

Faciliter la modification des contrats en cours d'exécution en faisant application des règles issues des directives de 2014 ?

Une des mesures phares de la loi ASAP en matière de commande publique consiste à appliquer les dispositions du Code de la commande publique relatives aux modifications autorisées aux marchés publics pour lesquels la consultation a été lancée avant le 1^{er} avril 2016. L'effet simplificateur d'une telle mesure n'apparaît cependant pas évident dès lors qu'elle conduit des contrats en cours depuis plus de quatre ans à subir un changement de régime juridique.

Sans doute, selon l'objectif initial du gouvernement, le titre du présent article aurait dû être écrit en la forme affirmative. Néanmoins, l'effet de certaines modifications apportées au Code de la commande publique par la loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique (ci-après la loi ASAP) interroge quant à l'atteinte de l'objectif de simplification poursuivi.

Il en va en particulier de son article 133, qui dispose :

« I. Les contrats répondant à la définition des contrats de la commande publique énoncée à l'article L. 2 du Code de la commande publique pour lesquels une consultation a été engagée ou un avis d'appel à la concurrence a été envoyé à la publication avant le 1^{er} avril 2016 peuvent être modifiés sans nouvelle procédure de mise en concurrence dans les conditions définies par le Code de la commande publique.

II. Les dispositions du présent article sont applicables aux contrats mentionnés au I passés par l'État et ses établissements publics dans les îles Wallis et Futuna, en Polynésie française, en Nouvelle-Calédonie et dans les Terres australes et antarctiques françaises. »

Ces dispositions, qui ont été introduites par amendement et qui n'ont pas été censurées par le Conseil constitutionnel – au motif qu'elles « ne peuvent être regardées comme dépourvues de lien, même indirect, avec le projet de loi déposé sur le bureau du Sénat (...) »⁽¹⁾ – démontrent une volonté affichée de simplifier les modalités de modifications des marchés publics pour lesquels la consultation a été lancée avant le 1^{er} avril 2016. Pour

Auteur

Philippe Guellier
Avocat associé
SCP Seban & Associés – bureau de Lyon

(1) Cons. const., décision n° 2020-807 DC du 3 décembre 2020, *Loi d'accélération et de simplification de l'action publique*, non-conformité partielle.

autant, l'article 133 de la loi ASAP conduit à un véritable changement de logique qui, comme en 2016 pour les contrats de concession^[2], ne manquera pas de poser des questions importantes aux acheteurs publics chargés de l'exécution des marchés concernés.

Une volonté affichée de simplifier les modalités de modification des marchés publics dont la consultation a été lancée avant le 1^{er} avril 2016

La motivation de l'amendement n° 650, déposé par le gouvernement pendant les travaux de Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi, étonnera le connaisseur de la commande publique. Il n'en demeure pas moins que l'article 133 de la loi ASAP dispose d'un champ d'application très large.

Une disposition dont la motivation étonne

Dans son amendement, le Gouvernement, après avoir rappelé que les dispositions du Code de la commande publique relatives aux modifications des contrats de concession avaient été rendues immédiatement applicables aux contrats conclus ou dont la consultation avait été lancée avant le 1^{er} avril 2016, souligne le fait que ce n'est pas le cas pour les marchés publics et les contrats de partenariats antérieurs à la même date. Le gouvernement compare ensuite les divers cas de modifications des marchés prévues par l'article L. 2194-1 du Code de la commande publique avec l'article 20 de l'ancien Code des marchés publics pour en déduire que :

« En matière de modification des contrats, le code des marchés publics de 2006 ne prévoyait expressément que l'hypothèse de modification du contrat en cas de sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties ».

Une telle formulation surprend car, certes seule la notion de sujétions techniques imprévues était visée au premier alinéa de l'article 20, mais le second alinéa disait (nous soulignons) :

« Dans tous les autres cas, un avenant ou une décision de poursuivre ne peut bouleverser l'économie du marché, ni en changer l'objet ».

Si bien qu'il paraît difficile de considérer que les autres cas de modifications des marchés n'étaient pas visés explicitement. On reconnaîtra que la formulation du second alinéa précité de l'article 20 pouvait être considérée à la fois comme imprécise, faute de définition de la notion de bouleversement de l'économie, et restrictive

[2] M. Terraux et A. Layrisse, « La notion de modification substantielle post-réforme de la commande publique », *Contrats publics - Le Moniteur* n° 183, janvier 2018.

puisque seules les modifications sous forme d'avenant et de décisions de poursuivre y étaient visées. Pour ce motif, il s'avérait nécessaire, pour apprécier la légalité d'un projet d'avenant ou d'un avenant d'un marché public, de se référer à la jurisprudence façonnée par le juge administratif depuis les années 1990^[3].

L'amendement passe également sous silence le fait que des cas de modifications des contrats sont ou étaient explicitement prévus par des textes autres que le Code des marchés publics. On pense en particulier aux différents CCAG de 2009 dont les articles 5.2.2, 6.2 et 7.2 évoquent la signature d'un avenant pour se conformer à diverses évolutions de la législation. Sans oublier le droit à indemnisation du titulaire en cas d'augmentation du montant des travaux au-delà de certains seuils selon l'article 15.3 du CCAG applicables aux marchés publics de travaux.

Le caractère surprenant de la motivation ne s'arrête pas là puisque la formulation ensuite utilisée par les rédacteurs de l'amendement fait penser que, selon eux, l'article 133 devrait étendre les possibilités de modification des marchés publics concernés par rapport à leur régime antérieur : « Les acheteurs bénéficieront ainsi de la possibilité de modifier ces marchés publics conclus pour une durée longue, lorsqu'une telle modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir ».

Cependant, si l'article 133 conduit à une cohérence entre le régime des concessions et celui des marchés conclus avant le 1^{er} avril 2016, il ne conduira pas pour autant à une extension des possibilités de modifications, comme l'ont déjà relevé des commentateurs de loi ASAP^[4].

Un champ d'application large

L'article 133 s'applique aux « contrats répondant à la définition des contrats de la commande publique énoncée à l'article L. 2 du Code de la commande publique (...) », reprenant ainsi les termes de l'alinéa 2 de l'article L. 2 du Code de commande publique. Il convient donc de considérer que sont visés les marchés publics et les concessions « quelle que soit leur dénomination ».

[3] Notamment CE 29 juillet 1994, Communauté urbaine de Lyon, req. n° 118953 ; CE 28 juillet 1995, Préfet Région Île-de-France c/ société de gérance Jeanne d'Arc, req. n° 143438 ; CE 13 juin 1997, Commune d'Aulnay-sous-Bois, req. n° 150681 ; CE 30 juillet 2003, Commune de Lens, req. n° 223445 ; CE 11 juillet 2008, Ville de Paris, req. n° 312354.

[4] G. Clamour, Les modifications « ASAP » du droit de la commande publique, *Contrats et Marchés publics* n° 1, janvier 2021, comm. 11.

Le cas des concessions étant traité par ailleurs^[5], on relèvera que sont à présent soumis aux dispositions de l'article L. 2194-1 du Code de la commande publique les marchés, accords-cadres, contrats de partenariats et éventuels contrats mixtes « pour lesquels une consultation a été engagée ou un avis d'appel à la concurrence a été envoyé à la publication avant le 1^{er} avril 2016 ».

Comme l'indiquent les motifs de l'amendement, seront concernés ici surtout les contrats de longue durée conclus sous l'empire du Code des marchés publics^[6] et les contrats de partenariat conclus sous l'empire de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat. L'article L. 2 du Code de la commande publique ne distinguant pas selon que les contrats conclus par des personnes morales de droit public et de droit privé, il ne faut pas, à notre sens, exclure le fait que sont également concernés les marchés encore en vigueur ayant été passés en application de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics. La date du 1^{er} avril 2016 conduisant à une durée de contrat d'au moins quatre ans et huit mois jusqu'à la date de promulgation de la loi ASAP, on peut penser qu'il s'agit surtout des contrats de partenariats et des marchés publics d'une certaine durée comme les marchés de conception - réalisation - exploitation ou maintenance de l'article 73 de l'ancien Code des marchés publics.

À noter que le I de l'article 133 précité s'appliquera, de plein droit, aux départements et les régions d'outre-mer régies par l'article 73 de la Constitution et, aux termes du II de cet article, aux « contrats mentionnés au I passés par l'État et ses établissements publics dans les îles Wallis et Futuna, en Polynésie française, en Nouvelle-Calédonie et dans les Terres australes et antarctiques françaises ».

Un changement important et des questions non résolues

Les termes utilisés par l'article 133 de la loi ASAP sont les termes-mêmes de l'article L. 2194-1 du Code de la commande publique, lequel liste les six cas dans lesquels un marché peut être modifié « sans nouvelle procédure de mise en concurrence » :

[5] Article 78 alinéa 3 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession puis article 20-II alinéa de l'ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du Code de la commande publique : « Toutefois, les dispositions des articles L. 3135-1 et L. 3136-6 du Code de la commande publique s'appliquent à la modification des contrats qui sont des concessions au sens de ce code et qui ont été conclus ou pour lesquels une procédure de passation a été engagée ou un avis de concession a été envoyé à la publication avant le 1^{er} avril 2016, date d'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 ».

[6] Issu du décret n° 2006-975 du 1^{er} août 2006 portant code des marchés publics et modifié à de nombreuses reprises.

« 1° Les modifications ont été prévues dans les documents contractuels initiaux ;

2° Des travaux, fournitures ou services supplémentaires sont devenus nécessaires ;

3° Les modifications sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues ;

4° Un nouveau titulaire se substitue au titulaire initial du marché ;

5° Les modifications ne sont pas substantielles ;

6° Les modifications sont de faible montant. »

L'objet du présent article n'est pas de commenter ces cas^[7]. On soulignera en revanche que la mise en œuvre de l'article 133 induit, comme pour les concessions en 2016, un changement dans la logique d'évolutivité des contrats concernés, qui pose des questions dont certaines ne sont pas résolues à ce jour.

Un changement dans la logique d'évolutivité des contrats

Pour les contrats concernés, les acheteurs publics devront, afin toute nouvelle modification – dont on rappellera qu'elle ne se limite pas aux avenants et aux décisions de poursuivre – passer d'une logique de sujétions techniques imprévues ou d'absence de bouleversement de l'économie du contrat à un choix de justification au regard des six cas précités de l'article L. 2194-1 du Code de la commande publique et détaillés aux articles R. 2194-1 et suivants dudit Code.

Si, en tant que tel, ce changement de logique n'appelle pas de commentaire particulier, on soulignera que, s'agissant de contrats en cours d'exécution depuis plusieurs années et ayant sans doute déjà été modifiés plusieurs fois, des difficultés peuvent surgir.

On pense, tout d'abord, au fait que ces contrats n'ont pas été rédigés en prenant en compte les exigences de la réforme de 2016 ou du Code de la commande publique. Ainsi, s'agissant des évolutions prévues dès les documents contractuels initiaux, se pose la question de savoir quelles clauses des contrats pourront être considérées comme des « clauses de réexamen ». On peut considérer que ce sera le cas des « clauses de variation du prix », visées par l'article R. 2194-1 du Code, des options, des clauses de reconductions et des tranches conditionnelles. Pour le reste, il sera sans doute plus compliqué d'invoquer cette notion.

Une autre question importante concerne le calcul des modifications de faible montant. L'article R. 2194-9 impose, en cas de modifications successives, de prendre en compte leur montant cumulé. Ainsi, dans le cas où un marché a déjà vu son montant évoluer, il conviendra de recalculer le montant de ces modifications, après mise

[7] Cf. J-F Sestier, « Modifications et résiliation des marchés publics », *Contrats publics – Le Moniteur*, n° 195, février 2019, p. 64.

en œuvre de la clause de variation des prix, pour vérifier si une nouvelle modification sur le fondement de l'article R. 2194-8 est encore possible.

De même, pour les contrats ayant déjà été modifiés pour tenir compte de travaux, fournitures ou services supplémentaires devenus nécessaires, visés à l'article R. 2194-3 alinéa 1^{er}, ou de circonstances imprévues, visées à l'article R. 2194-5 alinéa 1^{er}, il sera nécessaire de vérifier au préalable si une nouvelle modification n'aura pas pour objet de contourner les obligations de publicité et de mise en concurrence.

Faute pour les avenants conclus par l'acheteur antérieurement à la loi ASAP d'avoir précisé le motif des modifications apportés, le suivi des modifications successives risque de poser quelques difficultés. Un travail de qualification des modifications antérieures paraît indispensable.

Enfin, et c'est un changement important, pour les modifications marchés passés selon une procédure formalisée relevant de travaux, fournitures ou services supplémentaires devenus nécessaires ou de circonstances imprévues, il conviendra d'appliquer l'article R. 2194-10 du Code, relatif à l'obligation de publier au *Journal officiel de l'Union européenne* un avis de modification conforme au modèle européen.

Des limites qui resteront à fixer par la jurisprudence

Les dispositions du Code de la commande publique relatives aux modifications sont, pour certains cas, suffisamment détaillées pour permettre à l'acheteur public de déterminer sereinement si la modification qu'il envisage est autorisée. Tel paraît être le cas pour la substitution d'un nouveau titulaire, prévue à l'article R. 2194-6, et les modifications de faible montant, prévues à l'article R. 2194-8.

Cependant, les autres cas de modifications renvoient à des notions qui ne sont pas plus définies dans le Code de la commande publique que la notion de bouleversement de l'économie du marché ne l'était dans l'ancien Code des marchés publics. Elles mériteront d'être précisées par la jurisprudence (très limitée pour l'heure sur cet aspect du Code de la commande publique).

À commencer par la notion de circonstances imprévues, mise en avant par le gouvernement, qui renvoie à plusieurs qualifications juridiques. De longue date, le juge administratif considère que sont des travaux supplémentaires indispensables à la réalisation de l'ouvrage, dans le cadre d'un marché à prix forfaitaire, les travaux qui « doivent avoir été entrepris pour résoudre des difficultés exceptionnelles et imprévisibles »^[8]. L'imprévisibilité est aussi un élément déterminant de la théorie du

fait du prince^[9], de la force majeure et, naturellement, de la théorie de l'imprévision, introduite par la célèbre jurisprudence *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*^[10]. À noter toutefois que le Code de la commande publique n'évoque pas des difficultés mais de simples circonstances, lesquelles doivent toutefois rendre nécessaire la modification projetée. Il est intéressant de relever, à ce stade, que la doctrine administrative a qualifié la crise sanitaire actuelle d'évènement imprévisible mais a précisé que celui-ci n'autorisait pas tout type de modification des marchés publics^[11].

La notion de modification non-substantielle, bien qu'elle fasse l'objet de précisions à l'article R. 2194-7, reste également sujette à interprétation. Sous le précédent régime juridique, le juge administratif a accepté un avenant aggravant de 15 % le prix, sans qu'il ne considère qu'il y ait bouleversement de l'économie^[12]. S'agissant du nouveau régime, certaines conditions appellent, sauf à retenir une interprétation stricte qui exclurait presque toute modification, à définir des marges et limites, afin de savoir quelle modification n'introduit pas « des conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure de passation initiale, auraient attiré davantage d'opérateurs économiques ou permis l'admission d'autres opérateurs économiques ou permis le choix d'une offre autre que celle retenue », ne modifie pas « l'équilibre économique du marché en faveur du titulaire d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché initial » et « ne modifie [pas] considérablement l'objet du marché ». C'est en matière de concessions que des solutions apportées par la jurisprudence donnent des éclairages intéressants. Anticipant la réforme de 2016 et le Code de la commande publique, le Conseil d'État a jugé, le 15 novembre 2017, qu'un avenant actant de la résiliation partielle d'une concession constitue une modification qui « doit être regardée, eu égard à son ampleur, comme changeant la nature globale du contrat initial » et qui « 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 »^[13]. Le 9 mars 2018, il a jugé que l'augmentation des tarifs d'une concession comprise entre 31 et 48 %, « qui se traduiraient par une augmentation de plus d'un tiers des recettes et qui allaient très au-

[8] A. Taillefait, *Juriclasser Contrats et marchés publics*, Fasc. 55 : *Prix du marché*, n° 84.

[9] CE 7 mai 1982, Société Sogeparc-Paris, req. n° 19358 ; voir également : CE 14 mai 1926, Pouillard, *Rec. CE* p. 498 ; CE 19 novembre 1926, Compagnie générale transatlantique, *Rec. CE* p. 891 ; voir également : CAA Paris 23 juillet 1991, Société Cofiroute, req. n° 89PA01566.

[10] CE 16 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, req. n° 59928.

[11] Rép. min. n° 31141 et n° 31271, *JOAN* 22 septembre 2020.

[12] TA Cergy-Pontoise 3 juillet 2001, Préfet Seine-Saint-Denis, req. n° 99-8575/3 ; même solution en cas de modification à hauteur de 8 % ; CE 11 juillet 2008, Ville de Paris, req. n° 312354.

[13] CE 15 novembre 2017, Commune d'Aix-en-Provence et la SEMEPA, req. n° 409728 ; sur la même affaire, CAA Marseille 15 juillet 2020, req. n° 18MA05430-19MA00049.

delà de la compensation des augmentations de charges liées aux modifications des obligations du délégataire », revêtait la nature de « 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 »⁽¹⁴⁾.

De son côté, la Cour de justice de l'Union européenne a jugé que la prorogation de dix-huit ans d'un contrat de concession d'autoroute permet une augmentation considérable de sa rémunération et modifie, par suite, l'équilibre économique du contrat en sa faveur, ce qui constitue une modification substantielle non-autorisée⁽¹⁵⁾.

En dernier lieu, on rappellera que le dernier alinéa de l'article L. 2194-1 du Code de la commande publique fixe comme limite générique aux modifications des marchés publics le fait, « Qu'elles soient apportées par voie conventionnelle ou, lorsqu'il s'agit d'un contrat administratif, par l'acheteur unilatéralement, de telles modifications ne peuvent changer la nature globale du marché ». L'utilisation du pluriel doit, s'agissant de contrats en cours, conduire à la prudence car il n'est pas exclu que la prise en compte d'une nouvelle modification ne conduise, au regard des modifications intervenues antérieurement, aboutir, *in fine*, à un changement de la nature globale du contrat.

(14) CE 9 mars 2018, Compagnie des parcs et passeurs du Mont-Saint-Michel, req. n° 409972.

(15) CJUE 18 septembre 2019, Commission européenne c/ République italienne, aff. C-526/17.