Strasbourg a considéré que cette « formalité n'est

(19) Art. 13 de la loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007.

(20) Sénat, rapport n° 36 (2007-2008) de B. Saugy, fait au nom de la commission des lois, déposé le 17 octobre 2007.

(21) Art. 27 du décret n° 62-1587 portant règlement général sur la comptabilité publique.

(22) TMP n° 195, juin 1995, p. 1 et s., cité par J.-M. Peyricat, Les avenants aux contrats publics, Éditions Le Moniteur, 3^e éd., mars 2005, p. 36.

(23) pour les communes, art. L. 2122-23 CGCT ; pour les départements, art. L. 3221-11, alinéa 2, CGCT ; pour les régions, art. L. 4231-8, alinéa 2, CGCT

(24) qui complète en réalité l'article 49 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

(25) Rép. min., Q. n° 17617 (JO Sénat du 4 août 2005, p. 2086).

(26) Rép. min., Q. n° 17617 (JO Sénat du 4 août 2005, p. 2086).

pas applicable aux marchés passés sans formalités préalables sur lesquels la commission d'appel d'offres n'est pas amenée à se prononcer lors de l'attribution initiale »⁽²⁷⁾. La juridiction administrative a retenu en l'espèce le raisonnement suivant : dès lors que la commission d'appel d'offres n'est pas compétente pour attribuer les marchés adaptés, *a fortiori* il n'y a aucune obligation de la saisir pour avis sur les avenants à ces marchés⁽²⁸⁾.

Pour autant, cette interprétation n'a pas emporté l'adhésion du ministère des Finances qui notait que « le législateur n'a pas, à ce jour, réservé l'examen des avenants qui augmentent de plus de 5 % le montant d'un marché par la commission d'appel d'offres [...] aux seuls marchés passés selon une procédure formalisée », tout en précisant que le gouvernement était sensible aux difficultés d'application de ce dispositif et envisageait de le faire évoluer⁽²⁹⁾. C'est précisément l'objet de l'article 19 de la loi du 20 décembre 2007.

B) L'exclusion des avenants aux Mapa de l'avis de la CAO

Cherchant à simplifier le formalisme des avenants, la loi du 20 décembre 2007 complète l'article 8 de la loi du 8 février 1995 qui prévoit désormais que « ces dispositions [avis de la CAO pour les avenants de plus de 5 %] ne sont pas applicables lorsque ces avenants concernent des marchés qui conformément au code des marchés publics, n'ont pas été soumis eux-mêmes à cet avis ». L'intention du législateur a été clairement, par cet ajout, d'alléger la procédure d'adoption des avenants aux Mapa en les soumettant au même régime que les contrats initiaux. Si le contrat initial n'a pas été, en raison de son montant, soumis à la commission d'appel d'offres, l'avenant ne lui sera pas non plus soumis⁽³⁰⁾.

La rédaction de ce nouvel alinéa comporte cependant une ambiguïté. Il est en effet écrit que cette dérogation porte sur les avenants aux marchés qui « n'ont pas été soumis eux-mêmes à cet avis [de la commission d'appel d'offres] ». Or, pour les collectivités territoriales, la commission d'appel d'offres procède à l'attribution des marchés publics formalisés, à la différence des marchés de l'État et des établissements publics de santé, sociaux ou médico-sociaux qui eux sont attribués après avis de la commission⁽³¹⁾. En d'autres termes, il aurait fallu que cette disposition exclue également les avenants aux marchés qui n'ont pas été soumis eux-mêmes au choix de la commission d'appel d'offres, et non seulement à son avis, pour comprendre le cas des collectivités territoriales.

Aussi, par un raisonnement réducteur et au regard de la rédaction actuelle de cette disposition, il serait possible de considérer que, pour les collectivités territoriales seulement, les

avenants aux Mapa entraînant une augmentation supérieure à 5 % du montant initial demeurent soumis à l'avis préalable de la CAO.

Cependant, cette lecture doit être contrecarrée par le fait que l'intention du législateur a été avant tout de simplifier le fonctionnement interne des collectivités territoriales, et notamment le régime des avenants à leurs marchés (32). En outre, l'article 19 de la loi du 20 décembre 2007 est inscrit sous un Chapitre III intitulé « dispositions simplifiant le fonctionnement des collectivités territoriales ». Il faut donc considérer que cette dérogation s'applique à toutes les collectivités publiques, y compris territoriales.

Conclusion

En définitive, la loi du 20 décembre 2007 concilie, pour ce qui est du formalisme des avenants aux marchés à procédure adaptée, simplification et contrôle. D'une part, quel que soit le pourcentage d'augmentation de l'avenant, l'avis préalable de la commission d'appel d'offres n'est plus requis. D'autre part, pour ce qui est de leur adoption, l'exécutif de la collectivité peut recevoir une délégation de compétence en la matière dès lors que l'augmentation du montant initial demeure inférieure à 5 %, et au-delà l'autorisation de l'assemblée délibérante est nécessaire. Gageons que sur cette question, le fonctionnement des collectivités territoriales en sera allégé, tout en préservant un impératif de transparence.

En l'état, la question de la légalité des avenants demeure posée aux Mapa conclus avant l'entrée en vigueur de cette loi. En effet, selon les formes qui ont été suivies pour leur adoption, leur régularité pourrait être contestée. Mais, ce problème devrait rester largement théorique dans la mesure où, eu égard aux délais d'exécution souvent brefs de ces marchés, la plupart seraient aujourd'hui soldés. ■

Le formalisme des avenants aux MAPA

	Avis de la CAO	Délégation à l'exécutif	Décision de l'assemblée délibérante
Avenant ≤ 5 % du montant initial	Non	Oui	Non
Avenant > 5 % du montant initial	Non	Non	Oui

(32) Proposition de loi relative à la simplification du droit n°177, exposé des motifs.

(27) TA Strasbourg 20 juin 2006, M. Charles Mathern, n°0502612

(28) S. Palmier, « Quel formalisme pour les avenants aux Mapa ? », CP-ACCP, n°61, décembre 2006, p.58.

(29) Rép. min., Q. n°25205 (JO Sénat du 4 janvier 2007, p.28).

(30) Assemblée nationale, rapport n°244 du 3 octobre 2007, préc.

(31) À titre d'exemple, en appel d'offres ouvert : art.59-II CMP : « Après classement des offres conformément au III de l'article 53, l'offre économiquement la plus avantageuse est choisie par la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales ou après avis de la commission d'appel d'offres pour l'Etat, les établissements publics de santé et les établissements publics sociaux ou médico-sociaux [...] »