

# La notion de modification substantielle post-réforme de la commande publique

Quelle place occupe réellement la notion de « modification substantielle » dans la conclusion d'un avenant à un contrat de la commande publique ? Comment peut-on, au vu des textes issus de la réforme de la commande publique, et de l'état du droit antérieur, définir cette notion ?

## Auteur

**Marion Terraux**

**Astrid Layrisse**

Avocats à la Cour  
SCP Seban et Associés

## Références

Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, art.65

Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, art. 139

Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016, art. 55

Décret n° 2016-86 du 1<sup>er</sup> février 2016, art.36

## Mots clés

Avenant • Nature globale • Modification substantielle • Seuils

Parmi les nombreuses évolutions auxquelles doivent faire face les praticiens du droit, celle des conditions dans lesquelles un marché public ou une concession peut être modifié est peut-être l'une des plus structurantes.

Une première modification doit être soulignée : le régime applicable aux marchés publics, tel que défini par la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (la Directive Marchés), l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics (l'Ordonnance Marchés) et le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics (le Décret Marchés), et le régime applicable aux contrats de concession, tel que défini par la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession (la Directive Concessions), l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession (l'Ordonnance Concessions) et le décret n° 2016-86 du 1<sup>er</sup> février 2016 relatif aux contrats de concession (le Décret Concessions), est désormais unifié.

Mais surtout, aujourd'hui, les articles 139 du Décret Marchés et 36 du Décret Concessions définissent une série de six cas dans lesquels la « modification » (les textes ne parlent plus d'avenant) d'un contrat est envisageable sans nouvelle mise en concurrence.

Alors que les quatre premiers cas visent des hypothèses particulières, qui ne trouveront à s'appliquer que dans un nombre de cas limités, le cinquième cas, selon lequel « les modifications, quel qu'en soit leur montant, ne sont pas substantielles » paraît, en première analyse, plus ouvert. Il s'agirait d'une disposition un peu « fourre-tout ».

Il y a donc fort à parier que cette disposition sera l'une de celles que les praticiens tenteront le plus de mettre en œuvre. C'est la raison pour laquelle il est particulièrement important de saisir ce que recouvre la notion de modification substantielle.

Or, cette notion est moins simple à appréhender qu'il n'y paraît au premier abord. Après avoir précisé la place de cette notion dans l'ordonnancement juridique, nous en préciserons les contours puis nous apprécierons l'évolution impliquée par cette notion par rapport au régime applicable antérieurement.

## Portée de la notion de « modification substantielle »

En première analyse, la situation paraît cadrée : la notion de « modification non substantielle » constitue l'un des six cas dans lesquels les parties à un marché ou à un contrat de concession peuvent apporter une modification sans procédure de publicité et de mise en concurrence préalable.

Cependant, les rédacteurs des décrets ont fait le choix de ne pas retranscrire à l'identique les termes utilisés par les directives. Ce faisant, ils ont introduit, nous semble-t-il, une incertitude sur le champ d'application de cette notion.

### Rédaction des directives

Les articles 43 de la Directive Concessions et 73 de la Directive Marchés sont rédigés de la façon suivante :

« 4. La modification d'[un marché public/une concession] en cours est considérée comme substantielle au sens du paragraphe 1, point e), lorsqu'elle rend les caractéristiques [du marché public/de la concession] substantiellement différentes de celles prévues initialement. Dans tous les cas, sans préjudice des paragraphes 1 et 2, une modification est considérée comme substantielle lorsqu'au moins une des conditions suivantes est remplie [suivent quatre hypothèses, a) à d)] ».

Autrement dit, une modification est substantielle lorsqu'elle modifie substantiellement des caractéristiques du contrat. Et les rédacteurs des directives illustrent cette hypothèse en listant quatre « conditions » (étant précisé qu'il nous aurait paru plus approprié de parler de « cas ») dans lesquelles il doit être considéré que les caractéristiques du contrat ont été modifiées substantiellement.

Cependant, les décrets n'ont pas repris cette formulation à l'identique.

### Rédaction des décrets

En effet, l'article 139 du Décret Marchés est formulé de la façon suivante : « 5. Lorsque les modifications, quel qu'en soit leur montant, ne sont pas substantielles.

Une modification est considérée comme substantielle lorsqu'elle change la nature globale du marché public.

En tout état de cause, une modification est substantielle lorsqu'au moins une des conditions suivantes est remplie : [suivent quatre hypothèses, a) à d)] ».

Et l'article 36 5° du Décret Concessions est rédigé dans des termes similaires.

Or, la notion de « nature globale » du contrat n'est pas strictement identique à la notion de « caractéristiques » du contrat. Par ailleurs, il pourrait être considéré que les hypothèses visées aux points a) à d) ne constituent pas, à proprement parler, des hypothèses de changement de la nature globale du contrat.

Enfin, et surtout, la notion de changement de la nature du contrat est également mentionnée aux articles 55 et 65 des ordonnances Concessions et Marchés : « Les conditions dans lesquelles un marché public peut être modifié en cours d'exécution sont fixées par voie réglementaire. Ces modifications ne peuvent changer la nature globale du [marché public/contrat de concession] ».

Or, les dispositions des ordonnances prévalent sur les dispositions des décrets.

Dans ces conditions, le fait que la modification ne change pas la nature globale du contrat constitue une condition préalable et nécessaire à sa légalité quel que soit le cas ensuite choisi par les parties pour fonder en droit ladite modification.

### Incertitude pesant sur la portée de la notion de « modification substantielle »

Au vu de l'ensemble des éléments ci-dessus exposés, des interrogations naissent sur la portée de la notion de « modification substantielle » du contrat. Faut-il considérer, comme cela résulte de la rédaction des directives et des décrets, qu'il s'agit d'un des six cas dans lesquels un contrat peut être modifié ? Une telle solution nous paraît exclue. En effet, la notion de changement de la nature globale du contrat constitue la définition même de la modification substantielle. Et, dès lors qu'elle est, aux termes des ordonnances, une condition de la légalité de toute modification, elle doit s'appliquer à l'ensemble des cas.

Faut-il, au contraire, considérer que la vérification de l'absence de « modification substantielle » du contrat constitue systématiquement une condition de la légalité de tout avenant ? Si cette interprétation devait être retenue, le point 5° des décrets pris dans son ensemble ne constituerait pas un cas mais une condition préalable à toute modification. Mais alors, pourquoi les rédacteurs auraient présenté cette hypothèse comme un des cas dans lesquels l'avenant est légal s'il s'agissait, en fait, d'une condition préalable et nécessaire ?

Une troisième voie est-elle alors envisageable ? Il s'agirait de considérer que les rédacteurs des décrets ont, en ne reprenant pas fidèlement la terminologie utilisée par les directives, généré en fait deux types de modifications substantielles, dont les régimes seraient différents.

La première hypothèse serait celle dans laquelle la modification substantielle correspond à un changement de la nature globale du contrat. Et dans ce cas, la modification

serait illégale quel que soit le fondement – c'est-à-dire le cas – que les parties souhaitent utiliser pour justifier ladite modification.

La seconde hypothèse correspondrait en fait aux cas a) à d) visés aux articles 139 5° et 36 5° des décrets. Dans ce cas, la modification serait illégale, sauf si les parties démontrent que la modification correspond à un des cinq autres cas dans lequel la modification est légale.

Cette solution n'est, certes, pas non plus parfaitement satisfaisante puisqu'elle ne ressort pas de la lecture littérale des textes, mais elle permet de s'affranchir de la contradiction apparente dans la formulation des décrets.

Et, dans un arrêt récent, le Conseil d'État paraît suivre cette voie. Dans le cas d'espèce, la commune d'Aix-en-Provence avait conclu avec un opérateur tiers une concession portant sur l'exploitation de parcs de stationnement et du service public du stationnement en voirie. Par un avenant, les parties ont résilié partiellement la convention en tant qu'elle portait sur l'exploitation des parcs de stationnement. Et le Conseil d'État rend la décision suivante : « cette modification doit être regardée, eu égard à son ampleur, comme changeant la nature globale du contrat initial ; qu'elle introduit, en outre, des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient pu attirer davantage de participants ou permis l'admission de candidats ou soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou le choix d'une offre autre que celle initialement retenue »<sup>(1)</sup>.

L'usage du terme « en outre » paraît induire que la condition relative à la nature globale du contrat vient s'ajouter aux hypothèses visées aux points a) à d) du cas n° 5 et non qu'elle en constitue la définition générique.

Cependant, en raison de cette incertitude, il conviendra d'être particulièrement vigilant dans la motivation des avenants lorsqu'ils portent sur les cas 1° à 4°.

## Contours de la notion de « modification substantielle »

Après avoir présenté les hypothèses de modification substantielle visées aux articles 139 5° et 36 5° des décrets, on s'intéressera à l'articulation de cette notion avec les articles 139 6° et 36 6° des décrets.

### Hypothèses de modification substantielle

#### ● Modification illégale parce qu'elle change la nature globale du contrat<sup>(2)</sup>

La notion de « nature globale » d'un contrat pourrait être appréciée plus ou moins largement, suivant notamment

qu'on la considère comme recouvrant uniquement la perte de la qualification de concession (ou de marché), ou comme étant plus large. Notons que, dans l'arrêt précité du 15 novembre 2017, le Conseil d'État semble privilégier une interprétation relativement large de cette notion. En effet, il considère que la réduction du périmètre de la concession constitue un changement de la nature globale du contrat.

#### ● Modification illégale car elle introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation, auraient attiré davantage d'opérateurs économiques [de participants dans le Décret Concessions], ou permis l'admission d'autres opérateurs économiques [candidats ou soumissionnaires], ou permis le choix d'une offre autre que celle [initialement] retenue.

Cette hypothèse permet de sanctionner toutes les modifications qui, si elles avaient été initialement prises en compte, auraient modifié les conditions de la concurrence et donc, potentiellement, l'issue de la procédure. À titre d'exemple, dans l'arrêt cité ci-avant, le Conseil d'État sanctionne également l'avenant sur ce fondement.

#### ● Modification illégale en ce qu'elle modifie l'équilibre du contrat d'une manière qui n'était pas prévue dans le contrat initial et cela en faveur du cocontractant de l'acheteur.

Cette modification pourra trouver à s'appliquer dans de nombreuses hypothèses, telles que par exemple la modification de la durée, l'octroi d'une participation publique ou encore la suppression d'investissements initialement à la charge du titulaire ou concessionnaire. Cependant, il est vraisemblable que seule une modification d'une certaine ampleur, de nature à modifier l'équilibre économique<sup>(3)</sup> du contrat, sera considérée comme illégale.

#### ● Modification illégale en ce qu'elle modifie considérablement l'objet du marché public [étend considérablement le champ d'application du contrat de concession dans le Décret Concessions]<sup>(4)</sup>.

Sur ce point, les dispositions applicables aux marchés publics diffèrent des dispositions applicables en matière de concessions.

Et la formulation utilisée pour les marchés publics paraît plus stricte que celle utilisée pour les concessions, pour lesquelles la réduction du champ d'application du contrat n'est pas envisagée. En outre, si la notion d'objet du marché est connue, et relativement facile à appré-

(1) CE 15 novembre 2017, Commune d'Aix-en-Provence, req. n° 409728.

(2) Si l'on interprète les décrets comme faisant de cette notion une hypothèse de modification substantielle à part entière.

(3) Le terme « économique » est présent dans les directives.

(4) Le Décret Marchés ne retranscrit pas fidèlement l'article 72 §4 c) de la Directive Marchés, qui vise « le champ d'application du marché ou de l'accord-cadre ».

hender, tel ne sera pas nécessairement le cas de la notion de champ d'application du contrat de concession.

### ● Modification illégale en ce qu'elle a pour effet de remplacer le titulaire/concessionnaire par un nouveau titulaire/concessionnaire

Cette modification vise à interdire tout changement de titulaire ou de concessionnaire, sauf dans les hypothèses visées aux articles 139 4° du Décret Marchés et 36 4° du Décret Concessions, c'est-à-dire, soit parce qu'une clause de réexamen ou une option le permet, soit dans une hypothèse de restructuration du titulaire ou du concessionnaire et de cession du contrat.

### Articulation avec la modification légale car d'un montant inférieur aux seuils fixés par les décrets

Les directives, reprises en cela fidèlement par les décrets, prévoient deux seuils, cumulatifs, en deçà desquels les modifications sont considérées comme légales.

Il s'agit des modifications correspondant à une modification du montant du contrat inférieure aux seuils applicables aux procédures formalisées<sup>(5)</sup> et inférieure à 10 % du montant initial du contrat [15% en ce qui concerne les marchés de travaux].

Par ailleurs, les montants de ces modifications successives sont cumulatifs<sup>(6)</sup>. Autrement dit, pour chaque avenant relevant de cette hypothèse, il conviendra de comparer le montant initial du contrat avec celui des modifications opérées par l'ensemble des avenants.

Cette hypothèse, relativement aisée à mettre en œuvre, sera particulièrement appréciée des praticiens, d'autant que les décrets précisent qu'elle est utilisable « sans qu'il soit nécessaire de vérifier si les conditions prévues au 5° sont remplies », c'est-à-dire même lorsque la modification serait substantielle. Cependant, selon nous, la modification envisagée dans le cas 6° ne sera légale que si elle n'est pas de nature à changer la nature globale du contrat<sup>(7)</sup>.

## La notion de « modification substantielle », entre continuité et rupture

Si l'intégration de la notion de « modification substantielle » dans les décrets constitue un changement net de terminologie en droit interne, elle consiste simultanément

en un ancrage textuel d'une notion déjà bien présente dans la jurisprudence européenne.

### Continuité du droit européen

Avant la publication de l'Ordonnance et du Décret Marchés, la modification d'un marché public était encadrée par la jurisprudence européenne, et en particulier par l'arrêt *Pressetext* rendu par la Cour de justice des Communautés européennes le 19 juin 2008<sup>(8)</sup>, aux termes duquel : « En vue d'assurer la transparence des procédures et l'égalité de traitement des soumissionnaires, des modifications apportées aux dispositions d'un marché public pendant la durée de sa validité constituent une nouvelle passation de marché au sens de la directive 92/50 lorsqu'elles présentent des caractéristiques substantiellement différentes de celles du marché initial et sont, en conséquence, de nature à démontrer la volonté des parties de renégocier les termes essentiels de ce marché ».

Et dans ce même arrêt, la CJCE définit la notion de « modification substantielle » comme celle :

- qui, si elle avait figuré dans la procédure de passation initiale, aurait permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou aurait permis de retenir une offre autre que celle initialement retenue ;
- ou qui change l'équilibre économique du contrat en faveur de l'adjudicataire du marché d'une manière qui n'était pas prévue dans les termes du marché initial ;
- ou qui étend le marché, dans une mesure importante, à des services non initialement prévus ;
- ou bien encore qui substitue un nouveau cocontractant à celui auquel le pouvoir adjudicateur avait initialement attribué le marché, à moins que cette substitution ait été prévue dans les termes du marché initial.

On retrouve donc clairement les cas a) à d) de l'article 139 5° du décret Marchés.

La jurisprudence européenne est similaire s'agissant de la modification des concessions<sup>(9)</sup>, de sorte que les arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne pourront continuer à être utilisés pour interpréter les dispositions des ordonnances et décrets Marchés et Concessions.

### Rupture relative en droit interne

En matière de marchés publics, sous l'empire du droit antérieur à la réforme de la commande publique, les parties devaient, pour conclure un avenant, respecter les conditions posées par l'article 20 du Code des marchés publics alors en vigueur. Ainsi, soit elles s'accordaient à dire qu'elles étaient en présence de sujétions

(5) Notons que ces seuils ont changé le 1<sup>er</sup> janvier 2018.

(6) Articles 140 et 37 des décrets Marchés et Concessions

(7) En ce sens, les articles 72 §2 et 43 §2 des directives Marchés et Concessions précisent clairement : « Toutefois, la modification ne peut pas changer la nature globale du marché ou de l'accord-cadre [de la concession] ».

(8) CJCE 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, aff. C-454/06, cons. 34 à 37.

(9) CJUE 13 avril 2010, *Wall AG*, aff. C91/08.

techniques imprévues ne résultant pas de leur fait, et l'avenant pouvait être conclu sans condition de montant, soit, dans tous les autres cas, l'avenant devait respecter une double condition, à savoir ne pas bouleverser l'économie du marché, et ne pas en changer l'objet.

La modification des textes et leur restructuration impliquent des changements qui, selon les cas, assouplissent ou durcissent la conclusion d'un avenant. Ainsi par exemple, désormais, l'objet du contrat peut être modifié, si cette modification est limitée, mais en revanche, si l'on retient une interprétation stricte du décret Marchés, toute modification de l'équilibre économique du marché est interdite dès lors qu'elle est en faveur du titulaire, et sans qu'il ne soit plus besoin de caractériser un bouleversement de cet équilibre.

En matière de délégations de service public, les critères de légalité des avenants résultaient principalement de la jurisprudence, et en particulier d'un avis du Conseil d'État du 19 avril 2005<sup>(10)</sup>.

Selon cet avis, un avenant devait répondre aux trois conditions cumulatives suivantes<sup>(11)</sup> :

– ne pas modifier l'objet de la délégation<sup>(12)</sup> ; on retrouve cette idée dans l'article 36 5°c) du décret Concessions, mais le terme d' « objet » n'ait pas été repris ;

– ne pas modifier substantiellement l'un des éléments essentiels de la délégation, « tels que sa durée ou le volume des investissements mis à la charge du délégataire ». Ont par exemple été qualifiés d'éléments essentiels d'une délégation de service public la nature des prestations confiées au délégataire<sup>(13)</sup>, le prix demandé aux usagers<sup>(14)</sup>, ou encore le risque d'exploitation du délégataire<sup>(15)</sup>. On retrouve cette idée dans l'article 36 5° a) et b) du décret Concessions ;

– ne pas avoir pour objet « la réalisation d'investissements qui sont normalement à la charge du délégataire, tels les investissements de renouvellement des installations ». On retrouve cette idée dans l'article 36 5° b) du décret Concessions.

Finalement, il nous semble que globalement, il faut davantage parler de continuité du droit européen et de sa prolongation en droit interne, que de rupture.

Mais si l'idée d'interdire la modification substantielle des contrats de la commande publique résulte bien de la jurisprudence européenne, laquelle a été reprise dans les directives, il demeure que les dispositions des ordonnances et décrets relatives à la notion de modification substantielle n'en sont pas une parfaite transposition.

Ainsi, il faudra prioritairement, pour sécuriser les modifications de contrats, circonscrire la notion de « nature globale du contrat », et fixer la place de la notion de modification substantielle dans ces modifications.

[10] CE Avis, 19 avril 2005, n° 371234.

[11] Voir notamment sur le sujet : F. Lehoux, « La difficile appréhension de la notion de modification substantielle dans les DSP », *Contrats Publics – Le Moniteur*, n° 157, septembre 2015.

[12] Ainsi par exemple, ne pas « mettre à la charge du délégataire la réalisation d'investissements conduisant à la réalisation d'un ouvrage dissociable des ouvrages déjà construits, en raison de sa dimension, de son coût et de son autonomie fonctionnelle » (CE Avis, 19 avril 2005, précité).

[13] CE Avis, 8 juin 2000, n° 364803.

[14] CE Avis, 8 juin 2000, précité.

[15] CAA Paris 17 avril 2007, Société Kéolis, req. n° 06PA02278.