

# Les clauses de modification du contrat : recours et limites

Dans un arrêt du 17 mai dernier, le Conseil d'État précise, dans le cadre d'un marché de maîtrise d'œuvre, que le silence gardé par le maître d'ouvrage à la suite de la transmission d'un projet de décompte peut conférer un caractère définitif au décompte. En outre, il réaffirme avec force le principe d'unicité et d'intangibilité du décompte définitif source inévitable de contentieux.

## Auteur

**Marie-Hélène Pachen-Lefèvre,**

Avocat associé

**Maxime Gardellin,**

Avocat à la Cour

SCP Seban et Associés

## Mots clés

Clause de modification • Justification • Limites • Nature globale d'un marché

**N**ouveauté des textes issus de la réforme des contrats de la commande publique, le sujet des clauses de modification du contrat suscite encore le débat, alors même que la pratique de cette contractualisation remonterait à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle.

Ce débat se nourrit de l'alignement, tant pour les marchés publics que les contrats de concession, des dispositions applicables aux clauses de modification des contrats issues des directives 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession.

D'aucuns trouveront cette similarité regrettable, non seulement au regard de l'objectif de « tenir dûment compte de la spécificité des concessions par rapport aux marchés publics »<sup>(1)</sup>, mais surtout parce que les aléas

(1) Pt. 2 de l'exposé des motifs de la directive sur les contrats de concession.

de toute sorte survenant lors de l'exécution d'un contrat sont plus fréquents pour les contrats de concession d'une durée généralement plus longue que les marchés publics. D'autres se réjouiront a contrario de la consécration d'un régime commun des clauses de modification, signe d'un probable renforcement de l'unité du droit des contrats administratifs.

Quoi qu'il en soit, le régime des clauses de modification des contrats établi par les deux directives ne s'écarte pas de la décision de la Cour de justice de l'Union européenne du 19 juin 2008<sup>[2]</sup>, et cette harmonisation des textes et de la jurisprudence européens s'est également propagée dans le droit national.

La transposition du régime des clauses de modification du contrat en droit national est « fidèle et complète » aux directives<sup>[3]</sup>, tant au travers de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et son décret d'application n° 2016-360 du 25 mars 2016 que de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession et son décret d'application n° 2016-86 du 1<sup>er</sup> février 2016.

Si les clauses de modification du contrat figurent parmi les hypothèses qui « constituent de nouveaux cas par rapport aux règles applicables » jusqu'alors aux modifications des contrats de concession<sup>[4]</sup>, les textes antérieurs les prévoyaient pour les contrats de partenariat<sup>[5]</sup>, et l'envisageaient pour les marchés publics classiques<sup>[6]</sup>. Ce qui explique sans doute pourquoi le régime de la modification du contrat est d'application immédiate pour les seuls contrats de concession en cours d'exécution au 1<sup>er</sup> avril 2016<sup>[7]</sup>.

Dans ce nouveau cadre juridique applicable aux contrats, il est désormais possible de modifier ou de céder un contrat à l'aide d'une clause qui a été prévue initialement par les parties lors de sa conclusion. Cela revient donc à envisager, à l'avance, l'évolution du contrat symétriquement à celle des besoins des parties, tout en évitant une nouvelle mise en concurrence. Pour unifiés que leurs régimes soient, se pose encore la question du *modus operandi* des clauses de modification des marchés publics et contrats de concession.

Les clauses de modification du contrat sont désormais consacrées dans le droit et y recourir est pleinement justifié à plusieurs égards. Cette consécration ne doit pas, en revanche, conduire à un recours systématique et illimité à de telles clauses, ces deux écueils pouvant être évités par le respect de leurs conditions strictes de validité, dont le contenu exact reste encore à préciser.

## Le recours aux clauses de modification vise à modifier le contrat lors de son exécution selon des conditions préalablement définies et sans mise en concurrence

### Le principe du recours aux clauses de modification du contrat

Ce sont les textes d'application des ordonnances relatives aux marchés publics et aux contrats de concession qui envisagent les clauses de modification.

L'article 139 du décret relatif aux marchés publics dispose que : « Le marché public peut être modifié (...) Lorsque les modifications, quel qu'en soit leur montant, ont été prévues dans les documents contractuels initiaux sous la forme de clauses de réexamen, dont des clauses de variation du prix ou d'options claires, précises et sans équivoque. Ces clauses indiquent le champ d'application et la nature des modifications ou options envisageables, ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage (...) ».

Et, aux termes de l'article 36 du décret relatif aux contrats de concession : « Le contrat de concession peut être modifié (...) Lorsque les modifications, quel que soit leur montant, ont été prévues dans les documents contractuels initiaux, sous la forme de clauses de réexamen ou d'options claires, précises et sans équivoque. Ces clauses indiquent le champ d'application et la nature des modifications ou options envisageables, ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage (...) ».

Ces deux mêmes articles prévoient également la modification de l'identité du cocontractant (ou cession du contrat) « (...) en application d'une clause de réexamen ou d'une option (...) » stipulée dans le contrat initial.

La rédaction de ces deux textes est (presque) identique, et leurs effets le sont également. Le recours aux clauses de modification est consacré explicitement dans le droit positif, alors qu'il était jusqu'alors surtout encouragé par les praticiens. Si ces clauses sont assorties de conditions strictes qui limiteront certainement leur usage (nous les aborderons plus loin), l'objectif poursuivi est de pouvoir modifier plus largement le contrat, sans nouvelle mise en concurrence, et en le prévoyant dès sa conclusion par les parties.

[2] CJCE 19 juin 2008, Priesatext Nachrichtenagentur GmbH, aff. C-454/06.

[3] P. 59 de l'étude d'impact du projet de décret relatif aux contrats de concession.

[4] P. 64 de l'étude d'impact du décret relatif aux contrats de concession.

[5] Cf. article 11 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat.

[6] Cf. article 18 du Code des marchés publics (abrogé) sur le caractère révisable des prix et pour l'exemple des marchés publics de travaux : cf. notamment articles 14 et 30 du CCAG applicable à ces marchés.

[7] Cf. article 78 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession et article 55 du décret d'application et article 103 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et article 188 du décret d'application.

En effet, la force obligatoire du contrat impose aux parties de respecter une clause de modification lorsqu'elle est valide. Ainsi, le Conseil d'État a déjà jugé que la délibération d'une autorité concédante, visant à contraindre son concessionnaire de respecter la procédure de révision du tarif prévue par le contrat initial, n'est pas une décision unilatérale susceptible d'engager sa responsabilité<sup>(8)</sup>.

Le recours à de telles clauses doit, toutefois, être justifié.

### Les justifications du recours aux clauses de modification du contrat

La contractualisation serait « l'avenir de la modification du contrat administratif »<sup>(9)</sup> : sa justification est non seulement opportuniste mais aussi conforme aux principes essentiels de la commande publique et du service public.

Opportuniste, la liberté contractuelle des parties y est valorisée : il est donné toute confiance à la capacité des parties de déterminer elles-mêmes, lors de la formation du contrat, les conditions permettant de résoudre les difficultés à venir lors de l'exécution du contrat, au détriment du pouvoir de modification unilatérale réservé au cocontractant public. Elle encourage donc les parties à définir plus précisément le besoin de la personne publique dès la signature du contrat.

Conforme, elle respecte les principes de transparence et de mise en concurrence de l'attribution des contrats, tout en satisfaisant aux exigences de continuité et de mutabilité du service public, jusqu'à prévoir les hypothèses de changement du cocontractant de la personne publique.

C'est dans cette perspective que les articles 139 et 36 successivement des décrets relatifs aux marchés publics et aux contrats de concession envisagent que la clause de modification puisse prendre plusieurs formes alternatives : clauses de réexamen ou de revoyure, clauses dites « d'options », clauses de révision ou encore clauses de variation tarifaire<sup>(10)</sup>. D'ailleurs, la « clause de variation du prix » est envisagée dans le décret relatif aux marchés publics mais n'est pas reprise par celui relatif aux contrats de concession, bien qu'elle figure au « copier-coller » des deux directives européennes.

(8) Cf. CE, 9 avril 2010, Société Vivendi, req. n° 313557 aux conclusions du rapporteur public, M. Nicolas Boulouis, Rec. CE., T. p. 860.

(9) H. Hoepffner, « L'exécution des marchés publics et des concessions saisie par la concurrence : requiem pour la mutabilité des contrats administratifs de la commande publique », *Contrats et marchés publ.*, juin 2014.

(10) Nous sommes sensibles à la distinction ancienne entre les clauses de variation qui « déterminent directement cette modification par application des coefficients qu'elles comportent » et celles de révision qui visent à « à aménager le tarif par un avenant, en fixant les motifs de leur mise en œuvre, mais sans déterminer elles-mêmes directement le résultat » [Cf. *Traité des contrats administratifs*, LGDJ 1984, t. 1, p. 355].

S'il ne faut pas confondre les différentes formes de clauses de modification (réexamen, option, variation, révision)<sup>(11)</sup>, la « modification » au sens des ordonnances est une notion englobante : elle est distincte de la notion d'avenant et la dépasse. Ainsi, une telle clause peut prévoir que la modification sur laquelle elle porte ne nécessitera pas de conclure un avenant au contrat initial ou que, au contraire, un avenant sera nécessaire pour entériner la modification qu'elle prévoit, même si ce n'est que pour ajuster les stipulations pertinentes du contrat initial au nouvel accord des parties.

### Les limites du recours aux clauses de modification seront atténuées par le respect des conditions strictes visant à juguler leur utilisation

#### Les risques d'un recours systématique et illimité aux clauses de modification

Deux reproches pourront être formulés à la consécration de la contractualisation de la modification des contrats.

##### ● L'écueil d'un recours systématique

Prévoir systématiquement de telles clauses dans les contrats, comme il en était d'usage jusqu'alors, mais avec un champ d'application plus large, pourrait conduire à éviter toute modification du contrat par voie d'avenant et constituerait une forme d'immutabilité du contrat initial. Cet écueil pourrait faire obstacle à la rencontre des parties, souvent nécessaire, pour exercer leur liberté contractuelle et résoudre, ensemble, les difficultés survenues lors de l'exécution du contrat.

C'est l'effet pervers de la stabilité contractuelle, que les textes et la jurisprudence s'attachent à accorder aux contrats : soit tout ou presque est prévu initialement dans le contrat et son exécution peut être menée jusqu'à son terme par les parties, soit l'exécution est entravée par les faiblesses du contrat initial et, à l'extrême, sa résiliation pourrait être envisagée en comparaison à la conclusion d'un avenant dont la légalité serait incertaine.

##### ● L'écueil d'un recours au caractère illimité

Rechercher à prévoir l'imprévisible dans une clause de modification, quitte à rendre son champ d'application

(11) Conformément à l'exposé des motifs des deux directives européennes, une clause de modification du contrat peut prévoir « des indexations de prix », des évolutions technologiques, des difficultés techniques lors de l'exécution du contrat, et de distinguer les prestations « ordinaires » des prestations pouvant être « extraordinaires » [cf. pt. 111 de la directive 2014/24/UE sur les marchés publics et pt. 78 de la directive 2014/23/UE sur les contrats de concession].

illimité, conduirait à ce que cette clause règle les cas d'imprévision ou de force majeure. Toutefois, sans avoir besoin d'aborder la théorie de l'imprévision, l'imprévisibilité (constitutive de la force majeure ou encore de sujétions imprévues) ne peut pas être envisagée, avec une ambition raisonnable, par les clauses de modification du contrat. Et, pour cause, la modification du contrat « rendue nécessaire par des circonstances qu'une autorité concédante [ou un acheteur]<sup>(12)</sup> diligent[e] ne pouvait pas prévoir » est une hypothèse distincte de la modification du contrat, prévue par les articles 139 et 36 des décrets relatifs aux marchés publics et aux contrats de concessions. Ce qui laisse penser que la prévision raisonnable des parties n'est jamais suffisante pour se prémunir à l'avance de toutes les difficultés d'exécution.

### Les conditions strictes mais encore imprécises de recours aux clauses de modification pour éviter ces deux écueils

Le recours aux clauses de modification ne devrait être, ni systématique, ni illimité dans la mesure où les textes l'encadrent afin que les pouvoirs adjudicateur ne puissent avoir « toute latitude en la matière »<sup>(13)</sup> à trois égards.

D'une façon générale, les clauses de modification du contrat ne peuvent déroger au principe d'interdiction de « changer la nature globale »<sup>(14)</sup> d'un marché public ou d'un contrat de concession

Si la question se pose encore de savoir si la notion de « nature globale » correspond à la qualification du contrat (marché public ou concession)<sup>(15)</sup> ou à l'un de ses éléments essentiels (objet, durée et prix)<sup>(16)</sup> ou les deux, il est possible de considérer que l'interdiction de changer la nature du contrat correspond en réalité à celle de modifier substantiellement un contrat au sens de la jurisprudence administrative<sup>(17)</sup>.

Ainsi, une clause de modification ne pourrait permettre une modification trop importante du montant du contrat initial (prix ou niveau des investissements dans un contrat de concession), de la nature de l'activité confiée ou de la prestation promise. Toutefois, cette conception révèle un point de confusion, entre les deux ordon-

nances et leurs décrets d'application respectifs, que le juge administratif devra éclairer. Ces décrets énoncent, on les a cités, que les modifications du contrat devraient être possibles « quel qu'en soit leur montant » dès lors qu'elles sont prévues initialement dans le contrat.

Il conviendra également de déterminer à quel moment une clause de modification du contrat doit être proposée au cours de sa procédure d'attribution. Plus la clause envisage une modification d'envergure, plus cette clause devra être proposée, au moins dans son principe, le plus tôt possible dans le cadre de la procédure d'attribution du contrat (dans l'avis de publicité ou les documents de consultation).

Lorsque la clause prévoit des options, celles-ci devront être définies de manière « claires, précises et sans équivoque »<sup>(18)</sup>.

Il s'agit ici d'appliquer le contrat, et non pas de le renégocier, par le moyen d'un avenant à conclure entre les parties et portant sur l'une des options envisagées par une clause de modification. Ainsi, l'avenant, s'il est vraiment nécessaire, n'intervient que pour entériner les choix et modalités d'application fixés initialement dans la clause de modification.

Si la clarté et le caractère non équivoque d'une stipulation contractuelle ne devraient être contrôlés par le juge du contrat que si ces derniers font particulièrement défaut<sup>(19)</sup>, la précision est quant à elle, selon nous, un critère sur lequel le juge portera une attention plus particulière. La rédaction traditionnelle des clauses de « revoyure » ou de « rendez-vous » devra désormais s'habituer à plus de rigueur.

En effet, si l'on peut avancer que l'excès de précision peut rendre l'hypothèse de la modification impossible en cours d'exécution du contrat, une précision suffisante nous semble toutefois requise lorsqu'il convient de prévoir à l'avance l'incertitude (c'est ici toute la différence entre l'incertain et l'imprévisible). D'ailleurs, en présence ou non d'une clause les invitant à le faire, rien ne s'oppose à la liberté des parties de se rencontrer lorsqu'elles le souhaitent.

Cette précision se retrouve dans les conditions à réunir pour assurer la validité d'une clause de modification

Une telle clause doit indiquer avec précision le champ d'application des modifications concernées, la nature des modifications, les options envisageables, et enfin les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage.

**Champ d'application :** la modification du contrat doit être circonscrite à certains événements dont la surve-

(12) C'est nous qui ajoutons.

(13) Cf. point 111 de l'exposé des motifs de la directive relative aux marchés publics.

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

(15) Un premier élément de réponse a été apporté par la décision récente du Conseil d'État du 15 novembre 2017, Commune d'Aix-en-Provence et Société d'économie mixte d'équipement du Pays d'Aix, req. n° 409728, aux conclusions du rapporteur public, M. Olivier Henrard.

(16) Cf. CE, avis, Section des travaux publics, 9 avril 2005, n° 371234.

(17) H. Hoepffner, « La modification des contrats », *RFDA* 2016, p. 280.

(18) Cf. article 139 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics et article 36 du décret n° 2016-86 du 1<sup>er</sup> février 2016 relatif aux contrats de concession.

(19) La recevabilité d'un recours en interprétation de stipulations contractuelles est soumise à ce qu'il puisse « être valablement soutenu que ces stipulations sont obscures ou ambiguës » [pour une application récente : CE 8 novembre 2017, Société Lyonnaise des Eaux France, req. n° 396589].

nance permet son intervention (par exemple : mise en œuvre d'un programme de travaux de renouvellement d'ouvrages concédés ou augmentation du nombre d'usagers nécessitant une adaptation du service, augmentation trop importante des tarifs par l'effet automatique de révision, etc.).

**Nature des modifications :** la clause doit identifier l'aspect essentiel sur lequel porte la modification envisagée (par exemple : niveau des investissements, tarifs payés par les usagers, des redevances dues aux concédant, etc.). Pour l'hypothèse d'une clause de cession du contrat, la modification portera sur l'identité du cocontractant, c'est-à-dire sur les caractéristiques que le futur cocontractant devra présenter.

**Options envisageables :** il convient de déterminer à l'avance ce que pourra recouvrir exactement cette modification lorsqu'elle interviendra (par exemple : des travaux supplémentaires, la réalisation d'un ouvrage supplémentaire une augmentation ou une baisse du tarif dans des limites fixes, un élargissement du périmètre géographique à exploiter, etc.). Les modifications seront présentées sous la forme de solutions ou d'options identifiées à l'avance parmi lesquelles les parties porteront leur choix le moment venu.

**Conditions d'application :** cette dernière exigence correspond, à notre sens, à la procédure ou aux modalités à suivre pour modifier le contrat. Il pourrait être envisagé que la modification ne puisse intervenir, par exemple, que par la voie ou non d'un avenant, selon un calendrier précis, ou encore après examen d'une instance de représentation des parties. Dans l'hypothèse d'une clause de variation des prix, les conditions à prévoir inévitablement seront la formule tarifaire, la périodicité de son application et les indices à retenir pour l'évolution du prix.

En définitive, la contractualisation anticipée des modifications du contrat étant consacrée, on est tenté de croire à l'utilité de son recours en toutes circonstances. Restreint par des conditions strictes de validité, cette tentation ne se fera pas aussi forte, et le juge administratif pourrait, soit durcir ces conditions face à l'« inflation de clauses »<sup>[20]</sup> de modification, soit les assouplir pour ne pas paralyser l'application des textes.

---

[20] R. Noguellou, « Les nouvelles directives et l'exécution des contrats », *AJDA* 2014, p. 853.