

Evolutivité des contrats de la commande publique : quelles règles de cumul en cas de modifications successives ?

REVUE CONTRATS PUBLICS - N° 256 - Septembre
2024

Dossier - Modifications des contrats : à quelles conditions ?

Philippe Guellier

Avocat au barreau de Lyon

Cabinet Seban Avocats

Les contrats peuvent faire l'objet de plusieurs modifications successives. Si les modifications ont le même fondement juridique, le Code de la commande publique pose les règles applicables. En revanche, en cas de fondements juridiques différents, si le Code précité n'apporte pas de solution explicite, plusieurs indices semblent montrer que la jurisprudence administrative s'oriente dans le sens d'un non-cumul des modifications successives.

L'avis rendu le 19 avril 2005 par le Conseil d'État ⁽¹⁾ avait marqué, en son temps, le régime des avenants aux conventions de délégation de service public. Après avoir précisé qu'il n'y avait pas lieu de faire une distinction entre le régime des avenants de prorogation de la durée de ces conventions et celui applicable aux autres avenants, le Conseil d'État avait indiqué que tout avenant, quel qu'il soit, devait respecter les règles suivantes : « ne (...) pas avoir pour objet la réalisation d'investissements qui sont normalement à la charge du délégataire, tels les investissements de renouvellement des installations » ; « ne (...) pas modifier l'objet de la délégation » et, enfin, « 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 ». Ce faisant, la Haute juridiction mettait de côté l'approche antérieure en jurisprudence, approche purement quantitative, « donnant (presque) le dernier mot aux chiffres, déconnectés de leur contexte », « au profit d'une approche plus qualitative » ⁽²⁾. La suppression de la référence au bouleversement de l'économie du contrat, au profit de celle de la modification substantielle d'un des éléments essentiels du contrat, faisait écho à l'opinion exprimée par plusieurs membres du Conseil d'État, selon laquelle les concepts issus du droit des marchés publics étaient difficilement transposables aux conventions de délégation de service public ⁽³⁾.

Les directives de 2014 ⁽⁴⁾ et leur transposition en droit français par l'ordonnance du 23 juillet 2015 ⁽⁵⁾ et le décret du 25 mars 2016 ⁽⁶⁾ font, à cet égard, penser à un retour en arrière. En effet, plusieurs des hypothèses de modification des marchés et concessions, visées depuis 2019 aux articles L.2194-1 et L.3135-1 du Code de la commande publique, s'apprécient directement au regard de l'évolution du montant du contrat initial.

Il peut en résulter des difficultés pratiques pour contrôler le respect des seuils de modification prévus au Code de la commande publique, notamment lorsque les modifications d'un contrat ne sont pas purement financières, comme le relevait le Conseil d'État dans son avis du 15 septembre 2022 ⁽⁷⁾ : « Les dispositions du Code de la commande publique, notamment celles de son article R. 2112 4 citées au second alinéa du point 3, ne font pas non plus obstacle à la modification de la seule durée du marché ou du contrat de concession. Ainsi, des prolongations du contrat, sans nouvelle procédure de mise en concurrence, sont possibles si elles peuvent être regardées, au sens des dispositions citées aux points 1 et 2, comme des modifications rendues nécessaires par des circonstances imprévisibles ou des modifications non substantielles ou de faible montant. **Le Conseil d'État relève néanmoins la difficulté pratique qui tient à la nécessité d'évaluer une durée en proportion du montant initial du contrat afin de s'assurer, le cas échéant, du respect des plafonds imposés par ces dernières dispositions.** ».

Les modifications successives posent question, quant à elles, lorsqu'un contrat de la commande publique fait l'objet d'évolutions au vu de fondements juridiques distincts, du fait du silence des directives comme du Code de la commande publique sur ces cas.

Sous l'empire de l'ancien Code des marchés publics, un tribunal administratif avait jugé qu'« En cas d'avenants successifs, l'éventuel bouleversement de l'économie générale du marché s'apprécie au regard du montant initial de celui-ci, en tenant compte de l'impact de l'ensemble des avenants antérieurs, et non au regard de son montant tel que modifié par ces avenants. » ⁽⁸⁾. Le respect de cette règle était assez simple à contrôler lorsqu'était projeté un nouvel avenant à un contrat de la commande publique.

L'existence, dans le Code de la commande publique, de fondements juridiques distincts implique dorénavant de connaître les règles de cumul de modifications d'un contrat de la commande publique. On relèvera d'emblée que les exemples jurisprudentiels récents ⁽⁹⁾ portent rarement sur des situations de modifications successives, sans doute faute pour le juge administratif d'être saisi de cette question. On peut en revanche observer que, du fait de leur rôle de contrôle *a posteriori* de la gestion publique, les juridictions financières portent assez fréquemment des appréciations sur de telles situations. Ainsi, la chambre régionale des comptes de Nouvelle Aquitaine a récemment jugé : « À l'inverse, ni la nature des prestations, ni le régime des marchés publics de services conclus avec Véolia ne justifient une aussi longue période contractuelle. Au contraire, l'exploitation du service d'eau potable, dont l'économie a été largement bouleversée par les avenants successifs, aurait sans doute gagné en efficience par une remise en concurrence périodique. » ⁽¹⁰⁾.

Outre les règles de cumul de modifications par fondement juridique prévues au Code de la commande publique, plusieurs indices nous semblent montrer que la jurisprudence administrative s'oriente dans le sens d'un non-cumul des modifications successives relevant de fondements juridiques différents.

Les règles de cumul par fondement juridique prévues par le Code de la commande publique

À toutes fins utiles pour la suite de la présente réflexion, on rappellera, d'une part, que le Code de la commande publique ne soumet pas les seuls avenants aux règles d'évolutivité mais toutes les modifications, ce qui peut inclure des décisions unilatérales ⁽¹¹⁾.

L'interdiction de changer la nature globale d'un contrat de la commande publique par des

modifications successives

En premier, il nous paraît notable que les articles L. 2194-1 et L. 3135-1 susvisés du Code de la commande publique utilisent le pluriel pour indiquer que, « 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 ou du contrat de concession. Cette rédaction, légèrement différente de celle des directives, nous semble nécessairement induire que, quel que soit le fondement juridique, plusieurs modifications successives d'un contrat de la commande publique doivent être appréciées ensemble pour déterminer si l'acheteur et son cocontractant ont changé la nature du contrat initial.

Les règles de cumul prévues par le Code de la commande publique pour certaines modifications ayant le même fondement juridique

Plusieurs articles du Code de la commande publique prévoient des règles de cumul propres au fondement juridique qu'ils concernent. Cette règle peut être exprimée positivement ou négativement.

Clauses de réexamen

Les articles R. 2124-1 et R. 3135-1 du Code de la commande publique disposent qu'un contrat de la commande publique peut être modifié sur le fondement de clauses de réexamen « quel que soit leur montant ». On peut donc penser que les modifications successives sur ce fondement n'ont pas à faire l'objet d'un cumul pour en apprécier la légalité.

Travaux, fournitures ou services supplémentaires devenus nécessaires

L'article R. 2124-2 dispose dans le même sens qu'un marché peut être modifié pour inclure des travaux, fournitures ou services supplémentaires devenus nécessaires « quel que soit leur montant ». Cependant, les articles R. 2194-3 et R.3135-1 ajoutent un plafond spécifique aux pouvoirs adjudicateurs : lorsque le marché ou le contrat de concession est conclu par un pouvoir adjudicateur, le montant de la modification ne peut être supérieur à 50 % du montant du marché initial ou du contrat de concession initial. De plus, « **lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, cette limite s'applique au montant de chaque modification**. Ces modifications successives ne doivent pas avoir pour objet de contourner les obligations de publicité et de mise en concurrence. ».

Le Conseil d'État a appliqué cette règle [\(12\)](#) dans un arrêt du 23 décembre 2016 relatif à des avenants entre l'État et des sociétés concessionnaires d'autoroutes : « Considérant que si les requérants soutiennent que des clauses prévoyant de nouveaux travaux, notamment pour la réalisation de nouvelles sections d'autoroute, constitueraient des clauses réglementaires, qui méconnaîtraient les dispositions citées au point 4 ci-dessus, un tel moyen doit, en tout état de cause, être écarté, dès lors qu'il ressort des pièces des dossiers, d'une part, que les travaux en cause, **dont le montant n'est pas supérieur à 50 % du montant des contrats initiaux**, ont pour objet soit de répondre aux risques liés à l'accroissement du trafic, soit d'améliorer la sécurité routière, qu'ils répondent ainsi à des besoins d'intérêt général et qu'ils sont devenus nécessaires pour assurer l'exploitation des concessions et, d'autre part, qu'un changement de concessionnaire serait impossible du fait des liens étroits entre les équipements concernés et les biens et services concédés et de nature à entraîner, pour l'État, une augmentation substantielle des coûts en raison des indemnités qui seraient dues. » [\(13\)](#).

Circonstances imprévues

Le plafond de 50 % du contrat initial par modification s'applique aussi lorsqu'un contrat de la commande publique est modifié du fait de circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir, ainsi que le disposent les articles R. 2194-5 et R. 3135-5 du Code de la commande publique.

Substitution de titulaire

Il n'est pas inintéressant de noter que l'article R. 2194-6 du Code de la commande publique limite le cas de substitution du titulaire initial d'un marché, dans le cas de cession dudit marché à la suite d'une opération de restructuration du titulaire initial, « **à condition que cette cession 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 ». Cette limite n'existe pas pour la substitution du titulaire initiale d'une concession et n'est pas reprise pour les autres fondements juridiques du Code.

Modifications non substantielles

Les articles R.2194-7 et R.3135-7, alinéas 1^{er}, disposent qu'un marché ou un contrat de concession « peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence lorsque **les modifications, quel que soit leur montant**, ne sont pas substantielles ». À nouveau, l'utilisation du pluriel par le Code de la commande publique laisse penser que plusieurs modifications cumulées d'un contrat de la commande publique pourraient être considérées comme substantielles, et ce sans problématique de montant. Si la jurisprudence n'offre pas encore d'exemple, à notre connaissance, on relèvera que ce fondement juridique concerne tant l'augmentation des prestations que leur réduction [\(14\)](#).

Modifications de faible montant

Les modifications de faible montant constituent le seul fondement juridique pour lequel le Code de la commande publique prévoit, aux articles R. 2194-9 et R. 3135-9, que « Lorsque plusieurs modifications successives (...) sont effectuées, l'acheteur prend en compte leur montant cumulé. ». Cette règle de cumul s'applique à la fois pour le calcul du pourcentage du contrat initial et le seuil européen [\(15\)](#). Une réponse ministérielle avait apporté un exemple de mise en œuvre de ce mécanisme : « Le pourcentage de 10 ou 15 % s'apprécie au regard du montant initial du marché public après application, le cas échéant, de la clause de variation des prix. Ainsi, lorsqu'une clause de variation a augmenté de 4 % le prix initial du marché public, la valeur de la modification est calculée à partir du prix initial augmenté de 4 %. Cette logique de calcul se justifie par la nécessité de prendre en compte la réalité financière d'un marché public à l'instant où la modification est envisagée. » [\(16\)](#).

Cette règle de cumul n'appelle pas de commentaire particulier, si ce n'est pour les concessions pour lesquelles le calcul de la valeur modifiée du contrat initial repose généralement sur des hypothèses prévisionnelles futures (taux de fréquentation d'un équipement, niveau de

consommation d'un service...). Dans ces conditions, l'estimation de la valeur d'une ou de plusieurs modifications peut se révéler *a posteriori* fautive, à la hausse comme à la baisse. Pour sécuriser l'acheteur, une stratégie peut être de tracer, dans un article de l'avenant, l'effet prévisionnel de ce dernier sur la valeur du contrat initial.

Vers un non-cumul des modifications successives d'un contrat relevant de fondements juridiques distincts

Avant d'analyser la question de la légalité des modifications successives d'un contrat de la commande publique relevant de fondements juridiques distincts, il convient de souligner que l'obligation pour les collectivités de saisir pour avis la commission d'appel d'offres (CAO) et la commission de délégation de service public (DSP) n'a pas fait l'objet d'une harmonisation avec les hypothèses prévues aux articles L. 2194-1 et L. 3135-1 du Code de la commande publique. Elle obéit donc toujours à une règle propre.

Une interprétation doctrinale en faveur du cumul des avenants successifs aux marchés et délégations de service public pour la saisine pour avis de la CAO et de la CDSP des collectivités

Les articles L. 1414-4, alinéa 1, et L. 1411-6, alinéa 2 du Code général des collectivités territoriales disposent que tout projet d'avenant à un marché public ou à une convention de délégation de service public entraînant une augmentation du montant global supérieure à 5 % est soumis pour avis à la CAO ou à la CDSP, avis qui est ensuite transmis à l'assemblée délibérante de la collectivité.

Depuis de nombreuses années, la doctrine administrative considère que le seuil de 5 % de la CDSP doit être calculé, en cas d'avenants successifs, en cumul d'avenants et non avenant par avenant : « En cas de pluralité d'avenants passés successivement, l'avis de la commission et, le cas échéant, la décision de l'assemblée délibérante doivent être recueillis pour tout avenant qui, pris individuellement, est inférieur à 5 % du montant initial du contrat, mais dont le cumul avec le ou les avenants précédents a pour effet de majorer le montant initial de plus de 5 % » [\(17\)](#).

À noter que les dispositions précitées visent les seuls avenants et non toutes les modifications d'un marché ou d'une délégation de service public. À cet égard, la DAJ considère qu'« en conséquence, la CAO n'a pas à être consultée en cas de décision de poursuivre ou de décision unilatérale de modification du marché public initial. De même, l'avis de la CAO n'est pas nécessaire lors la mise en œuvre d'une clause de variation des prix. » [\(18\)](#).

Vers une règle de non-cumul des modifications relevant de fondements juridiques distincts

Reste la question délicate de l'appréciation de la légalité de modifications successives (voire simultanées) d'un contrat de la commande publique relevant de fondements juridiques différents.

Dès l'entrée en vigueur du Code de la commande publique, la direction des affaires juridiques du ministère des Finances (DAJ) a pris position pour considérer que les modifications de faible montant ne pouvaient s'accompagner de modifications substantielles, laissant penser que les articles R. 2194-7 et R. 2194-8 du Code de la commande publique, d'une part, et les articles R. 3135-7 et R. 3135-8 dudit code, d'autre part, devaient être appliqués de manière combinée : « Si ces deux conditions sont satisfaites, **sous réserve que les modifications envisagées ne s'accompagnent pas d'autres modifications susceptibles d'être substantielles**, les parties peuvent conclure librement un avenant qui pourrait ainsi porter sur tous leurs engagements : prestations à exécuter, calendrier d'exécution ou règlement financier du contrat. ». Une telle affirmation interroge : l'existence dans le Code de fondements juridiques distincts conduit plutôt à considérer que chaque cas s'apprécie de manière distincte. Surtout, les articles R. 2194-8 et R. 3135-8 disposent explicitement que les modifications de faible montant s'appliquent « sans qu'il soit nécessaire de vérifier si les conditions prévues à l'article [R. 2194-7/R.3135-7] sont remplies ». S'il ne fait pas de doute que des modifications de faible montant seraient illégales si elles s'accompagnent d'un changement de la nature du contrat, l'affirmation de la DAJ nous paraît contestable.

La jurisprudence n'a pas, à notre connaissance, confirmé le fait qu'en cas de modifications successives ou simultanées d'un contrat relevant de fondements juridiques différents, les hypothèses prévues aux articles L.2194-1 et L.3135-1 du Code de la commande publique devaient être appréciées fondement juridique par fondement juridique. Néanmoins, l'avis du 15 septembre 2022 comporte un indice sérieux de la position que pourrait prendre le Conseil d'État. Il indique en effet : « Les parties ayant procédé à des modifications de faible montant de leur marché ou contrat de concession peuvent, par la suite, le modifier de nouveau sur le fondement, si les conditions en sont remplies, des dispositions relatives aux modifications rendues nécessaires par des circonstances imprévisibles. » [\(19\)](#).

La doctrine administrative récente confirme cette interprétation en utilisant la notion de régime spécifique pour désigner chaque hypothèse prévue aux articles L. 2194-1 et L. 3135-1 du Code de la commande publique :

« **Ces deux motifs de modification sont ainsi nécessairement distincts** puisque ne répondant pas aux mêmes conditions de déclenchement et que les limites encadrant les modifications de faible montant s'apprécient toutes modifications confondues cumulées sur la durée totale du contrat, alors que celles encadrant les modifications pour circonstances imprévisibles s'apprécient modification par modification. » [\(20\)](#).

« L'article L. 2194-1 du Code de la commande publique prévoit différentes possibilités de modifier un marché public sans nouvelle procédure de mise en concurrence, parmi lesquelles figurent notamment les modifications rendues nécessaires par des circonstances imprévues et les modifications de faible montant. **Chacune de ces modifications fait l'objet d'un régime spécifique.** (...) **Il n'y a pas lieu, par conséquent, de prendre en compte le montant des modifications intervenues sur le fondement de l'article R. 2194-5 du Code de la commande publique pour apprécier la limite des modifications de faible montant.** Il convient toutefois de veiller à ce que le même événement ne soit pas utilisé pour justifier plusieurs modifications du marché public. À défaut, tout ou partie de ces modifications pourrait être censurées par le juge administratif. » [\(21\)](#).

La liste des questions relatives aux cas de modifications successives d'un contrat de la commande publique n'est cependant pas épuisée, en particulier, pour l'identification du fondement juridique de chaque modification : en cas d'indication dans chaque avenant du fondement juridique précis des modifications apportées au contrat, le juge administratif se considérera-t-il lié par les choix fait par l'acheteur ? En sens inverse, faute pour l'acheteur d'avoir tracé dans le contrat le fondement juridique de chaque modification apportée (et sa valeur le cas échéant), comment fera le juge pour attribuer un tel fondement (et calculer la valeur de chaque modification) ? Pour les contrats anciens soumis aux articles L. 2194-1 et L. 3135-1 par l'effet du Code de la commande publique ou de la loi du 7 décembre 2020 [\(22\)](#), comment prendre en compte les modifications opérées sous le régime de l'avis rendu le 19 avril 2005 par le Conseil d'État ?

À ces questions, peut se rajouter la difficulté parfois rencontrée de qualifier la modification d'un contrat à l'aune d'une des hypothèses limitativement énumérées aux articles L. 2194-1 et L. 3135-1 du Code de la commande publique.

Il convient donc pour les parties aux contrats de la commande publique de rester vigilant dans le suivi desdits contrats afin d'éviter de rencontrer une limite à l'évolutivité faute de pouvoir justifier du fait que, malgré les modifications antérieures apportées, un nouvel avenant reste dans les cas autorisés.

- 1) CE avis 19 avril 2005, n° 371234, *BJCP* n° 45, p. 107.
- 2) N. Symkowicz, Ph. Proot, « L'avis du 19 avril 2005 : d'utiles précisions sur le contenu et le régime d'exécution des conventions de délégation de service public », *AJDA* 2006, chroniques p. 1371.
- 3) Observations R. Schwartz sous CE avis 19 avril 2005, n° 371234, *BJCP* n° 45, p. 111.
- 4) Directive 2014/23/UE du 26 février 2014, directive 2014/24/UE du 26 février 2014, directive 2014/25/UE du 26 février 2014.
- 5) Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.
- 6) Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.
- 7) CE Ass. avis 15 septembre 2022, Possibilités de modification du prix ou des tarifs des contrats de la commande publique et aux conditions d'application de la théorie de l'imprévision, n° 405540, point 7.
- 8) TA Cergy-Pontoise 16 avril 2019, OPH de Gennevilliers, req. n° 1808664.
- 9) CJUE 7 septembre 2016, Finn Frogne A/S, aff. C-549/14 ; CE 9 mars 2018, Commune du Mont-Saint-Michel, req. n° 409972 ; CJUE 18 septembre 2019, Commission européenne c/ République italienne, aff. C-526/17, § 75-76.
- 10) CRC Nouvelle Aquitaine, 15 février 2022, Rapport d'observations définitives, SIAEPA de la région de CROCQ (Département de la CREUSE), Exercices 2016 et s.
- 11) CCP, art. L. 2194-1 et L. 3135-1.
- 12) Pour être précis, on soulignera que le Conseil d'État a interprété la teneur de ces deux conditions au regard du I de l' article 13-1 du décret n° 2010-406 du 26 avril 2010 relatif aux contrats de concession de travaux publics et portant diverses dispositions en matière de commande publique - dans sa rédaction issue du décret n° 2014-1341 du 6 novembre 2014 modifiant le décret n° 2010-406 du 26 avril 2010 relatif aux contrats de concession de travaux publics et portant diverses dispositions en matière de commande publique – lequel qui reprend exactement les conditions prévues au 2° de l'ancien article 139 du Décret marchés publics.
- 13) CE 23 décembre 2016, M. E... G... et M. F... D..., req. n° 397096.
- 14) CJUE 7 septembre 2016, Finn Frogne A/S, aff. C-549/14.
- 15) MINEFE, Fiche technique, Possibilités offertes par le droit de la commande publique de modifier les conditions financières et la durée des contrats de la commande publique pour faire face à des circonstances imprévisibles et articulation avec l'indemnité d'imprévision, 21 septembre 2022.
- 16) Rép. min. à QE n° 21408, *JO Sénat* 16 juin 2016.
- 17) Rép. min. à QE n° 25104, *JO sénat* 31 août 2000.
- 18) Ce qui n'était pas le cas dans la réponse ministérielle n° 25104 qui indiquait qu'« une décision de poursuivre paraît devoir être soumise à l'avis préalable de la commission ».
- 19) CE Ass. avis, 15 septembre 2022, Possibilités de modification du prix ou des tarifs des contrats de la commande publique et aux conditions d'application de la théorie de l'imprévision, n° 405540, point 13.
- 20) MINEFE, Fiche technique, « Possibilités offertes par le droit de la commande publique de modifier les conditions financières et la durée des contrats de la commande publique pour faire face à des circonstances imprévisibles et articulation avec l'indemnité d'imprévision », 21 septembre 2022.
- 21) Rép. min. à QE n° 04407, *JO sénat* 30 mars 2023.
- 22) P. Guellier, « Loi ASAP, Faciliter la modification des contrats en cours d'exécution en faisant application des règles issues des directives de 2014 ? », *Contrats publics* n° 217, février 2021.