

Modification des marchés publics

Une des caractéristiques du contrat public est la définition précise du besoin dès la passation du marché et des accords-cadres. Cependant, comme dans toute relation économique, la situation évolue. Ces évolutions ne sont pas forcément prévues. Le Code de la commande publique permet aux pouvoirs adjudicateurs, à condition de respecter les principes de la commande publique, de modifier le contrat en cours d'exécution.

Une des caractéristiques d'un marché public est l'obligation préalable, pour l'acheteur, de définir précisément le besoin que le marché doit permettre de satisfaire. Cependant, comme dans toute relation économique, la situation peut évoluer une fois le marché conclu sans que cela ait forcément été prévu lors de sa passation. Le Code de la commande publique permet donc aux pouvoirs adjudicateurs, dans certaines conditions, de modifier le marché en cours d'exécution.

Ainsi, pour éviter qu'elles ne conduisent à la conclusion d'un nouveau contrat en méconnaissance des obligations de publicité et de mise en concurrence, les modifications des marchés publics et des accords-cadres font l'objet d'un encadrement. Celui-ci a fortement évolué depuis la réforme de la commande publique issue de la directive n° 2014/24/UE du 26 février 2014 transposée par l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 et le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, tous deux codifiés dans le Code de la commande publique (CCP).

En effet, alors que l'article 20 du Code des marchés publics (CMP) autorisait la modification d'un marché en cas de sujétions techniques imprévues ou à condition qu'il n'y ait ni bouleversement de l'économie du marché ni changement de son objet, le CCP prévoit désormais une liste d'hypothèses dans lesquelles une modification est autorisée.

Précisons d'emblée que les règles du CCP relatives à la modification d'un marché public sont applicables aux marchés conclus avant le 1^{er} avril 2016. L'article 133 de la loi du 7 décembre 2020 dite ASAP n° 2020-1525 a clarifié ce point.

Modification d'un marché public dans des hypothèses limitativement listées

De manière générale, l'article L. 2194-1 du CCP prévoit qu'un marché « peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence dans les conditions prévues par voie réglementaire, lorsque :

- 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'alinéa 2 de cet article pose une réserve générale selon laquelle une modification ne doit pas avoir pour effet de changer la « nature globale » du marché. Cette notion n'est pas définie mais devrait correspondre à l'ancienne condition du CMP d'une absence de bouleversement de l'économie du contrat et de changement de son objet¹.

Dans tous les cas, rappelons que le CCP contient aussi des règles dont la finalité est de préserver les intérêts du titulaire en cas de modification. Ainsi, l'article L. 2194-2 du CCP dispose qu'en cas de modification unilatérale par l'acheteur, le cocontractant a droit au maintien de l'équilibre financier du contrat. La seconde hypothèse est prévue à l'article L. 2194-3

¹Hoepffner (Hélène), « La modification des contrats », *Revue française de droit administratif* (RFDA), 2016, p. 280.

du même code, lequel dispose que « les prestations supplémentaires ou modificatives demandées par l'acheteur au titulaire d'un marché public de travaux qui sont nécessaires au bon achèvement de l'ouvrage et ont une incidence financière sur le marché public font l'objet d'une contrepartie permettant une juste rémunération du titulaire du contrat. »

Modifications initialement prévues dans le marché

La première hypothèse de modification est celle prévue par l'article L. 2194-1-1° précité et l'article R. 2194-1 du CCP, ce dernier disposant que « le marché 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, dont des clauses de variation du prix ou d'options claires, précises et sans équivoque ».

Le champ d'application d'une clause de réexamen est large, celle-ci pouvant concerner le prix, les délais les modalités d'exécution...

Cependant, l'acheteur doit prendre soin de préciser le champ d'application des modifications – cela implique de décrire les événements permettant l'intervention de cette clause. La nature des modifications ou les options envisageables doivent être identifiées. Ainsi, l'aspect essentiel sur lequel portera la modification et, le cas échéant, ce que pourra recouvrir la modification devront être définis. Enfin, la clause doit préciser les conditions de sa mise en œuvre. Cet impératif suppose de définir la procédure ou les modalités à suivre pour modifier le contrat.

Le juge administratif n'ayant pas encore apporté de précision sur la mise en œuvre de ces clauses, il ne peut qu'être recommandé de les rédiger avec attention dès lors qu'elles permettent d'opérer d'importantes modifications étant donné que leur montant n'est pas limité.

Ajout de prestations supplémentaires devenues nécessaires

Ce deuxième cas autorisé par le 2° de l'article L. 2194-1 du CCP est précisé par les articles R. 2194-2 à R. 2194-4 du même code.

Des travaux, fournitures ou services supplémentaires et devenus nécessaires en cours d'exécution peuvent être ajoutés. Une condition est toutefois posée : le changement de titulaire doit être impossible pour des raisons économiques ou techniques tenant notamment à des exigences d'interchangeabilité ou d'interopérabilité avec les équipements, services ou installations existants achetés dans le cadre du marché public initial.

En revanche, pour l'heure, la notion de prestations devenues nécessaires n'a pas encore été clarifiée. Ceci étant, le considérant 108 de la directive du 26

février 2014 a illustré la notion de changement impossible du titulaire en relevant qu'il pourrait en être ainsi « lorsque le changement de fournisseur obligerait le pouvoir adjudicateur à acquérir un matériel, des travaux ou des services revêtant des caractéristiques techniques différentes entraînant une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien disproportionnées ».

L'article R. 2194-3 du CCP ajoute pour les marchés des pouvoirs adjudicateurs, que « le montant de la modification (...) ne peut être supérieur à 50 % du montant du marché initial ». Le texte précise qu'en cas de modifications successives « cette limite s'applique au montant de chaque modification » et que « ces modifications successives ne doivent pas avoir pour objet de contourner les obligations de publicité et de mise en concurrence ».

Dans le cadre de ce calcul, l'acheteur doit tenir compte, en vertu de l'article R. 2194-4 du CCP, de la clause de variation des prix.

Dès lors, quand bien même la modification serait justifiée au regard des conditions de nécessité et d'impossibilité de changement du titulaire, la modification doit respecter le seuil de 50 % du montant du marché initial.

Enfin, une modification d'un marché passé selon une procédure formalisée doit faire l'objet d'un avis publié au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE).

Survenu de circonstances imprévues pour l'acheteur diligent

Cette hypothèse est prévue par le 3° de l'article L. 2194-1 du CCP et précisée par l'article R. 2194-5 selon lequel « le marché peut être modifié lorsque la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir ».

Là encore, cette disposition n'a pas été explicitée par la jurisprudence. Néanmoins, le considérant 109 de la directive du 26 février 2014 permet de mieux comprendre la notion de circonstances imprévues, celui-ci exposant qu'il s'agit de « celles que le pouvoir adjudicateur, bien qu'ayant fait preuve d'une diligence raisonnable lors de la préparation du marché initial, n'aurait pu prévoir, compte tenu des moyens à sa disposition, de la nature et des caractéristiques du 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 ».

Au regard des décisions rendues par le juge européen, la condition d'imprévisibilité dans le cadre de cet article devrait être appréciée de façon stricte². L'acheteur doit donc pouvoir démontrer qu'il n'était

² CJUE 7 septembre 2016, Finn Frogne AS, aff. C 549/14.

matériellement pas en capacité de prévoir cette circonstance lors de la passation du marché.

Par ailleurs, ces circonstances ne doivent pas être confondues avec les sujétions imprévues qui étaient définies comme « des difficultés matérielles rencontrées lors de l'exécution d'un marché, présentant un caractère exceptionnel, imprévisibles lors de la conclusion du contrat et dont la cause est extérieure aux parties »³.

Ces deux notions peuvent sembler proches, mais elles diffèrent sur plusieurs points. Les sujétions techniques imprévues doivent revêtir un caractère matériel, quand les circonstances imprévues ne connaissent aucune limitation de cette nature. Le critère de l'imprévisibilité lié aux sujétions techniques imprévues est apprécié du point de vue du titulaire, quand le CCP l'envisage du point de vue de l'acheteur. Enfin, les modifications fondées sur des circonstances imprévues sont limitées du point de vue du montant du contrat alors qu'aucune limite n'était fixée en matière de sujétions techniques imprévues.

Rappelons, sur ce dernier point que, en vertu du second alinéa de l'article R. 2194-5 du CCP, le montant des modifications ne peut pas dépasser 50 % du montant initial du marché. L'acheteur doit, le cas échéant, tenir compte de la mise en œuvre de la clause de variation des prix pour le calcul du montant de cette modification, d'autre part.

Enfin, ces modifications doivent elles aussi faire l'objet d'un avis publié au JOUE⁴.

Substitution d'un nouveau titulaire

Ici, un nouveau titulaire remplace le titulaire initial du marché public. Cette possibilité est limitée à deux situations prévues à l'article R. 2194-6 du CCP. Ainsi, un nouveau titulaire se substitue au titulaire initial du marché en application d'une clause de réexamen ou d'une option conformément aux dispositions de l'article R. 2194-1 ou dans le cas d'une cession du marché.

Cette cession peut intervenir suite à une opération de restructuration du titulaire initial, à condition qu'elle « n'entraîne pas d'autres modifications substantielles et ne soit pas effectuée dans le but de soustraire le marché aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Le nouveau titulaire doit remplir les conditions qui avaient été fixées par l'acheteur pour la participation à la procédure de passation du marché initial⁵ ».

On relèvera ici que la cession d'un marché n'est pas de droit pour le nouveau titulaire car l'acheteur peut

s'y opposer si ce nouvel opérateur ne dispose pas des capacités à assurer l'exécution du marché⁶.

Les modifications non substantielles

Cette cinquième hypothèse de modification visée au 5° de l'article L. 2194-1 du CCP est précisée par l'article R. 2194-7 lequel dispose en son premier alinéa que des modifications, quel que soit leur montant, peuvent intervenir si elles « ne sont pas substantielles ».

Cette hypothèse est issue de la jurisprudence établie par la décision de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) du 19 juin 2008⁷. Le 20 mars 2020, la CJUE a précisé que sont substantielles les modifications qui « présentent des caractéristiques substantiellement différentes de celles du marché initial » et qui sont, en conséquence « de nature à démontrer la volonté des parties de renégocier les termes essentiels de ce marché »⁸.

Au-delà de ces éléments, l'article R. 2194-7 du CCP comporte, à son second alinéa, une énumération de quatre conditions alternatives, dans lesquelles la modification est considérée comme substantielle. Celle relative à un changement du titulaire en dehors des hypothèses prévues à l'article R. 2194-6 n'appelle pas d'observation particulière.

Une modification est substantielle si elle a pour effet d'introduire des conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure de passation initiale, auraient attiré davantage d'opérateurs économiques, permis l'admission d'autres opérateurs économiques ou permis le choix d'une offre autre que celle retenue.

À titre d'exemple, le Conseil d'État a jugé que la résiliation partielle d'un contrat ayant pour effet de restreindre sensiblement le périmètre des prestations constitue une modification substantielle en ce qu'elle instaure des conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure de passation initiale, auraient attiré davantage d'opérateurs économiques⁹.

Une modification est substantielle si elle conduit à modifier l'équilibre économique du marché en faveur du titulaire « d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché initial ». Ainsi, seule une modification d'une certaine importance de l'équilibre économique devrait être susceptible de révéler une modification substantielle. Une modification de l'équilibre économique en défaveur du titulaire ne sera pas qualifiée de substantielle.

Enfin, pour ne pas être substantielle, la modification ne doit pas changer « considérablement l'objet du

⁶GCE 8 juin 2000, Avis n° 364803.

⁷CJCE 19 juin 2008, Priesstext Nachrichtenagentur GmbH, aff. C-454/06

⁸CJUE 26 mars 2020, Hungeod Közlekedésfejlesztési, Földmérési, Út- és Vasútervezési Kft, aff. C-496/18.

⁹CE 15 novembre 2017, Commune d'Aix-en-Provence c/ Société d'économie mixte d'équipement du Pays d'Aix, req. n° 409728.

³CE 22 décembre 1976, Sieur Y, req. n° 94998 ; CE 30 juillet 2003, Commune de Lens, req. n° 223445.

⁴Article R. 2194-10 du CCP.

⁵Article R. 2194-6 du CCP.

marché ». Cela rappelle l'ancienne règle prévue par l'article 20 de feu le CMP et renvoie notamment à la nature et à la consistance des prestations objet du marché.

Modifications de faible montant

Cette sixième hypothèse de modification prévue au 6° de l'article L. 2194-1 du CCP est précisée par les articles R. 2194-8 et R. 2194-9, lesquels disposent respectivement que :

- un marché ou un accord-cadre « peut être modifié lorsque le montant de la modification est inférieur aux seuils européens qui figurent dans l'avis annexé au présent code et à 10 % du montant du marché initial pour les marchés de services et de fournitures ou à 15 % du montant du marché initial pour les marchés de travaux » ;

- en cas de modifications successives, l'acheteur doit prendre en compte le montant cumulé de ces modifications pour appliquer les seuils ci-dessus évoqués.

Le possible cumul des hypothèses de modification

Rappelons rapidement qu'un marché peut valablement faire l'objet de plusieurs modifications au cours de son exécution et que l'acheteur est tout à fait en droit, à cet effet, de se fonder sur les différentes hypothèses précitées.

En revanche, il est fortement recommandé de viser, dans l'acte modificatif, c'est-à-dire l'avenant ou la décision unilatérale de l'acheteur, la disposition sur laquelle est fondée la modification.

Limite financière à l'augmentation de prix dans un accord-cadre

Certaines modifications étant encadrées par une limite financière sous forme de pourcentage d'augmentation par rapport au montant initial du contrat, la

question se pose de savoir quel montant doit être pris en compte pour un accord-cadre conclu sans montant maximum. Rappelons que ce type de pratique ne doit plus avoir cours depuis le 1^{er} janvier 2022 en application du décret du 23 août 2021. Pour autant, cette question reste intéressante pour les contrats conclus antérieurement.

Pour ce type de contrat, certains ont pu se demander si l'absence de montant initial permettrait d'écarter l'application des limites financières posées par les articles R. 2194-5 et R. 2194-8 du CCP.

Toutefois, une position plus prudente et préférable consiste à prendre en compte le montant estimatif rendu public dans l'avis de marché comme montant initial de l'accord-cadre. Celle-ci est d'ailleurs partagée par la doctrine¹⁰.

La question ne devrait plus se poser pour les accords-cadres conclus postérieurement à la décision Simonsen & Weel de la CJUE¹¹ puisqu'ils comporteront obligatoirement un montant maximum et qu'il est formellement permis de penser que ce montant pourra être considéré comme le montant initial de l'accord-cadre.

La modification de la structure du prix d'un marché

Enfin, rappelons qu'aucune règle ne fait obstacle, par principe, à une modification des clauses relatives à la structure du prix d'un marché, pas même le principe de l'intangibilité ou de l'irrévocabilité du prix.

En effet, remettant en cause certaines positions doctrinales et gouvernementales¹², le Conseil d'État a jugé qu'une modification, par avenant, du mécanisme d'évolution du prix définitif d'un marché¹³ peut valablement intervenir. Toutefois, il est évident qu'une telle modification ne peut être régulière qu'à la condition d'être fondée sur une des hypothèses listées à l'article L. 2194-1 du CCP.

Yvonnick Le Fustec
Avocat
SCP Seban et Associés

¹⁰Zalcborg (Pierre-Ange), « Questions pratiques autour des modifications de l'accord-cadre en cours d'exécution : mesure de l'incidence financière et méthodes », Contrats et Marchés publics n° 4, avril 2020, étude 4 ; Lettre d'information de Lexcase, « Accord-cadre sans maximum. Une précaution au maximum », Mai 2020.

¹¹CJUE 17 juin 2021, Simonsen & Weel A/S c/ Region Nordjylland og Region Syddanmark, Aff. C-23/20.

¹²Le Prix dans les marchés publics : guide et recommandations, direction des affaires juridiques, paragraphe 3, Mars 2013.

¹³CE 20 décembre 2017, Sté Area Impianti, req. n° 408562.