

La modification des contrats en cours d'exécution s'inscrit dans un cadre juridique particulier qui tente de concilier des principes contradictoires : la liberté contractuelle d'un côté, qui voudrait que les parties au contrat puissent le modifier librement, et les principes fondamentaux de la commande publique de l'autre, dont la mise en œuvre ne se limite à la phase de passation. Cette recherche d'équilibre n'empêche pas un encadrement exigeant.

Les règles applicables ont considérablement évolué lors de la transposition des directives de 2014. Ces textes ont systématisé la jurisprudence *Pressetext* (CJCE, 19 juin 2008, aff. C-454/06, *Pressetext*) et sont désormais repris par le Code de la commande publique. Ce dernier distingue formellement les règles concernant les marchés et celles applicables aux contrats de concession : leur contenu reste cependant identique. Ainsi, six hypothèses sont identifiées et permettent de modifier un marché ou un contrat de concession sans avoir recours à une nouvelle procédure de mise en concurrence. Toutefois, au-delà des conditions de mise en œuvre propres à chacune d'entre elles, il existe également un cadre général à respecter.

1. Des hypothèses de modifications autorisées identifiées

Le Code offre une liste exhaustive des modifications autorisées, ce qui permet de considérer que toutes celles qui n'y figurent pas sont en principe interdites. Pourtant, toutes les hypothèses envisagées n'offrent pas le même degré de précision.

A. Les modifications anticipées

Les modifications anticipées sont probablement les plus faciles à mettre en œuvre. Les cocontractants ont la possibilité de modifier le contrat en cours d'exécution lorsque les modifications ont été prévues dans les documents contractuels initiaux (CCP, art. L. 2194-1, 1° et L. 3135-1, 1°). De telles modifications sont facilement admises car elles ne portent pas atteinte aux conditions de mise en concurrence initiales : elles ne font qu'appliquer des dispositions contractuelles qui ont été portées à la connaissance de tous les opérateurs économiques candidats lors de la passation du contrat.

Du point de vue formel, les modifications doivent avoir été prévues par des clauses de réexamen. Il peut notamment s'agir de clauses de variation du prix ou d'options qui doivent être « claires, précises et sans équivoque ». Sur le fond, la seule difficulté pour les cocontractants est de s'assurer, lors de la rédaction du contrat initial, que les clauses sont suffisamment explicites afin qu'il ne puisse pas leur être reproché d'aller au-delà de ce qui était prévu, ni d'avoir inséré des clauses qui ne permettent pas de déterminer à l'avance quelles sont les modifications possibles. Ces clauses doivent indiquer « le champ d'application et la nature des modifications ou options envisageables ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage » (CCP, art. R. 2194-1 et R. 3135-1). En revanche le montant des modifications est sans importance, sous réserve du cadre général.

B. Les modifications nécessaires

Deux catégories de modifications nécessaires sont envisagées : les travaux ou services supplémentaires qui sont devenus nécessaires et les modifications rendues nécessaires par des circonstances imprévues (CCP, art. L. 2194-1, 2° et 3° et L. 3135-1, 2° et 3°). Ces hypothèses sont différentes de la précédente : il ne s'agit pas d'appliquer le contrat mais de le modifier pour répondre à des situations qui n'ont pas été prévues initialement. Dans les deux cas, il est

nécessaire de publier un avis de modification si le contrat initial a été passé selon une procédure formalisée (*CCP, art. R. 2194-10 et R. 3135-10*).

Les modifications pour permettre la réalisation de travaux ou de services supplémentaires sont fortement encadrées (*CCP, art. R. 2194-2 à 4 et R. 3135-2 à 4*). Il faut démontrer la nécessité de ces prestations supplémentaires et l'impossibilité de les faire exécuter par un autre opérateur que le titulaire du contrat pour des raisons économiques ou techniques. Le montant des modifications n'est limité que lorsque l'acheteur ou l'autorité concédante est un pouvoir adjudicateur mais les conditions sont assez souples. En effet, si plusieurs modifications sont effectuées sur ce fondement le montant de chacune d'entre elles doit être appréhendé individuellement. Il suffit alors que ce montant ne dépasse pas 50% du montant du contrat initial en tenant compte des clauses de variation des prix pour les marchés ainsi que des clauses d'indexation ou de l'inflation pour les contrats de concession. L'incertitude principale est que le Code indique que les acheteurs et les autorités concédantes ne doivent pas utiliser des modifications successives pour contourner les obligations de publicité et de mise en concurrence sans préciser davantage.

L'encadrement des modifications réalisées pour faire face à des circonstances imprévues est le même que celui qui s'applique aux modifications permettant la réalisation de prestations supplémentaires lorsqu'elles sont réalisées par des pouvoirs adjudicateurs (*CCP, art. R. 2194-5 et R. 3135-5*). L'appréciation du contournement éventuel des obligations de publicité et de mise en concurrence en cas de modifications successives se pose donc également. Une autre question est de savoir ce que la notion de circonstances imprévues recouvre. Elle peut probablement être rapprochée des hypothèses admises en jurisprudence dans le cadre des théories de l'imprévision ou des sujétions techniques imprévues mais, le Code étant muet sur ce point, les cocontractants sont invités à faire preuve de vigilance.

C. Le changement de cocontractant

La substitution d'un nouveau titulaire à la place du titulaire initial est également envisagée parmi les hypothèses de modifications autorisées car, par principe, le changement de cocontractant affecte les conditions de mise en concurrence initiales (*CCP, art. L. 2194-1, 4°, R. 2194-6, L. 3135-1, 4° et R. 3135-6*). Ce n'est donc que par exception que la modification du contrat peut déroger à ce principe. Le changement est tout d'abord possible lorsqu'il a été anticipé dans le cadre d'une clause de réexamen ou d'une option, selon les conditions précitées. Il est également possible lorsqu'une opération de restructuration du titulaire initial entraîne la cession du contrat. Dans ce cas, les conditions sont assez strictes et manquent de précision. Il faut que la cession n'ait pas pour objectif de contourner les obligations de publicité et de mise en concurrence. De plus, il ne faut pas qu'elle entraîne d'autres modifications substantielles : l'idée est que c'est le contrat initial qui est simplement transféré d'un opérateur économique à un autre. Enfin, l'acheteur ou l'autorité concédante doit s'assurer que le nouveau titulaire répond bien aux conditions de participation qui avaient été fixées initialement.

D. Les modifications non substantielles ou de faible montant

Les modifications non substantielles sont, par principe, autorisées mais leur utilisation est encadrée (*CCP, art. L. 2194-1, 5°, R. 2194-7, L. 3135-1, 5° et R. 3135-7*). Ces modifications sont permises en raison de leur objet, ce qui explique que leur montant soit sans incidence sur leur légalité. Pourtant, le Code ne définit pas les modifications non substantielles. Il se contente

d'indiquer certaines hypothèses dans lesquelles une modification est substantielle. Sont tout d'abord interdites les modifications qui introduisent des conditions qui auraient permis d'attirer davantage d'opérateurs économiques lors de la procédure de passation du contrat initial, celles qui auraient permis d'admettre d'autres opérateurs économiques pour participer à cette procédure, ainsi que celles qui auraient permis le choix d'une autre offre. Sont également prohibées les modifications non prévues qui entraînent un changement de l'équilibre du contrat en faveur du titulaire ainsi que celles qui modifient considérablement l'objet du contrat. Enfin, les modifications qui entraînent un changement de titulaire en-dehors des hypothèses précédemment évoquées sont elles aussi interdites. Le problème reste cependant que la liste des modifications substantielles n'est pas exhaustive, ce qui complique l'utilisation des modifications non substantielles.

De la même manière, les modifications de faible montant sont autorisées par principe mais leur utilisation est encadrée (*CCP, art. L. 2194-1, 6°, R. 2194-8 et 9, L. 3135-1, 6° et R. 3135-8 et 9*). Ces modifications sont autorisées car leur faible montant les rend sans importance. C'est donc leur objet qui est sans incidence, ce que le Code confirme en indiquant que les conditions fixées pour les modifications non substantielles ne s'appliquent pas à elles. Leur montant est encadré et doit, en toutes hypothèses, être inférieur aux seuils des procédures formalisées de passation. De plus, il doit être inférieur à 10% du montant du contrat initial pour les marchés de services, pour les marchés de fournitures et pour les contrats de concession. Pour les marchés de travaux ce taux est de 15%. Le calcul du montant doit tenir compte des clauses de variation des prix dans les marchés publics et des clauses d'indexation ou de l'inflation pour les contrats de concession. De plus, si plusieurs modifications de faible montant sont réalisées au cours de l'exécution du contrat, cette limite doit prendre en compte leur montant cumulé.

2. Un cadre général incertain

Le cadre général des modifications en cours d'exécution manque de précision. Trois points méritent que les acteurs et les autorités concédantes adoptent une attitude vigilante.

A. Les vecteurs de la modification : des incertitudes relatives

A la différence de l'ancien Code des marchés publics, le Code de la commande publique ne règle pas la question des moyens utilisables pour modifier les contrats en cours d'exécution. Il indique simplement que les modifications peuvent être des modifications conventionnelles – ou unilatérales mais pour les seuls contrats administratifs – sans préciser quels sont les vecteurs concrets à disposition des acheteurs et des autorités concédantes. Les avenants et les décisions de poursuivre s'inscrivent normalement dans ce cadre.

B. Le pouvoir de modification unilatérale : une prérogative à oublier

Le Code de la commande publique reprend, pour les seuls contrats administratifs, le pouvoir de modification unilatérale pour motif d'intérêt général (*CE 2 fév. 1983, Union des transports publics urbains et régionaux, rec. 33*). Toutefois il est précisé que celui-ci s'exerce selon les conditions fixées par le Code (*CCP, art. L.6*). La compatibilité de ce pouvoir avec les autres dispositions du Code reste cependant incertaine. La prudence invite donc les personnes publiques contractantes à privilégier les hypothèses de modifications autorisées prévues sans avoir recours à leur pouvoir de modification unilatérale.

C. L'interdiction de changer la nature globale du contrat : une limite indépassable

Au-delà des conditions spécifiques posées pour chacune des hypothèses de modifications autorisées, le Code pose une limite générale : les modifications ne peuvent pas changer la nature globale du contrat (*CCP, art. L. 2194-1 et L. 3135-1*). La question se pose de savoir si cette condition équivaut à celle posée à propos du pouvoir de modification unilatérale, qui interdit de bouleverser l'équilibre du contrat (*CCP, art. L.6*). Conformément à la jurisprudence antérieure, il est conseillé de considérer qu'il est à la fois interdit de changer l'objet du contrat (*CE sect. Trav. pub., n° 394398*) et d'en modifier l'économie, d'autant qu'il s'agit d'une condition générale et indépassable (*CE 27 oct. 2010, Syndic. interco. des transports pub. de Cannes, Mandelieu la Napoule, n°318617 ; CE, 15 nov. 2017, Commune d'Aix-en-Provence, n° 409728*). A défaut il s'agirait de modifications substantielles (cf. supra), ce qui semble les interdire en toutes hypothèses. La combinaison des différentes conditions reste néanmoins relativement imprécise...