

MODIFICATION DES CONTRATS DE CONCESSION ET DES MARCHÉS DE PARTENARIAT EN COURS D'EXÉCUTION



Mars 2022

Présidé par Stéphane BRACONNIER, Président de l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)



CETTE PUBLICATION S'INSCRIT DANS UNE DOUBLE COLLECTION :

- Les Précis de la Commission juridique de l'IGD qui ont pour but de proposer des réponses opérationnelles à des questions juridiques (pour rappel, le 1^{er} porte sur le régime des biens dans les contrats de concession) ;
 - Les publications liées à l'Observatoire IGD-Covid-19 mis en place dès le début de la crise sanitaire qui a abouti notamment à la publication des « 10 mesures pour assurer la relance par l'investissement et la commande publique en relevant les défis environnementaux » ;
- Ce document constitue une contribution à un futur plan de relance.
Ces publications sont disponibles sur notre site internet :

www.fondation-igd.org

SOMMAIRE



4	INTRODUCTION
6	PARTIE 1 - FORMES DE LA MODIFICATION : UNILATÉRALE OU CONTRACTUELLE
7	I. Modifications unilatérales et conditions d'exercice de la modification unilatérale
7	I.1. Une prérogative de puissance publique
8	I.2. Formes de la modification unilatérale
8	I.3. Une modification qui s'impose au cocontractant de la puissance publique
9	I.4. L'indemnisation du cocontractant, une condition d'exercice du pouvoir de modification
10	I.5. Les limites à l'exercice du pouvoir de modification unilatérale
10	II. Modifications négociées : avenant
11	II.1. Pluralité des supports des modifications négociées
14	II.2. Éléments procéduraux
16	PARTIE 2 - CONTENU DE LA MODIFICATION
17	I. Les modifications prévues dans les documents contractuels initiaux et les clauses qui prévoient des cas de modification (clauses de paysage fiscal, clauses de faits nouveaux...)
18	I.1. La définition d'une clause de réexamen au sens du code de la commande publique
18	I.2. La mise en œuvre de la modification : acte unilatéral ou par voie d'avenant
19	II. Les autres modifications
19	II.1. Des prestations supplémentaires sont devenues nécessaires
20	II.2. Les modifications sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues
21	II.3. Le changement du cocontractant du marché ou contrat initial
22	II.4. Les modifications non substantielles
27	II.5. Les modifications de faible montant
29	PARTIE 3 - CONSÉQUENCES DE LA MODIFICATION
30	I. Les conséquences financières
30	I.1. Principe : l'indemnisation intégrale du cocontractant de la puissance publique en cas de modification unilatérale
31	I.2. Limites au principe de l'indemnisation : la possibilité pour les parties d'y déroger
31	I.3. Les limites à l'exercice de son pouvoir unilatéral par la puissance publique
31	II. Les conséquences contentieuses
31	II.1. Le recours de la puissance publique en référés pour obtenir l'exécution de la modification
32	II.2. Le recours indemnitaire ouvert au cocontractant de la puissance publique
33	II.3. Les recours ouverts aux tiers

INTRODUCTION

La réforme de la commande publique issue de la transposition des Directives européennes relatives aux contrats de concession¹ et aux marchés publics² a marqué une **véritable innovation en matière de modification des contrats en cours**. La souplesse née de la réforme, conjuguée à une tendance récente des parties de faire mieux « respirer » les contrats en cours d'exécution, et aux conséquences attachées à la crise sanitaire, a conduit l'IGD à travailler sur ce sujet, notamment sur les contrats de concession et les marchés de partenariat.

Les dispositions concernant les modifications des contrats de la commande publique en cours d'exécution sont effectivement complexes à appréhender et peuvent être source d'insécurité juridique, la jurisprudence sur ce point étant peu abondante.

L'objectif de ce troisième³ Précis est donc d'**offrir à la puissance publique et aux opérateurs publics et privés une lecture aussi claire et opérationnelle que possible** sur des notions nouvelles telles que la « nature globale du contrat », la « modification substantielle » ou encore la « clause de réexamen suffisamment claire, précise et sans équivoque », et plus largement sur **le régime juridique de la modification des contrats de concession ou des marchés de partenariat de nature administrative**.

Si le code de la commande publique ne fait plus référence aux notions d'avenants ou de « décision à poursuivre », il n'apporte pas davantage de précision quant à la forme que les modifications peuvent ou doivent prendre⁴. Il évoque, de manière générale, les « modifications » du contrat de concession ou du marché de partenariat. Pour autant, la pratique incite généralement les parties aux contrats à conclure un avenant qui formalisera leur engagement à procéder aux modifications envisagées en cours d'exécution, sauf dans le cas où celles-ci auraient été prévues dans le contrat initial⁵.

Rappelons que le régime de la modification des contrats de concession est quasi-identique à celui retenu pour les marchés publics (dont les marchés de partenariat). Il est régi par le code de la commande publique aux articles suivants :

- Contrats de concession : article L. 3135-1 et 2 et article R.3135-1 ;
- Marchés publics : article L. 2194-1 et 2 relatif à l'ensemble des marchés, y compris ceux de défense ou de sécurité et article R. 2194-1 ;

1. Directive 2004/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession

2. Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics

3. Retrouvez tous nos Précis au lien suivant : <http://www.fondation-igd.org/la-commission-juridique/>

4. Cf. 1^{ère} partie « Formes de la modification : unilatérale ou contractuelle » - II. Modifications négociées : avenant

5. Cf. 2^{ème} partie « Contenu de la modification » - I. Les modifications prévues dans les documents contractuels initiaux et les clauses qui prévoient des cas de modification (clauses de paysage fiscal, clauses de faits nouveaux...)

Règles communes immuables, les modifications apportées par voie conventionnelle ou, lorsqu'il s'agit d'un contrat administratif, par l'acheteur unilatéralement, ne peuvent changer la nature globale du contrat de concession.

Le code de la commande publique propose également une liste détaillée et limitative d'hypothèses de modification des contrats de concession et des marchés publics, qui n'imposent pas la mise en œuvre d'une nouvelle procédure de mise en concurrence⁶. Ces modifications, de forme contractuelle, s'opposent à la modification unilatérale du contrat⁷. Cette dernière, dégagée par la jurisprudence, a été codifiée à l'article L. 2194-2 pour les marchés publics et à l'article L. 3135-2 pour les contrats de concession, lesquels prévoient que lorsque la puissance publique procède à une telle modification, le cocontractant a droit au maintien de l'équilibre financier⁸.

Je tiens à remercier ici l'ensemble des membres de la Commission juridique qui par l'expertise et la représentativité de ses membres permet à ce Précis de répondre à une diversité de situations et d'enjeux aussi bien contractuelle que sectorielle.

Je vous souhaite une bonne lecture et espérons que vous trouverez dans ce Précis, des éléments utiles pour adapter vos besoins aux contraintes légales.

Stéphane BRACONNIER

Président de l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)

Président de la Commission juridique

6. Cf. 2^{ème} partie « Contenu de la modification »

7. Cf. 1^{ère} partie « Formes de la modification : unilatérale ou contractuelle » - I. Modifications unilatérales et conditions d'exercice de la modification unilatérale

8. Cf. 3^{ème} partie « Conséquences de la modification » - I. Les conséquences financières

PARTIE I

FORMES DE LA MODIFICATION : UNILATÉRALE OU CONTRACTUELLE ?



I. MODIFICATIONS UNILATÉRALES ET CONDITIONS D'EXERCICE DE LA MODIFICATION UNILATÉRALE

I.1. Une prérogative de puissance publique

La faculté, pour la puissance publique, de modifier pour motif d'intérêt général les conditions d'exécution du contrat de sa propre initiative et sans avoir recueilli le consentement de son co-contractant est une prérogative de puissance publique. La notion d'intérêt général, qui ne fait l'objet d'aucune définition, offre à la puissance publique une importante marge de liberté d'appréciation. Pourtant, dans la pratique, la puissance publique ne fait que très rarement usage de son pouvoir de modification unilatérale.

Consacré, tardivement, par la jurisprudence du Conseil d'Etat comme l'une des « règles générales applicables aux contrats administratifs⁹ », **le pouvoir de modification unilatérale**, qui fait échec à l'intangibilité contractuelle, **est désormais énuméré par le titre préliminaire du code de la commande publique comme l'un des principes fondamentaux régissant les contrats administratifs**, avec le principe de continuité du service public et le pouvoir de résiliation unilatérale. Le pouvoir de modification unilatérale est intimement lié au pouvoir d'organisation du service public : en l'absence ou à défaut d'accord du contractant, il permet à [la puissance publique], d'assurer la mutabilité du service public, c'est-à-dire l'adaptation constante de celui-ci aux besoins qu'il a pour objet de couvrir, et partant sa continuité¹⁰. La puissance publique peut ainsi faire usage de ce pouvoir même dans le silence du contrat.

A contrario, les parties peuvent s'accorder sur un aménagement des conditions d'exercice de ce pouvoir en prévoyant, par exemple, que la puissance publique doit rechercher, avant d'y avoir recours, un accord amiable avec le cocontractant.

Cet « aménagement » contractuel peut-il toutefois aller jusqu'à la limitation de l'exercice de ce pouvoir aux situations d'urgence, voire à la renonciation pure et simple à son exercice ? **La question du caractère d'ordre public du pouvoir de modification unilatérale mérite d'être posée.** Ce pouvoir n'est pas sans connexité avec le pouvoir de résiliation unilatérale. Or s'agissant de celui-ci le juge a considéré comme illicite la renonciation, par la puissance publique, à son exercice, au motif qu'une telle renonciation était « incompatible [...] avec les nécessités du fonctionnement d'un service public¹¹ ». La clause en cause a été ainsi regardée comme nulle.

Pour l'heure, le juge n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur la licéité d'une clause de renonciation, intégrale ou partielle, à l'exercice du pouvoir de modification unilatérale. La doctrine semble toutefois largement converger sur le caractère d'ordre public du pouvoir de modification¹². Si l'interdiction, pour la

9. CE, 2/6 SSR, 2 février 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, n° 34027, au Recueil. Ce principe est, toutefois, esquissé dès CE, 10 janvier 1902, *Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen*, n° 94624, Recueil ; puis affirmé de manière plus nette dans CE, 21 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*, n° 16178, Recueil ; par cette décision, le Conseil d'Etat a jugé que la puissance publique avait le droit d'imposer à son concessionnaire d'augmenter le nombre de rames de tramways prévu au cahier des charges « pour assurer, dans l'intérêt du public, la marche normale du service ».

10. Dans ses conclusions sur CE, 21 mars 1910 précité, L. Blum considérait : « Il est évident que les besoins auxquels un service public de cette nature doit satisfaire et, par suite, les nécessités de son exploitation, n'ont pas un caractère invariable [...] L'État ne peut pas se désintéresser du service public [...] une fois concédé [...] [il] interviendra donc nécessairement pour imposer, le cas échéant, au concessionnaire, une prestation supérieure à celle qui était prévue strictement [...] en usant non plus des pouvoirs que lui confère la convention, mais du pouvoir qui lui appartient en tant que puissance publique ».

11. CE, 2/6 SSR, 6 mai 1985, *Association Eurolat*, n° 41589 et 41699, Recueil.

12. F. Llorens, P. Soler-Couteaux, « Le régime d'ordre public des contrats administratifs », *Contrats-Marchés publ.* 2017, repère 5 .

puissance publique, de renoncer à l'exercice de son pouvoir de modification unilatérale pourrait être vue comme portant atteinte à la liberté contractuelle dont disposent les parties au contrat, la nécessité, pour cette même puissance publique, de pouvoir assurer la continuité du service public semble bien justifier, comme le juge a pu l'affirmer s'agissant du pouvoir de résiliation unilatérale, que cette prérogative soit d'ordre public et qu'ainsi la renonciation à son usage soit interdite.

En tout état de cause, une telle prohibition reçoit un aménagement s'agissant des marchés de partenariat. Pour ce type de contrat, une modification de l'actif ou des prestations initialement contractualisées peut, en effet, se révéler difficile à mettre en œuvre si la modification n'apparaît pas conforme à l'objet statutaire de la SPV ou à la documentation financière ; dans cette dernière hypothèse, le titulaire est ainsi susceptible d'être mis en défaut, en particulier si la modification initiée par la personne publique se traduit pour lui par une augmentation du risque ou par des risques nouveaux. Par ailleurs, la pratique montre qu'il est quasiment impossible de faire financer les modifications par du financement privé qui n'aurait pas été prévu à l'origine.

I.2. Formes de la modification unilatérale

La forme de la modification unilatérale n'est pas encadrée. La jurisprudence fournit des exemples de modifications unilatérales qui ont pu prendre la forme d'un arrêté¹³, d'une délibération¹⁴, d'un bon de commande¹⁵, d'un titre de recettes¹⁶ ou même d'un comportement de l'administration¹⁷. La modification unilatérale peut donc prendre toute forme permettant de s'assurer du contenu de la modification décidée par l'administration. Il convient toutefois de réserver le cas particulier des marchés publics, pour lesquels les CCAG¹⁸ prévoient expressément que certaines modifications unilatérales prennent la forme d'ordres de service.

I.3. Une modification qui s'impose au cocontractant de la puissance publique

Le cocontractant ne peut contester l'exercice, par la puissance publique, de son pouvoir de modification unilatérale, autrement dit il ne peut demander au juge de contrôler si la décision de modification unilatérale du contrat prise par la puissance publique est bien fondée par un motif d'intérêt général.¹⁹

Pour les mesures d'exécution autre qu'une résiliation, telle qu'une modification²⁰, la jurisprudence ne permet, en effet, pas au cocontractant de réclamer le rétablissement des conditions antérieures du contrat. Le juge du contrat, lorsqu'il est saisi d'un litige relatif à une décision de modification unilatérale, ne peut, à la différence d'une décision de résiliation, prononcer son annulation : il doit se borner à rechercher si cette décision est intervenue dans des conditions de nature à ouvrir droit à indemnité²¹.

13. CE, 5 juillet 2013, *Société Véolia Transport Valenciennes Tranvilles*, n°367760.

14. CE, *Compagnie générale française des tramways*, précité.

15. CE, 25 juin 2018, *ADEME*, n°418493.

16. CE, 5 mai 2010, *M. André A.*, n°301420.

17. CAA Nantes, 12 avril 2021, *Lorient Agglomération*, n°20NT00948.

18. Voir article 23 des CCAG Fourniture, Services et Marchés industriels et articles 3.8.6 et 13 du CCAG Travaux.

19. En revanche, le juge effectue un contrôle, restreint, du motif d'une résiliation unilatérale afin d'apprécier l'existence d'un motif d'intérêt général.

20. Les mesures d'exécution du contrat comprennent les mesures d'application et les mesures de modification.

21. CE, 9 décembre 1983, *SA d'étude de participation et de développement*, n° 34607.

L'opportunité d'étendre le recours « Béziers II²² » aux décisions de modification unilatérale, et donc d'ériger le juge en arbitre entre les parties tout au long de la vie du contrat, est débattu en doctrine.

Par une décision récente²³, le Conseil d'Etat a toutefois écarté l'hypothèse d'un « Béziers III » en confirmant sa jurisprudence antérieure. Dans ses conclusions sur cette affaire, O. Henrard, citant le « *principe jurisprudentiel fondamental en matière de marchés d'après lequel le juge ne peut annuler les mesures prises par le maître de l'œuvre envers l'entrepreneur*²⁴ », estime qu'« il n'appartient pas au juge de se substituer à la puissance publique dans le pilotage de la relation contractuelle courante, à laquelle se rattachent les modifications qui peuvent affecter le contrat en cours d'exécution ». **Lorsque la puissance publique fait usage de son pouvoir de modification unilatérale, le cocontractant n'a donc le choix qu'entre deux possibilités : soit assurer l'exécution de ses obligations contractuelles telles qu'unilatéralement modifiées par la puissance publique ; soit, dans l'hypothèse où les modifications apportées au contrat lui apparaîtraient devoir en bouleverser l'économie (cf. I. 4.), saisir le juge d'une demande tendant à la résiliation du contrat aux torts de la puissance publique.**

S'il n'exécute pas le contrat ainsi modifié, le cocontractant commet une faute qui l'expose aux sanctions prévues au contrat, lesquelles peuvent conduire jusqu'à sa déchéance (résiliation unilatérale aux torts du cocontractant)²⁵. En cas de contentieux, le juge du référé « mesure utile » peut ordonner au cocontractant, « pour assurer la continuité du service public ou son bon fonctionnement », d'exécuter les obligations résultant de l'exercice, par la puissance publique, de son pouvoir de modification unilatérale²⁶.

I.4. L'indemnisation du cocontractant, une condition d'exercice du pouvoir de modification

Au titre de son « droit au maintien de l'équilibre financier du contrat », principe jurisprudentiel désormais codifié aux articles L. 2194-2 et L. 3135-2 du code de la commande publique (respectivement pour les marchés de partenariat et les contrats de concession), **le cocontractant de la puissance publique peut prétendre à l'indemnisation intégrale du préjudice résultant de la modification du contrat**²⁷.

Ce « droit à indemnité », également reconnu en cas de résiliation unilatérale du contrat, constitue le nécessaire contrepoids au pouvoir exorbitant du droit commun que constitue le pouvoir de modification unilatérale. Ce droit trouve d'ailleurs un écho dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui considère que tout État « a un pouvoir souverain pour modifier, voire résilier, moyennant compensation, un contrat conclu avec des particuliers²⁸ ». Ce droit ne semble toutefois pas présenter un caractère d'ordre public²⁹.

22. CE, 21 mars 2011, *Commune de Béziers*, n° 304806.

23. CE, 15 novembre 2017, *Société Les fils de Mme Géraud*, n° 402794.

24. Cf. Concl. Laurent sur CE, 9 janvier 1957, *Daval*, n° 23954, Tables.

25. CE, 17 février 1978, *Sté Compagnie française d'entreprise*, n° 99193 : « Le maître de X... pouvait imposer à la société requérante la construction de contre-gaines qui n'impliquait aucune modification essentielle aux conditions du marché [...]. La société [...] a commis une faute en s'abstenant de donner suite à l'ordre de service [...], qui [...] ne portait pas sur des travaux qui, par leur nature, étaient étrangers au marché et qui, d'ailleurs, n'avaient pas pour conséquence de bouleverser l'économie du contrat ».

26. CE, 5 juillet 2013, *Société Veolia Transport Valenciennes*, n° 367760.

27. Cf. Concl. Blum sur CE, 11 mars 1910, *Ministre des travaux publics c/ Compagnie générale française des tramways*, n° 16178.

28. CEDH, 9 février 1994, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis contre Grèce*, n° 13427/87.

29. H. Hoepffner, « Exécution des marchés publics », *Contrats-Marchés publ.* 2019, dossier 7.

Le 4° de l'article L. 6 du code de la commande publique précise, en effet, que **ce droit à indemnisation s'exerce « sous réserve des stipulations du contrat »**. Les parties sont ainsi libres d'aménager ce principe en fixant un seuil de modification exprimé en pourcentage du montant initial du contrat au-delà duquel le cocontractant renonce à une compensation financière ; en insérant une clause de « rendez-vous » prévoyant une négociation du montant et des modalités de la compensation ; ou encore – cette liste ne prétend aucunement à l'exhaustivité – en prévoyant que les nouveaux investissements mis à la charge du cocontractant ne seront pas compensés dans l'hypothèse où les revenus additionnels générés par la modification en cause sur la durée résiduelle du contrat permettraient de les amortir.

1.5. Les limites à l'exercice du pouvoir de modification unilatérale

La principale limite au pouvoir de modification est celle fixée par le droit de la commande publique, qui interdit, au nom de l'ordre public concurrentiel, de modifier la nature globale du contrat. Le 4° de l'article L. 6 du code de la commande publique prévoit ainsi que « [l']autorité contractante peut modifier unilatéralement le contrat dans les conditions prévues par le présent code ». Limitativement énumérées à l'article L. 2194-1 (pour les marchés de partenariat) et L. 3135-1 (pour les contrats de concession) du même code, les conditions dans lesquelles la puissance publique peut s'exonérer d'une mise en concurrence sont rappelées à la 2ème partie du présent précis.

Par ailleurs, précise le 4° de l'article L. 6 précité, si la puissance publique peut modifier unilatéralement le contrat, elle ne doit toutefois pas en « bouleverser l'équilibre ». Il ne s'agit pas ici de l'équilibre financier, mais de l'équilibre contractuel (on rencontre également le terme d'« économie du contrat³⁰ ») résultant des obligations réciproques acceptées initialement par les cocontractants. S'il peut porter sur tout le contrat, à l'exception, peut-être, des clauses financières – la doctrine reste divisée sur la question –, **le pouvoir de modification ne peut donc pas aboutir à imposer au cocontractant de nouvelles obligations qui n'auraient pas de rapport avec celui-ci ou toute autre « modification profonde de l'objet » du contrat³¹ ayant pour effet de faire disparaître le consentement du cocontractant à l'exécution du contrat initial.**

II. MODIFICATIONS NÉGOCIÉES : AVENANT

La nécessité de modifier un contrat résulte de l'inadaptation de ses termes initiaux à l'épreuve de son exécution ou de l'évolution du service public.

Le droit de la commande publique n'attache pas une grande importance à la forme que doit prendre la modification. En effet, **ni les directives³², ni le code de la commande publique ne mentionnent une forme particulière pour porter les modifications des contrats de la commande publique.** Les supports matériels et procéduraux des modifications apparaissent donc comme secondaires.

Les modifications négociées ont pour seules bornes dans le code de la commande publique des règles de fond et non de forme. **Que ce soit en matière de marché de partenariat ou de concession, aucune disposition concernant la forme des actes ou la procédure à suivre pour la passation des modifications négociées n'est prévue par le code de la commande publique.**

30. CE, 7/2 SSR, 27 octobre 2010, *Syndicat intercommunal des transports publics de Cannes, Le Cannet, Mandelieu-la-Napoule*, n° 318617.

31. CE, 5/3 SSR, 14 mars 1980, *Soc. C.I.T.R.E.M.*, n° 03417, Tables.

32. Directives 2014/23/UE et 2014/24/UE.

Précisément, c'est l'objet des modifications non substantielles et des modifications substantielles autorisées que de ne faire l'objet d'aucun formalisme³³. Si cette absence de formalisme laisse une grande liberté aux acheteurs et aux autorités concédantes, elle ne saurait constituer un signal de liberté totale pour les parties au contrat qui voudraient le modifier. Lorsque les parties entendent modifier substantiellement le contrat en dehors des cas autorisés³⁴, elles doivent engager une nouvelle procédure de publicité et de mise en concurrence en vue de la conclusion d'un *nouveau* contrat, alors même que les parties auraient voulu y voir une modification nécessaire du contrat initial.

Il est désormais admis que la forme de la modification du contrat n'a pas d'incidence directe dans le raisonnement à tenir en matière de modification des contrats. En effet, la CJUE a eu l'occasion d'affirmer dans un arrêt *Finn Frogne*³⁵ qu'il convient de ne s'intéresser qu'à l'incidence objective de la modification du contrat et non pas à l'intention des parties³⁶.

Il n'est toutefois pas interdit de s'essayer à une tentative de classification des formes de modification qui existent dans la pratique des concessions et des marchés de partenariat. L'on observe une pluralité des actes supports des modifications négociées (I), qui s'inscrivent dans des véhicules procéduraux variés (II).

II.1. Pluralité des supports des modifications négociées

Le cas particulier des clauses de réexamen est traité en 2^{ème} partie « Contenu de la modification » au point « I. Les modifications prévues dans les documents contractuels initiaux et les clauses qui prévoient des cas de modification »³⁷.

II.1.A. L'avenant et ses avatars

L'avenant peut se définir à la fois comme la « modification apportée à un contrat antérieur » mais aussi comme « le document constatant cette modification » (« Avenant », *Lexique*, Dalloz, p. 121). En tout état de cause et en pratique, **l'avenant est un acte très fréquemment utilisé dans les contrats de la commande publique** ; c'est même le principal mode de modification de ces contrats. **Le terme d'avenant renvoie donc davantage à un champ lexical de modification qu'à une catégorie juridique à laquelle est associé un régime au regard de l'hétérogénéité de la notion.** Il en résulte qu'il faut apprécier la notion d'avenant comme un « **mot-valise** » regroupant des sous-catégories d'actes ayant pour but de modifier les termes d'un contrat public par accord des parties. Dans une perspective de clarification, il apparaît judicieux de distinguer l'avenant (1) de ses « avatars » (2 et 3).

33. Sous la réserve des règles spéciales prévues dans le CGCT.

34. Art. L. 2194-2 (marché public) et L. 3135-2 (concession) du CCP.

35. CJUE, 7 sept. 2016, aff. C-549/14, *Finn Frogne*.

36. Llorens F., « Interdiction des modifications substantielles du contrat par transaction en cas de difficultés d'exécution aux conséquences imprévisibles », *Contrats et marchés publics*, nov. 2016.

37. Cf. p.12 du présent document

L'avenant *stricto sensu*

S'il apparaît évident de s'intéresser à l'avenant en premier lieu, il convient de noter que celui-ci est un **terme générique qui est seulement visé dans le code général des collectivités territoriales mais qui en tant que tel n'est pas consacré et défini par le code de la commande publique³⁸, ni même par le code civil.**

Les documents contractuels désignent nommément le plus souvent l'avenant comme le corollaire nécessaire de toute modification du contrat. Il n'est pas rare que la rubrique consacrée aux modifications du contrat n'aborde cette modalité qu'à travers le prisme de l'avenant selon une formule consacrée ou analogue : « *la mise en œuvre des modifications fait l'objet d'un avenant lequel précise les modalités techniques, financières et juridiques de réalisation* ».

De cette façon, la pratique du droit des contrats publics circonscrit les formes des actes juridiques susceptibles de modifier ces contrats en instaurant *de facto* la règle selon laquelle l'avenant est l'acte-type auquel il convient de recourir. Cela tient notamment à la liberté dont disposent les parties dans l'élaboration du contenu de l'avenant. Certes, l'avenant répond à des prescriptions méthodologiques et doit respecter les grands principes de la commande publique ; pour autant, il offre une palette abondante de thématiques susceptibles de modifier le contrat.

L'avenant est nécessairement écrit et signé avec la puissance publique, à défaut de quoi, l'avenant est considéré comme inexistant³⁹.

L'échange de courriers

Dans la pratique, les modifications peuvent notamment prendre la forme d'un échange de courriers, de compte rendu de réunions, pour autant que le contrat ne s'y oppose pas.

Ainsi, un accord informel peut manifester une rencontre de volontés ayant pour conséquence d'aménager certaines dispositions mineures, de préciser ou mettre à jour certains points d'un contrat ou d'un marché ou encore d'adopter des mesures engageantes qui sont régularisées dans un futur avenant. L'échange de courriers se matérialise classiquement par l'émission d'une offre et d'une acceptation réciproques des parties. A travers l'échange de deux courriers différents signés par la partie qui l'a émis, l'on voit émerger un accord de volontés propres à faire naître des obligations contractuelles⁴⁰.

L'échange de courriers permet notamment d'entériner une situation de fait qui ne saurait faire débat entre les parties.

Opérations de fin de contrat

L'approche du terme d'un contrat de la commande publique peut parfois nécessiter des précisions et ajustements contractuels afin d'organiser la fin du contrat et de maintenir la continuité et la bonne gestion du service public jusqu'à son terme. En ce sens, les parties peuvent à ce titre décider, conjointement, qu'il serait bénéfique et utile de formaliser ces adaptations et réglages dans le cadre d'un avenant de fin de contrat.

38. En réalité, l'article R. 2614-3 du CCP mentionne le terme d'avenant, dans le titre « dispositions particulières à la Guadeloupe, la Martinique, la Réunion et Mayotte »

39. CAA Lyon, 27 janv. 2000, Commune de Cantaron, req. n° 95LY00644, inédit. Pour un avenant signé par le maître d'œuvre, personne non habilitée à représenter la commune, la CAA a considéré l'avenant comme inexistant.

40. CE, 12 juin 1976, Société Pierre et Pasquet, req. n° 94858, aux T.

Cet avenant, que certains appellent par abus de langage « protocole de fin de contrat », a entre autres pour vocation de passer en revue les sujets administratifs, techniques et financiers permettant de « solder » la relation contractuelle, à condition que les dispositions réglementaires, contractuelles ou celles issues de chartes de transfert de gestion du service ne soient pas suffisamment claires ou détaillées.

Faut-il rappeler que ledit protocole de fin de contrat ne saurait être un prétexte pour faire naître de nouvelles obligations pour le titulaire ou concessionnaire. Par ailleurs, le recours au protocole de fin de contrat n'a rien d'automatique : c'est un outil mobilisable aux fins de la bonne gestion du service en fin de contrat, pour anticiper et pallier les difficultés éventuelles générées par la transition.

Enfin, la discussion et la conclusion d'un avenant au sein duquel les droits et obligations des parties seraient stipulés, devrait en principe intervenir temporellement à l'approche de la fin du contrat, faute de dénaturer sa portée.

II.1.B. Une modification qui ne dit pas son nom : la transaction

La forme de la transaction est un exemple intéressant de modification négociée des contrats. Contrairement aux formes de modification déjà évoquées, celle-ci apparaît comme indépendante du contrat, comme ayant pour conséquence incidente - mais non pour objet - de modifier le contrat.

La transaction est, selon l'article 2044 du code civil, un contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître. L'article L. 423-1 du code des relations entre le public et l'administration consacre la possibilité de recourir à une transaction pour éteindre un différend avec une administration sous réserve que la transaction « *porte sur un objet licite et contienne des concessions réciproques et équilibrées* ». Le code de la commande publique vient permettre explicitement son recours en la matière⁴¹.

Ainsi, la transaction, pour être légale, doit être conclue par écrit avec des personnes ayant la capacité de le faire. En outre, sa légalité est subordonnée à la licéité de son objet et de sa cause. A ce titre, la transaction ne saurait déroger à l'ordre public ou conduire de la part de la puissance publique à consentir une libéralité. Or, il résulte du code de la commande publique que la modification d'un contrat administratif est possible, de sorte que la modification qui en découle ne heurte pas par elle-même l'ordre public.

Si la transaction a pour objet de régler un différend, elle peut également avoir pour effet de modifier le contrat et **dans ce dernier cas, doit respecter les règles de modification des contrats de la commande publique.**

Dès lors, non seulement la transaction pourra servir de support à la modification d'un contrat, mais elle sera soumise aux dispositions sur l'encadrement des modifications. Dans l'arrêt *Finn Frogne* précité, il s'agissait d'un accord transactionnel à la suite d'un différend sur l'exécution d'un marché public de fourniture qui réduisait substantiellement la taille du marché et constituait donc une modification. La CJUE a explicitement affirmé que la transaction était une forme de modification de contrat dans cette espèce.

41. Art. L. 2197-5 du Code de la commande publique

II.2. Éléments procéduraux

II.2.A. Procédures prévues par les parties

Les parties peuvent définir des mécanismes procéduraux contractuels préalables, éventuellement obligatoires, à la modification des contrats.

Ces mécanismes ont pour objet de donner un cadre aux discussions préalables à la formalisation des modifications.

Il s'agit en particulier d'organiser la saisine d'une partie par l'autre d'une demande de modification, notamment pour la mise en œuvre d'un cas de modification prévu par le contrat.

Ces clauses prévoient en général, et il s'agit probablement là d'une de leurs principales vertus, l'obligation pour la partie qui la sollicite de justifier du fondement de la modification envisagée et à l'autre partie de justifier, dans un délai donné, de la réponse apportée.

En cas de désaccord entre les parties, ces mécanismes peuvent se prolonger par la faculté de mettre en œuvre les mécanismes contractuels de règlement amiable des différends.

Pour les opérateurs, l'enjeu est de bénéficier d'une fenêtre de négociation, d'un mécanisme qui leur permette de formaliser une demande de modification qui devra être prise en considération par l'autorité concédante.

En général, ces mécanismes ne sont pas particulièrement contraignants ; un opérateur qui n'aurait pas respecté le mode de saisine prévu peut reformuler sa demande ; de même le refus opposé à une demande de modification n'interdit généralement pas de reformuler ultérieurement cette demande (nonobstant la mise en œuvre d'une procédure de règlement amiable des différends), ce qui est d'ailleurs parfaitement sain, tant il convient de conserver une souplesse dans les discussions entre les parties, notamment dès lors que l'équilibre économique du contrat est concerné.

Ces mécanismes, facultatifs mais fréquents en pratique, participent ainsi d'une rationalisation de l'exécution du contrat et des bonnes pratiques entre la puissance publique et le titulaire du contrat.

II.2.B. Règles procédurales applicables à la puissance publique

Toute prise d'un acte modifiant le contrat implique une procédure de passation pour la puissance publique partie au contrat.

La modification par la puissance publique d'un contrat doit émaner de l'autorité signataire du contrat initial. Il convient donc d'abord de se référer aux règles gouvernant la compétence des personnes morales de droit public. En effet, dans la mesure où elles disposent par principe de la capacité à contracter au sens du droit civil, il faut alors seulement veiller à ce qu'elles détiennent effectivement la compétence qui fait l'objet du contrat⁴².

42. CE, Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, req. n°275531. Pour une étude détaillée de la compétence voir Lei M., "Compétence et contrats publics", *RFDA*, 2019, p. 1011.

Il convient ensuite de se référer aux règles habilitant les personnes juridiques à représenter et à engager contractuellement une personne morale de droit public.

Sans être exhaustif :

- en ce qui concerne l'Etat, l'autorité compétente pour engager contractuellement est le ministre ou le préfet à l'échelon déconcentré ;
- en ce qui concerne les collectivités territoriales et leurs groupements, le contrat doit être signé par l'organe exécutif préalablement autorisé par une délibération de l'assemblée délibérante.

L'article L. 1411-6 du CGCT précise que tout projet d'avenant à une convention de délégation de service public ne peut intervenir qu'après le vote de l'assemblée délibérante⁴³. De même, tout projet d'avenant à une convention de délégation de service public entraînant une augmentation du montant global supérieur à 5% doit faire l'objet d'un avis de la commission de délégation de service public qui est communiqué à l'assemblée délibérante avant qu'elle ne délibère. Les mêmes formalités sont prévues en matière de marchés publics⁴⁴ selon l'article L. 1414-4 du CGCT. L'absence de la délibération sur le projet d'avenant constitue un vice de procédure non régularisable⁴⁵.

Au surplus, la délibération approuvant le recours à l'avenant doit être transmise au préfet afin qu'il puisse exercer son contrôle de légalité et que l'exécutif local puisse effectivement le signer. Dans l'hypothèse où il s'agirait d'une transaction, celle-ci devrait également être transmise au contrôle de légalité au titre du droit commun des collectivités territoriales⁴⁶.

En outre, il faut noter que l'exécutif local peut en matière de marchés publics – et par extension pour les marchés de partenariat – recevoir une délégation de pouvoir de la part de son assemblée délibérante pour la préparation, la passation, l'exécution et le règlement des marchés publics ainsi que de leurs avenants lorsque les crédits sont inscrits au budget aux termes des articles L. 2122-22, 4° du CGCT pour les communes, L. 3221-11 pour les départements et L. 4231-8 pour les régions.

43. On peut émettre l'hypothèse que les dispositions du CGCT valent pour les avenants entendus au sens large, c'est-à-dire le cœur de notre sujet : toute modification négociée du contrat.

44. Et donc pour les marchés de partenariats qui sont des marchés publics au sens du CCP.

45. Pour une décision rendue sous l'empire du code des marchés publics v. TA Nancy, 26 sept. 2000, *Préfet des Vosges*, req. n° 00496, inédit, *Contrats et marchés publics*, déc. 2000, note Llorens F., p. 19.

46. Pour les délibérations des communes v. art. L. 2131-2 du CGCT.

PARTIE II

CONTENU DE LA MODIFICATION



En préambule, il convient de rappeler « qu'elles soient apportées par voie conventionnelle ou, lorsqu'il s'agit d'un contrat administratif, par l'acheteur unilatéralement », **les modifications envisagées ne sauraient « changer la nature globale »⁴⁷ du contrat de concession ou du marché.**

En outre, il convient de noter que l'ensemble des modifications applicables aux contrats de la commande publique en cours d'exécution à la date de publication de ce précis sont soumises aux dispositions relatives à la modification des contrats du Code de la commande publique (Chapitre IV du Titre IX du Livre 1^{er} de la Deuxième partie et Chapitre V du Titre III du Livre 1^{er} de la Troisième partie)⁴⁸. Ce sont donc les conditions d'application de ces dispositions qui seront présentées ci-après.

I. LES MODIFICATIONS PRÉVUES DANS LES DOCUMENTS CONTRACTUELS INITIAUX ET LES CLAUSES QUI PRÉVOIENT DES CAS DE MODIFICATION (CLAUSES DE PAYSAGE FISCAL, CLAUSES DE FAITS NOUVEAUX...)

L'Article R2194-1 du Code de la commande publique prévoit 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**. Ces clauses indiquent le champ d'application et la nature des modifications ou options envisageables ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage. »*

Une disposition similaire figure à l'article R. 3135-1 pour les concessions.

L'origine de cette hypothèse se retrouve dans le considérant 111 de la directive 2014/24/UE sur la passation des marchés publics qui donne un éclairage sur les types de clauses de réexamen qui peuvent être prévues dans les marchés :

« Les pouvoirs adjudicateurs devraient avoir la possibilité de prévoir, dans le marché même, des modifications au marché grâce à une clause de réexamen ou d'option, qui ne devrait cependant pas leur laisser toute latitude en la matière. La présente directive devrait donc préciser dans quelle mesure il est possible de prévoir des modifications dans le marché initial. Il convient par conséquent de préciser qu'une clause de réexamen ou d'option, formulée de manière suffisamment claire, peut notamment prévoir des indexations de prix ou garantir, par exemple, que des équipements de communication devant être livrés sur une période de temps donnée restent appropriés également en cas de modification de protocoles de communication ou d'autres modifications technologiques. Il devrait également être possible, en vertu de clauses suffisamment claires, de prévoir des adaptations du marché rendues nécessaires par des difficultés techniques apparues pendant l'utilisation ou l'entretien. En outre, il y a lieu de rappeler qu'un marché pourrait, par exemple, à la fois comporter un entretien ordinaire et prévoir des opérations d'entretien extraordinaires qui pourraient s'avérer nécessaires pour assurer la continuité d'un service public. »

47. Art. L. 2194-1 (marchés) et L. 3135-1 (concessions) du code de la commande publique.

48. Article 133 de la loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique.

I.1. La définition d'une clause de réexamen au sens du code de la commande publique

En application de l'article R2194-1 du CCP, il est donc possible de modifier un marché de partenariat ou un contrat de concession sans remise en concurrence ni publicité préalable, par la **mise en œuvre d'une clause de réexamen prévue initialement dans le contrat**, à la condition que cette **clause soit claire, précise et sans équivoque**. La puissance publique doit prévoir dans les documents contractuels initiaux le champ d'application et la nature des modifications envisagées ainsi que les modalités de leur mise en œuvre.

Pour rappel, la légalité de la clause de modification anticipée du contrat, quel que soit le montant, résulte de l'idée qu'ayant été prévue dans les documents contractuels initiaux, et ayant en conséquence été portée à la connaissance de tous les candidats potentiels lors de la mise en concurrence initiale, la modification n'est pas en elle-même de nature à remettre en cause les principes fondamentaux d'égalité de traitement, de transparence des procédures et de libre accès à la commande publique.

L'article R2194-1 cite 2 types de clauses de réexamen :

- Les clauses de variation de prix
- Les options

La DAJ, dans sa fiche relative aux « modalités de modification des contrats en cours d'exécution » indique que « *cette notion d'option recouvre notamment les tranches optionnelles, les reconductions ou encore les prestations complémentaires* ».

Cela peut être par exemple une clause qui prévoirait, dans l'hypothèse de la survenance d'un événement défini, une augmentation exceptionnelle du volume de commande.

Par ailleurs, à la lecture du considérant 111 de la directive 2014/24/UE précitée, il apparaît que la notion d'option peut également recouvrir, si elle est claire, précise et sans équivoque, les hypothèses :

- D'une évolution technologique ;
- D'une sujétion technique imprévue.

Une option peut encore prévoir le renouvellement du contrat à son terme, sans mise en concurrence⁴⁹.

I.2. La mise en œuvre de la modification : acte unilatéral ou par voie d'avenant

Deux hypothèses peuvent être distinguées :

- Soit la clause de réexamen est rédigée de telle manière que la survenance d'un événement précis entraîne une modification dont la teneur a été prévue dans les documents contractuels initiaux. Tel est en général le cas pour une clause de révision des prix dont la formule de révision est déterminée par le contrat initial ou pour la mise en œuvre d'une tranche optionnelle dont les conditions de déclenchement et les conséquences matérielles et financières ont pu être fixées lors de la conclusion du marché.

49. CJUE 2 septembre 2021, SISAL Spa, C-721/19, BJDCP nov.dec 2021 p.430

Dans un tel cas, la puissance publique peut mettre en œuvre la clause de réexamen de façon unilatérale puisque l'étendue de la modification a été acceptée par son cocontractant lors de la signature du contrat ;

- Soit la clause de réexamen est rédigée de telle manière qu'elle s'apparente à une « clause de rendez-vous », prévoyant que la survenance d'un événement précis conduira les parties à se rencontrer en vue de discuter de la nécessité de renégocier les termes du contrat. C'est fréquemment le cas des clauses dites « de paysage fiscal ». Dans ce cas de figure, l'acheteur ou l'autorité concédante doit préciser dans les documents contractuels initiaux l'objectif poursuivi par la négociation, ainsi que ses modalités de mise en œuvre. Si les parties s'accordent sur la nécessité de modifier le contrat, la modification devra être matérialisée par un avenant. La clause peut préciser la nature des modifications susceptibles d'être apportées au contrat afin de rétablir son équilibre.

II. LES AUTRES MODIFICATIONS

II.1. Des prestations supplémentaires sont devenues nécessaires

En droit :

- **Il est possible de modifier un contrat de la commande publique sans procéder à nouvelle procédure de mise en concurrence lorsque le concédant ou l'acheteur peut établir que des travaux, fournitures ou services supplémentaires, quel que soit leur montant, sont devenus nécessaires et ne figuraient pas dans le contrat initial**, à la condition qu'un changement de concessionnaire ou de titulaire, selon le cas, soit impossible pour des raisons économiques ou techniques tenant notamment à des exigences d'interchangeabilité ou d'interopérabilité avec les équipements, services ou installations existants » acquis dans le cadre du contrat initial⁵⁰.
- Si le contrat est conclu par un pouvoir adjudicateur, les modifications ont lieu dans la limite d'un montant ne pouvant être supérieur à 50 % du montant du contrat initial. Mais lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, cette limite s'applique au montant de chaque modification⁵¹. Pour les concessions, ce seuil de 50 % s'apprécie au regard du montant actualisé du contrat de concession initial, c'est-à-dire le montant de référence ou, lorsque le contrat ne comporte pas de clause d'indexation, le montant calculé en tenant compte de l'inflation⁵². Dans le cas des marchés, l'acheteur tient compte de la mise en œuvre de la clause de variation des prix⁵³. Ainsi que l'a rappelé la DAJ, le fait qu'une modification du contrat en cours d'exécution se traduise par le franchissement des seuils européens n'est pas irrégulier, pour autant que le calcul de la valeur estimée du besoin auquel ce contrat répond a été opéré dans le respect des dispositions applicables⁵⁴.
- Il est bien entendu que les modifications successives ne peuvent avoir pour effet de contourner les obligations de publicité et de mise en concurrence⁵⁵.

50. Articles L.2194-1 et R. 2194-2 pour les marchés publics, articles L.3135-1 et R. 3135-2 pour les contrats de concession du Code de la commande publique

51. Article R3135-3 pour les contrats de concession et R2194-3 pour les marchés publics du Code de la commande publique

52. Article R3135-4 du Code de la commande publique

53. Article R. 2194-4 du Code de la commande publique

54. DAJ 2017 mis à jour en 2019 : Les modalités de modification des contrats en cours d'exécution

55. Article R.3135-3 pour les contrats de concession et article R. 2194-3 pour les marchés publics du Code de la commande publique

Le Conseil d'Etat a ainsi illustré la notion de prestations supplémentaires en matière de modification des concessions autoroutières⁵⁶ (CE, 23 déc. 2016, n° 397096) :

- En premier lieu, en tant que des travaux supplémentaires répondaient aux risques liés à l'accroissement du trafic, ou avaient pour objet d'améliorer la sécurité routière, ils sont devenus nécessaires pour assurer l'exploitation des concessions ;
- En second lieu, l'existence de « liens étroits entre les nouveaux équipements et les biens et services concédés permet de justifier de l'impossibilité de changer de concessionnaire eu égard à l'augmentation substantielle des coûts que, faute de poursuite du contrat de concession existant, une résiliation anticipée de celui-ci entraînerait pour l'Etat. »

II.2. Les modifications sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues

En droit :

Un contrat de la commande publique peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence, dans la limite d'un montant ne pouvant être supérieur à 50 % du montant du contrat initial lorsque les modifications sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues, c'est-à-dire des circonstances qu'une autorité concédante diligente ou un acheteur diligent, selon le cas, ne pouvait pas prévoir⁵⁷. Les [articles R.3135-3 et 4](#) ou [R.2194-3 et 4](#) du code de la commande publique relatifs à la limitation du montant de la modification sont également applicables.

Notion de circonstances imprévues :

- Il est précisé, par la directive [2014/24/UE](#) du 26 février 2014 relative à la passation des [marchés publics](#), que **les circonstances imprévues sont 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**⁵⁸.
- Distinction de la théorie de l'imprévision⁵⁹
 - Issue de la jurisprudence administrative relative aux concessions, étendue à tous les contrats de la commande publique et appliquée avec parcimonie par le juge administratif, **la théorie de l'imprévision** a été codifiée à l'[article L.6](#) du [Code de la commande publique](#). En vertu de ce dernier **lorsque survient un évènement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat, le cocontractant, qui en poursuit l'exécution, a droit à une indemnité**. On rappellera que l'indemnité d'imprévision, considérée comme une charge extracontractuelle que l'interprétation raisonnable du contrat permet de faire supporter au concédant ou à l'acheteur, peut

56. Il convient d'observer que les concessions autoroutières sont également régies par un droit sectoriel (notamment l'article [L. 122-4](#) du code de la voirie routière).

57. [Articles L.3135-1](#) et [R 3135-5](#) pour les contrats de concession ; [articles L.2194-1](#) et [R. 2194-5](#) pour les marchés publics du Code de la commande publique

58. Cf. point 109 de la dite [Directive du 26 janvier 2014 relative à la passation des marchés publics](#)

59. Cf. Le précis relatif à l'exécution des contrats de la commande publique à l'épreuve de la crise sanitaire

conduire à la prise en charge par ce dernier d'une part (pouvant aller, pour les marchés publics, jusqu'à 90%) du déficit d'exploitation découlant de l'évènement générateur, le solde dudit déficit demeurant à la charge du titulaire du contrat. Cette indemnité d'imprévision, ou plutôt la décision procédant à cette prise en charge, n'a pas pour objet de modifier le contrat de manière pérenne mais d'assurer la poursuite provisoire de l'exécution de celui-ci.

- **N'ayant pas la même finalité, la modification du contrat pour circonstances imprévues et la théorie de l'imprévision ne correspondent pas aux mêmes critères.** Ainsi, la modification d'un contrat pour circonstances imprévues ne requiert nullement la démonstration d'un fait extérieur aux parties ou d'un bouleversement de l'économie du contrat⁶⁰.

- Distinction avec le cas de force majeure⁶¹

- Ainsi que l'a rappelé la DAJ, **la notion de « circonstances imprévues qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir » est plus large que les notions de cas fortuit ou de force majeure** puisque le caractère imprévisible exigé par le Code de la commande publique ne concerne que l'acheteur⁶².
- Le cas de force majeure est un cas d'inexécution irrémédiable qui permet aux parties de résilier le contrat, éventuellement avec l'aide du juge, et le cas échéant d'obtenir indemnisation. En cela, il ne peut constituer un mode pérenne de modification du contrat.

II.3. Le changement du cocontractant du marché ou contrat initial

En droit :

- **Un contrat de la commande publique peut être modifié lorsqu'un nouveau concessionnaire ou titulaire, selon le cas, se substitue au concessionnaire ou titulaire initial** (outre le cas déjà rencontré d'application d'une clause de réexamen ou d'une option conformément aux dispositions de l'article R. 3135-1 ou R. 2194-1 du Code de la commande publique) dans le cas d'une cession du contrat à la suite d'une opération de restructuration du concessionnaire ou titulaire initial.
- **La notion d'opération de restructuration ne revêt pas de signification juridique précise en droit français.** L'article R. 2142-26 du Code de la commande publique emploie le terme d'opérations de restructuration en y incluant notamment le rachat, la fusion ou l'acquisition d'une société, ce qui est somme toute assez large. S'inscrivant dans le prolongement de la jurisprudence Pressetext, cette acception dépasse le cadre initialement envisagé par le Conseil d'Etat dans son avis du 8 juin 2000 par lequel les opérations de restructuration n'étaient regardées que comme celles emportant disparition du titulaire initial et création de sociétés nouvelles.

60. Toutefois, la DAJ introduit un critère d'extériorité de la circonstance.

61. Cf. Le précis relatif à l'exécution des contrats de la commande publique à l'épreuve de la crise sanitaire

62. Articles L.3135-1 et R.3135-5 pour les contrats de concession ; articles L.2194-1 et R. 2194-5 pour les marchés publics du Code de la commande publique

- L'autorisation de modification pour cause de restructuration suppose en tous cas que l'intervention du nouveau concessionnaire ou titulaire ne contrevienne pas aux exigences initiales de l'autorité publique quant à la sélection des candidatures à l'attribution du contrat. Autrement dit, **le concessionnaire doit établir qu'il satisfait aux capacités attendues de l'autorité comme s'il avait été, dès l'origine, candidat à l'attribution du contrat cédé**. L'idée est ici encore de respecter les principes fondamentaux de la commande publique, c'est pourquoi il est exigé que :

- Dans le cas du contrat de concession, le nouveau concessionnaire justifie des capacités économiques, financières, techniques et professionnelles fixées initialement par l'autorité concédante.
- Dans le cas du marché, le nouveau titulaire remplisse les conditions qui avaient été fixées par l'acheteur pour la participation à la procédure de passation du marché initial.

En tout état de cause, cette modification ne doit pas être effectuée dans le but de soustraire le contrat aux obligations de publicité et de mise en concurrence⁶³.

II.4. Les modifications non substantielles

Dans les textes :

Les Directives 2014/23/UE et 2014/25/UE vont transcrire la jurisprudence et encadrer les modifications substantielles des marchés et concessions. Encadrement repris aujourd'hui par le code de la commande publique :

- Pour les marchés : art. L 2194-1 et R 2194-7 ;
- Pour les concessions art. L 3135-1 et R 3135-7.

En jurisprudence :

L'interdiction d'apporter des modifications substantielles à un contrat de la commande publique a été conçue par la jurisprudence communautaire, pour satisfaire aux principes de transparence, d'égalité de traitement, et de non-discrimination des candidats⁶⁴.

Le Conseil d'Etat rappellera pour sa part les « principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures », comme fondements de la prohibition des modifications substantielles⁶⁵.

En effet, comme le soulignait l'Avocate Générale dans ses conclusions sur l'affaire Pissetext, la modification substantielle d'un contrat favorise l'opérateur économique en place, en faisant l'économie d'une mise en concurrence qui serait justifiée par la conclusion de ce qui constitue en réalité un nouveau contrat. Et la modification substantielle porte également une atteinte à la concurrence, lorsque d'autres candidats auraient été susceptibles de postuler à l'attribution du contrat, si les modifications apportées avaient figuré dans le projet d'origine (§ 47 à 49).

63. articles R. 3135-6 et R. 2194-6 du Code de la commande publique

64. voir notamment, CJCE 19 juin 2008, Pissetext, C-454/06, concl. J. Kokott

65. CE 9 mars 2018, Compagnie des parcs et passeurs du Mont-Saint-Michel, n°409.972

Pour autant, il faut préciser qu'une modification peut être considérée comme substantielle, alors même que l'intention des parties n'est pas de s'abstraire des obligations de mise en concurrence. Ainsi, une transaction destinée à mettre fin à un litige entre les parties, est susceptible de constituer une modification substantielle, au même titre qu'un avenant⁶⁶.

Si l'objectif poursuivi est donc clair, la notion même de modification substantielle est difficile à cerner.

Il faut d'abord la distinguer du changement de nature globale du contrat.

Ce sont certes deux notions voisines et à deux reprises, le Conseil d'Etat a pu juger que des réductions de périmètre constituaient tout à la fois des changements de nature globale et des modifications substantielles.

Il n'en reste pas moins que ces deux notions n'ont pas le même objet.

Le modification non substantielle n'est qu'un cas, parmi d'autres, de modifications autorisées des contrats. Ainsi, des modifications substantielles sont permises si elles correspondent à d'autres hypothèses de modifications prévues par le code de la commande publique (ex ; circonstances imprévues, travaux supplémentaires....).

Le changement de nature globale du contrat est quant à lui prohibé dans toutes les circonstances.

On peut donc considérer que si tout changement de nature globale constitue également une modification substantielle, l'inverse n'est pas vrai. Des modifications substantielles sont susceptibles de ne pas modifier la nature globale du contrat.

Le qualificatif de « substantiel » postule que la distinction entre la modification substantielle et celle qui ne l'est pas relève au moins en partie d'une analyse au cas par cas.

Ainsi, **le code de la commande publique ne fournit pas de définition générale**, mais dresse une liste de cas constituant des modifications substantielles.

Les Directives européennes ont tenté d'apporter une définition.

Aux termes de l'article 89-4 de la [Directive 2014/25/UE](#), la modification d'un marché est substantielle « lorsqu'elle rend le marché ou l'accord-cadre sensiblement différent par nature de celui conclu au départ ».

Pour les concessions, la définition apportée par l'article 43-4 de la [Directive 2014/23/UE](#) est très proche.

La modification d'une concession est « considérée comme substantielle « lorsqu'elle rend les caractéristiques de la concession substantiellement différentes de celles prévues initialement ».

Ainsi, la modification substantielle se définit par les effets qu'elle emporte sur l'ensemble du contrat, qui deviendra sensiblement ou substantiellement différent de celui conclu à l'origine.

Ces définitions rejoignent l'avis du Conseil d'Etat du 9 avril 2005, aux termes duquel « (...) un avenant ne peut pas modifier substantiellement l'un des éléments essentiels de la délégation (...) »⁶⁷.

Pour être considérée comme substantielle, la modification doit porter sur un élément essentiel du contrat et ce, de manière significative.

Ainsi, la modification substantielle est voisine du changement de nature globale du contrat prohibé quel que soit le motif autorisant la passation de l'avenant⁶⁸.

En revanche, une modification qui n'affecterait qu'à la marge un élément essentiel du contrat n'aurait qu'un effet limité et ne saurait donc être regardée comme substantielle. A titre d'exemple, la modification

66. CJUE 7 septembre 2016, Finn Frogne, C-549/14

67. Avis Section des Travaux publics, 9 avril 2005, n°371.234 ; voir préalablement, CE Avis Finances 8 juin 2000no 364 803

68. art. L 2194-1 et L 3135-1 du code de la commande publique

des délais de paiement d'une redevance versée par le concessionnaire à l'autorité concédante ne constitue pas une modification substantielle⁶⁹.

En témoignent les cas de modification substantielle répertoriés aux articles R 2194-7 et R 3135-7 du code de la commande publique :

- L'introduction de 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 autre offre ;
- La modification considérable du champ d'application de la concession ;
- La modification considérable de l'objet du marché ;
- La modification de l'équilibre économique du contrat en faveur du titulaire du contrat d'une manière qui n'était pas prévue dans le contrat initial ;
- Le remplacement du titulaire du contrat en dehors des hypothèses prévues au code.

Comme le précisent les articles R 2194-7 et R 3135-7, les cas de modifications substantielles sont recensés de manière non exhaustive.

Et ils sont identiques pour les marchés et les concessions, à deux différences près :

- Pour les marchés publics, l'article R 2194-7 ne mentionne pas l'extension considérable du champ d'application du contrat.
Cette absence peut surprendre puisque selon la Directive 2014/25/UE (art. 89-4-c), l'extension considérable du champ d'application d'un marché constitue explicitement une modification substantielle. Mais eu égard au caractère non limitatif de la liste dressée à l'article R 2194-7, on ne saurait cependant étendre considérablement le champ d'application d'un marché.
- A l'inverse, s'agissant des concessions, la modification considérable de l'objet du contrat n'est pas mentionnée à l'article R 3135-7. Mais encore une fois, il ne faut pas en déduire que l'objet d'une concession pourrait être modifiée sans limite. La liste dressée à l'article R 3135-7 n'est pas limitative et la modification considérable de l'objet d'une concession pourrait constituer une extension considérable de son champ d'application.

Autre trait commun à l'ensemble des cas de modifications répertoriés, le code de la commande publique précise que les contrats peuvent faire l'objet de modifications non substantielles, « quel qu'en soit leur montant ».

Autrement posé, le montant de la modification apportée au contrat n'est pas un critère unique d'identification de la modification substantielle.

Une modification est susceptible d'être non substantielle, même si elle entraîne une forte augmentation de la rémunération de l'opérateur économique⁷⁰.

En outre, s'agissant des modifications de faible montant, l'interdiction des modifications substantielles est neutralisée. Il n'y a pas lieu de vérifier si elles constituent une modification substantielle⁷¹.

Ces observations étant faites, il convient de reprendre tour à tour les cas de modifications substantielles répertoriées par le code de la commande publique.

69. CJUE 2 septembre 2021, Sisal Spa, C-721/19

70. CE 9 mars 2018, Compagnie des parcs et passeurs du Mont-Saint-Michel, n°409.972

71. Voir ci-après la partie relative aux modifications de faible montant

L'introduction de nouvelles conditions qui auraient attiré davantage d'opérateurs économiques ou permis l'admission d'autres opérateurs économiques ou permis le choix d'une autre offre

Ce cas de modification substantielle repose sur l'hypothèse selon laquelle la modification apportée au contrat est susceptible de fausser a posteriori les conditions de la mise en concurrence qui ont donné lieu à la conclusion du contrat ainsi modifié.

Ainsi, à deux reprises, le Conseil d'Etat a estimé que davantage d'entreprises auraient été susceptibles de présenter leur candidature, en tenant compte des modifications apportées au contrat.

Ainsi, une réduction du périmètre d'un contrat constitue pour ce motif une modification substantielle, s'agissant d'une concession d'exploitation de stationnement limitée par avenant au stationnement sur voirie, alors que le contrat initial prévoyait en outre l'exploitation de 7 parcs hors voirie⁷².

Dans le même sens, à la suite de l'abandon de l'aéroport de Notre Dame des Landes, le Conseil d'Etat a rendu un avis s'opposant à la modification du contrat de concession qui avait confié à l'opérateur économique l'exploitation de l'aéroport existant, ainsi que la construction et l'exploitation du nouvel aéroport. Le Conseil d'Etat a estimé que le périmètre du contrat ne peut être réduit à l'exploitation de l'aéroport existant, car la procédure de mise en concurrence aurait alors pu attirer davantage de candidats⁷³.

Par ailleurs, les modifications apportées au contrat peuvent également affecter a posteriori le choix de l'offre retenue.

Il a ainsi été jugé que si l'identité d'un sous-traitant a été déterminante dans le choix de la puissance publique de retenir une offre plutôt qu'une autre, son changement en cours de contrat constitue une modification substantielle⁷⁴.

La modification considérable de l'objet du marché

De prime abord, le droit positif offre davantage de souplesse que l'ancien code des marchés publics qui prohibait la modification de l'objet du marché (art.20).

Désormais, seule la modification considérable de l'objet doit être considérée comme une modification substantielle.

Pour autant, la jurisprudence rendue sous l'empire de l'ancien code des marchés publics apporte des éclaircissements précieux.

Ainsi, des travaux nouveaux ne peuvent être confiés au titulaire, s'ils sont dissociables de ceux prévus initialement⁷⁵.

De même encore, le périmètre géographique d'un marché de service peut être étendu, lorsque les prestations nouvelles constituent une amélioration et un complément du marché d'origine⁷⁶. Encore faut-il que le complément ait une portée limitée et qu'il y ait identité de nature entre les prestations initiales et supplémentaires.

72. CE 15 novembre 2017, SEMEPA, n°409.728

73. CE Avis Ass. 26 avril 2018, n°394.398

74. CJUE 13 avril 2010, Wall AG c/ Ville de Francfort-sur-le-Main, C-91/08

75. Voir en ce sens CE 30 janvier 1995 Sté Viafrance, n°151.099 et Direction des affaires juridiques – DAJ – Fiche « les modalités de modification des contrats en cours d'exécution p.9

76. CE Sect. 11 juillet 2008, Ville de Paris, n°312.354 : extension du service Velib à une trentaine de communes limitrophes de la ville de Paris

On peut ainsi considérer que des prestations nouvelles peuvent être fixées en cours de marché dès lors qu'elles ne sont pas dépourvues de tout lien avec l'objet initialement convenu.

L'extension considérable du champ d'application d'une concession

En l'absence de précision du texte, le champ d'application de la concession peut s'entendre de :

- son périmètre géographique ;
- son périmètre matériel, qui s'apparente à l'objet du contrat ;
- ou encore sa durée (champ d'application dans le temps).

Bien entendu, il est difficile d'anticiper quel sera le degré de la modification du champ d'application la qualifiant de « considérable ».

Toujours est-il qu'en ce qui concerne la modification de la durée du contrat, ce dispositif est susceptible d'offrir davantage de souplesse que la prolongation d'un an pour motif d'intérêt général qui était autorisée par la loi Sapin⁷⁷.

En effet, des prolongations de contrat supérieures à 1 an sont constatées en pratique, notamment pour aligner la durée de plusieurs délégations de service public, dans le périmètre d'un établissement public de coopération intercommunal.

Ces prolongations, que n'autorisait pas la loi Sapin, peuvent désormais être envisagées, sous réserve de ne pas modifier l'équilibre économique du contrat. En effet, un contrat conçu pour ne devenir rentable que les dernières années, serait susceptible de voir son équilibre économique modifié par une prolongation même de courte durée.

La modification de l'équilibre économique du contrat à l'avantage de l'opérateur économique d'une manière qui n'était pas prévue dans le contrat de concession initial

Les textes ne définissent pas ce qu'il faut entendre par « équilibre économique du contrat ».

L'équilibre économique du contrat résulte de « ses éléments essentiels, comme la durée, le volume des investissements ou les tarifs »⁷⁸.

D'autres modifications sont susceptibles de modifier l'économie du contrat. C'est ainsi le cas :

- D'un avenant entraînant la réduction du risque d'exploitation (nouvelle indexation des coûts, nouvelles compensations tarifaires, diminution des hypothèses de fréquentation), avec en conséquence une augmentation des subventions de la puissance publique⁷⁹ ;
- Ou encore d'un avenant transférant du délégataire à la puissance publique l'obligation de renouvellement de certains équipements, entraînant ainsi une diminution du risque d'exploitation et une diminution des charges du délégataire de l'ordre de 25%⁸⁰.

En revanche, une modification importante des tarifs ou du prix ne suffit pas en elle-même à caractériser la modification substantielle du contrat. En effet, lorsque cette augmentation est compensée par les

77. Voir ancien article L 1411-2 du code général des collectivités territoriales

78. CE 9 mars 2018, Compagnie des parcs et passeurs du Mont-Saint-Michel, n°409.972 ; voir également en ce sens CE Avis, Section des Travaux publics, 9 avril 2005, n°371.234).

79. CAA Paris 17 avril 2007, Société Kéolis, n°06PA02278 cité dans la Fiche DAJ précitée p.10

80. CAA Marseille, 7 avril 2008, Cie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau, n°05MA01756 cité in Fiche DAJ précitée p.10

charges que devra supporter l'entreprise, l'équilibre économique convenu à la conclusion du contrat est préservé⁸¹.

Dans cette affaire, l'avenant litigieux prévoyait des hausses de tarifs comprises entre 31 et 48% entraînant une augmentation de plus d'un tiers des recettes du concessionnaire. Le Conseil d'Etat a constaté que ces augmentations allaient très au-delà de la compensation des nouveaux investissements et des charges imposés au concessionnaire et entraînaient donc une modification substantielle du contrat.

Ce dispositif s'écarte donc de l'ancien code des marchés publics (art.20), aux termes duquel un avenant ne pouvait « bouleverser l'économie du marché »⁸².

La seule augmentation du tarif ou du prix ne suffit pas à caractériser une modification de l'équilibre économique du contrat, qui dépend non seulement des recettes, mais également des charges pesant sur l'opérateur économique.

On peut se demander si une solution analogue s'applique aux avenants prolongeant la durée de la concession, de manière à permettre l'amortissement de nouveaux investissements mis à la charge du concessionnaire.

A cet égard, le régime issu de la loi Sapin prévoyait ainsi la possibilité de prolonger les délégations de service public dans l'hypothèse d'investissements mis à la charge du délégataire, indispensables au service et ne pouvant être amortis sur la durée résiduelle du contrat sans augmentation manifestement excessive des tarifs⁸³.

On pourrait en effet soutenir qu'une prolongation destinée à compenser de nouveaux investissements à la charge du concessionnaire ne vient pas modifier l'équilibre économique du contrat.

Toutefois, la prise en charge de ces investissements avec une prolongation de la durée du contrat pourrait être alors considérée comme une modification substantielle, ne serait-ce qu'en raison d'une modification considérable de son champ d'application temporel.

Une analyse au cas par cas s'impose, en fonction de la nature et du volume des investissements, ainsi que de l'importance de la prolongation eu égard à la durée initiale du contrat.

En toute hypothèse, une autre solution peut être recherchée, pour rattacher cette opération au cas d'autorisation des travaux ou services supplémentaires devenus nécessaires (voir ci-dessus).

II.5. Les modifications de faible montant

La possibilité d'apporter au contrat des modifications de faible montant est prévue pour les marchés aux articles L 2194-1, R 2194-8 et R 2194-9 du code de la commande publique et pour les concessions aux articles L 3135-1, R 3135-8 et R 3135-9 du même code.

Les seuils en-dessous desquels, il s'agit de modifications de faible montant sont :

- Pour les marchés : 10% (fournitures ou services) ou 15% (travaux) du montant du marché initial
- Pour les concessions : 10% du montant du contrat de concession initial.

Dans tous les cas, la modification ne doit pas excéder les seuils européens.

81. Voir en ce sens, CE 9 mars 2018, Compagnie des parcs et passeurs du Mont-Saint-Michel, précité

82. Voir par ex ; CE 8 mars 1996, Commune du Petit Bourg, n°165.075 ; avenant bouleversant un marché au seul motif qu'il entraîne une augmentation de 43% du prix

83. Ancien article L 1411-2 du code général des collectivités territoriales

A cet égard, c'est bien le montant de la modification qui doit être pris en considération. Est sans conséquence, le fait que le montant du contrat devienne supérieur au seuil européen, par l'effet de la modification⁸⁴.

Modification de faible montant et changement de la nature du contrat

Le code de la commande publique précise que dans le cas d'une modification de faible montant, peu importe que cette augmentation puisse également constituer une modification substantielle. L'interdiction des modifications substantielles est ici neutralisée.

En revanche, comme tous les autres cas de modifications, les modifications de faible montant, voire celles dénuées de tout impact sur le montant, ne doivent pas changer la nature globale du contrat⁸⁵.

Ainsi, la Direction des Affaires Juridiques (précité p.3) indique que la présomption de régularité d'un avenant de faible montant n'est pas irréfragable et rappelle qu'un avenant dépourvu de tout impact financier est susceptible de changer la nature globale du contrat (ex ; modification « en profondeur » du calendrier d'exécution, ou encore du régime des pénalités). Ces exemples évoqués par la DAJ témoignent d'une grande rigueur, puisque de telles modifications pourraient plutôt être considérées comme des modifications substantielles, précisément autorisées dans le cas des modifications de faible montant.

Le montant de référence

Le montant de la modification doit s'apprécier par rapport au montant du contrat, c'est-à-dire par référence au montant de la rémunération initialement prévue.

L'augmentation du prix du marché ou du tarif de la concession ne suffit donc pas toujours à caractériser l'importance de la modification.

Ainsi, pour les contrats prévoyant une rémunération périodique, l'augmentation devra être rapportée à la durée résiduelle du contrat à la date de la modification, pour déterminer de quel degré la rémunération de l'entreprise s'est accrue.

A titre d'illustration, dans le cadre d'un contrat de concession d'une durée de 10 ans, une augmentation du tarif annuel de 20% au cours des deux derniers exercices, n'entraîne une augmentation du montant de la concession que de 4%.

Par ailleurs, le montant actualisé du contrat de concession initial est le montant de référence lorsque le contrat comporte une clause d'indexation (ou de variation des prix dans le cas du marché de partenariat). Dans le cas où il n'y aurait pas de clauses d'indexation des prix, le montant actualisé du contrat de concession initial est calculé en tenant compte de l'inflation moyenne.

Le montant de la modification

En cas de plusieurs modifications successives, il faut prendre en considération leur montant cumulé. Et on peut considérer que le cumul porte sur toutes les modifications intervenues depuis le début du contrat, même celles ayant pris effet avant l'adoption des Directives Européennes 2014/23/UE et 2014/25/UE et des mesures de transposition⁸⁶.

84. Direction des Affaires Juridiques – Fiche « Les modalités de modification des contrats en cours d'exécution » p.11

85. Voir en ce sens, CJUE 13 avril 2010, Wall AG c/ Ville de Francfort-sur-le-Main, C-91/08 ; un changement de sous-traitant jugé illégal « lorsque le recours à un sous-traitant plutôt qu'à un autre a été (...) un élément déterminant de la conclusion du contrat »

86. Voir par ex en ce sens, CJUE 21 mars 2019, Commission européenne c/ République italienne, C-526/17

PARTIE III

CONSÉQUENCES DE LA MODIFICATION



I. LES CONSÉQUENCES FINANCIÈRES

I.1. Principe : l'indemnisation intégrale du cocontractant de la puissance publique en cas de modification unilatérale

En droit : principe dégagé par la jurisprudence et désormais codifié dans le code de la commande publique :

- La mise en œuvre, par la puissance publique, de son pouvoir de modification unilatérale, ouvre à son cocontractant, en cas d'aggravation des charges pesant sur lui, **un droit à la réparation de l'intégralité du préjudice subi** et cela alors même que l'exercice par la puissance publique de ses prérogatives n'est entaché d'aucune irrégularité⁸⁷. Cette solution repose sur le principe d'équation financière fameusement théorisé par Blum dans ses conclusions sur l'arrêt *Compagnie Générale française des Tramways*⁸⁸ et pour lequel le droit incontestable de l'autorité de prescrire les modifications nécessaires au service public ne doit pas pour autant donner au contrat administratif « **comme un caractère léonin** ». **C'est ainsi que le principe d'équilibre financier a été régulièrement confirmé depuis par des arrêts** du Conseil d'Etat⁸⁹ et avis⁹⁰ du Conseil d'État⁹¹.
- **Ce principe a été récemment codifié** à l'article L.6 alinéa 4 du titre préliminaire du Code de la commande publique selon lequel « *L'autorité contractante peut modifier unilatéralement le contrat dans les conditions prévues par le présent code, sans en bouleverser l'équilibre. Le cocontractant a droit à une indemnisation, sous réserve des stipulations du contrat* ».

Il est ensuite décliné aux articles L.3135-2 (pour les contrats de concession) et L. 2194-2 (pour les marchés publics) aux termes desquels lorsqu'une autorité administrative modifie unilatéralement un contrat administratif, son titulaire « *a droit au maintien de l'équilibre financier du contrat* ».

Etendue du droit à l'indemnisation :

- Le cocontractant a droit à être indemnisé **de la perte subie et du manque à gagner**⁹² ;
- Le cocontractant n'a néanmoins un droit à indemnisation que si la modification lui a causé un préjudice⁹³ ;
- Il revient au cocontractant d'apporter la preuve du lien de causalité entre la modification et le préjudice subi.

I.2. Limites au principe de l'indemnisation : la possibilité pour les parties d'y déroger

- En droit, le cocontractant a certes droit à une indemnisation, mais « sous réserve des stipulations du contrat » (L.6 al. 4 du code de la commande publique), ce qui laisse la possibilité à la personne privée de prendre sur elle une partie de la charge liée à la modification.

87. CE Sect. 27 oct. 1978, Ville de Saint-Malo; Rec. CE 1978, p. 401

88. CE 11 mars 1910 *Compagnie Générale française des Tramways*

89. CE, 2 févr. 1983, UTPUR, préc.

90. CE, avis, 24 sept. 1998 : EDCE 1999, n° 50, p. 218

91. CE, avis, 24 sept. 1998 : EDCE 1999, n° 50, p. 218

92. CE, sect., 27 oct. 1978, Ville de Saint-Malo

93. V. en ce sens CE 18 nov. 1988, Ville d'Amiens et Société d'exploitation du parc de stationnement de la gare routière d'Amiens, Rec p. 417

- La jurisprudence a par ailleurs pu admettre la limitation contractuelle du droit d'indemnisation du cocontractant, notamment en le subordonnant au dépassement de certains seuils de modification⁹⁴.

I.3. Les limites à l'exercice de son pouvoir unilatéral par la puissance publique

- La jurisprudence a jugé que l'exercice du pouvoir de modification unilatérale supprimant « un élément important de l'équilibre financier de la convention » en déniait au cocontractant toute compensation financière constituée, en l'absence de toute stipulation contractuelle, une faute « suffisamment grave » pour justifier la résiliation de la convention à la demande du délégataire⁹⁵.
- De même, la puissance publique est tenue d'exercer ses prérogatives conformément aux stipulations contractuelles et, dans le silence du contrat, conformément à leur finalité. Si elle outrepassé ses pouvoirs contractuels, dont celui de modification unilatérale, elle engage sa responsabilité contractuelle⁹⁶.

II. LES CONSÉQUENCES CONTENTIEUSES

La modification contractuelle peut avoir plusieurs types de conséquences contentieuses. A titre liminaire, il convient de noter que les conséquences contentieuses de la modification des contrats publics peuvent également être envisagées d'un point de vue pénal ou disciplinaire. En effet, la modification irrégulière d'un contrat public peut justifier des poursuites devant les juridictions pénales, en particulier sur le fondement du délit de favoritisme⁹⁷, ou devant la Cour de discipline budgétaire et financière⁹⁸.

La présente section se concentre sur le régime des recours devant les juridictions administratives que peuvent former la puissance publique, le titulaire du contrat ou les tiers à propos d'une modification contractuelle, afin d'obtenir son exécution, dans un but indemnitaire ou pour obtenir l'annulation d'une telle modification. Elle analyse ainsi ces différentes catégories de recours, les conditions dans lesquelles ils peuvent être introduits et leurs effets.

II.1. Le recours de la puissance publique en référés pour obtenir l'exécution de la modification

Parfois, le litige entre les parties au contrat porte sur l'opportunité-même de réaliser la modification demandée par la puissance publique, si bien que le cocontractant de celle-ci refuse de la mettre en œuvre. Dans ce cas, la puissance publique dispose de la possibilité de saisir le juge d'un référé dit « mesures utiles »⁹⁹, afin de lui demander d'enjoindre son cocontractant de mettre en œuvre la modification qui a été décidée.

94. V en ce sens CE 3 mai 1968, min. Affaires culturelles c/ Sté des grands travaux de l'est, Rec p. 282 ; CE 14 mars 1980, SA Cie ind. de travaux électriques et mécaniques, Rec p. 790

95. V. CE 12 mars 1999, SA Méribel 92 n° 176694,

96. CE 14 avr. 1948, min. Armées c/ Sté générale d'entreprises, Rec. p. 159 ; CE 27 oct. 1978, Ville Saint-Malo, préc.

97. Voir, par exemple, dans le cas de la modification irrégulière d'un marché public, Cass. Crim., 09 septembre 2020, n°19-85374.

98. Voir, par exemple, CDBF, 22 janvier 2015, *Etablissement public du campus de Jussieu*, n°197-713.

99. Article L. 521-3 du Code de justice administrative.

Pour que ce recours soit accueilli, la puissance publique doit démontrer que les conditions suivantes sont réunies : (i) que l'urgence justifie l'exécution de la modification contractuelle en cause, (ii) que la mesure prononcée soit utile, (iii) que la mesure d'injonction en cause ne fasse pas obstacle à l'exécution d'une autre décision administrative et (iv) que la mise en œuvre de la modification en cause ne se heurte à aucune contestation sérieuse¹⁰⁰.

Si l'ensemble de ces conditions sont réunies, le juge peut prononcer une injonction à l'encontre du cocontractant de la puissance publique, le cas échéant, assortie d'une astreinte.

II.2. Le recours indemnitaire ouvert au cocontractant de la puissance publique

En cas de modification contractuelle, que celle-ci soit unilatérale ou qu'elle prenne la forme d'un avenant, le cocontractant de la puissance publique ne dispose pas de la possibilité de demander au juge l'annulation de cette modification, dès lors qu'il s'agit d'une mesure d'exécution du contrat. Il dispose dans ce cas uniquement d'un recours de plein contentieux de nature indemnitaire¹⁰¹. A cet égard, le Conseil d'Etat a récemment refusé d'ouvrir un recours en annulation d'une modification contractuelle ouvert au cocontractant de la puissance publique, sur le modèle du recours contre la décision de résilier le contrat¹⁰².

Dans le cadre d'un tel recours, le titulaire peut demander l'indemnisation du préjudice subi à raison de la modification contractuelle décidée par la puissance publique. Le montant de l'indemnisation vise à compenser les charges nouvelles liées à la modification unilatérale¹⁰³. L'indemnité couvre l'intégralité du préjudice subi¹⁰⁴, c'est-à-dire les pertes subies et les gains manqués, sous réserve des stipulations contractuelles¹⁰⁵.

Ainsi, pour que le recours soit accueilli, le cocontractant de la puissance publique doit démontrer un préjudice direct et certain né de l'atteinte à l'équilibre financier du contrat résultant de la modification contractuelle ou faire valoir le caractère irrégulier de la modification¹⁰⁶.

Ce recours est formé selon les mêmes modalités qu'un recours de plein contentieux. Ainsi, il doit être précédé d'une demande indemnitaire préalable chiffrée auprès de la puissance publique sous peine que la requête soit considérée comme irrecevable. Par ailleurs, le recours du cocontractant à l'encontre la décision de modification du contrat ne semble pas être soumis à une condition de délai¹⁰⁷.

II.3. Les recours ouverts aux tiers

Les recours ouverts aux tiers contre les modifications d'un contrat administratif s'envisagent sous trois aspects selon qu'il s'agit d'un recours en contestations en validité contre un avenant (i), d'un recours en excès de pouvoir contre la modification d'une clause réglementaire (ii), et, dans les cas des modifications unilatérales et des actes d'exécution, sous l'angle d'un contentieux limité aux seules situations de résiliation ou de refus de résiliation (iii).

100. CE, 5 juillet 2013, *Société Veolia Transport Valenciennes Transvilles*, n°367760.

101. CE, Section, 9 décembre 1983, *Société d'étude de participation et de développement*, n° 34607, Rec. p. 498.

102. CE, 15 novembre 2017, *Société Les Fils de Mme A.*, n°402794.

103. Voir, par exemple, CE, 22 février 2008, *Société NTA*, n°274669.

104. CE, Section, 27 octobre 1978, *Ville de Saint-Malo*, n°05722, Rec. p.401.

105. Article L. 6-4° du Code de la commande publique.

106. Voir, par exemple, CE, 14 mars 1980, *Société CITREM*, n°03417, Rec. tab. p. 790.

107. Article R. 421-2 al. 3 du Code de justice administrative.

(i) Un recours en contestation de validité contre un avenant

Lorsque l'acte modificatif prend la forme d'un acte consensuel, en d'autres termes d'un avenant, il est possible pour les tiers d'exercer un recours en contestation de la validité de cet avenant dans les conditions de la jurisprudence *Département du Tarn-et-Garonne*¹⁰⁸(si toutefois cet avenant a été signé après le 4 avril 2014). C'est là l'apport de la décision *Association Trans'Cub*¹⁰⁹.

Ce recours en contestation de la validité de l'avenant s'exerce dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées. Le juge administratif distingue l'appréciation de l'intérêt à agir et les moyens invocables selon que le tiers est un requérant ordinaire ou un requérant privilégié.

D'une part, le requérant ordinaire a un intérêt à agir lorsqu'il est en mesure de montrer qu'il est susceptible d'être lésé « *dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine* » par la passation de l'avenant. Il ne pourra invoquer que des vices en rapport direct avec l'intérêt lésé dont il se prévaut et d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office. Les vices d'ordre public en font partie¹¹⁰.

Ainsi, un opérateur économique peut introduire un recours contre la décision de renouvellement d'un contrat de concession, au motif que les conditions de renouvellement ont été substantiellement modifiées. Peu importe qu'il ou non participé à la procédure d'attribution initiale de la concession, dès lors qu'il justifie d'un intérêt à se voir attribuer la concession au jour du renouvellement¹¹¹.

D'autre part, le requérant privilégié, qui est le préfet de département ou le membre de l'organe délibérant de la collectivité concernée ou d'un groupement de collectivités territoriales, bénéficie d'une présomption d'intérêt à agir. Il pourra invoquer tout vice. Le juge administratif apprécie strictement l'intérêt à agir des requérants ordinaires.¹¹²

Dans le cadre du recours en contestation de la validité de l'avenant, le juge dispose d'une palette relativement large de pouvoirs même si l'impératif de stabilité des relations contractuelle semble prévaloir. Tout d'abord, dans toute la mesure du possible le juge est invité à prendre des mesures pour maintenir l'avenant soit qu'il soit en présence d'un vice mineur, soit d'un vice régularisable. Ensuite, dès lors que la régularisation est impossible, le juge peut soit résilier l'avenant avec un effet différé, soit prononcer une annulation rétroactive, qui peut être totale ou partielle (mais réservée à une situation contractuelle qui porte une atteinte excessive à l'intérêt général)¹¹³. Enfin, le juge du plein contentieux peut octroyer une indemnisation qui résulte de la conclusion illégale de l'avenant.

Lorsqu'un avenant est annulé à la suite du recours en contestation de la validité, le contrat initial subsistera. Afin d'apprécier une potentielle atteinte excessive à l'intérêt général, le juge du plein contentieux recherchera si l'annulation de l'avenant aura pour effet d'anéantir rétroactivement les actes passés pour son application¹¹⁴.

108. Conseil d'Etat, 4 avril 2014, *Département Tarn-et-Garonne*, N°358994

109. CE, 20 novembre 2020, *Association Trans'Cub*, n°428156

110. Conseil d'Etat, 9 novembre 2018, n°420654, *Société Cerba*.

111. CJUE 2 septembre 2021, *SISAL Spa*, C-721/19

112. CE, 27 mars 2020, n°426291, *X c/ Métropole du Grand Nancy, Société Enedis et Société EDF*.

113. Classiquement l'annulation d'un avenant ne doit intervenir que pour sanctionner trois types d'irrégularités, l'illicéité du contenu de l'avenant, les vices du consentement et les « vices d'une particulière gravité que le juge doit ainsi relever d'office » (Conseil d'Etat, 4 avril 2014, *Département Tarn-et-Garonne*, n°358994).

114. Conseil d'Etat, 15 mars 2019, *SA Gardéenne d'économie mixte*. N°413584

(ii) Un recours en excès de pouvoir contre la modification des clauses réglementaires

Les tiers peuvent également contester la modification des clauses réglementaires du contrat par l'exercice d'un recours pour excès de pouvoir¹¹⁵. Le tiers ne peut agir que contre des clauses réglementaires, ou la modification de celles-ci, qui portent une atteinte directe et certaine à ses intérêts et contre le refus d'abroger de telles clauses en raison de leur illégalité.

La clause réglementaire, qui présente certaines ressemblances avec l'acte réglementaire, est la clause de portée générale qui par elle-même « *a pour objet l'organisation ou le fonctionnement d'un service public* »¹¹⁶. Dès lors, par nature, ces clauses ont un effet obligatoire sur les tiers-usagers qui justifie qu'elles puissent être contestées par ceux-ci. Ce recours ne peut s'exercer que dans un délai de deux mois à compter de la publicité des clauses. Le tiers peut invoquer un vice propre à la clause attaquée. Par exemple, il est possible de considérer que la clause réglementaire viole le droit de la consommation¹¹⁷ ou le droit de la concurrence¹¹⁸.

(iii) Un contentieux limité s'agissant des modifications unilatérales

En l'état du droit, les mesures d'exécution du contrat (dont certaines peuvent en pratique être des modifications unilatérales du contrat) « faute de révéler une décision ayant une portée propre » ne font pas grief et peuvent dès lors pas être soumises au juge administratif¹¹⁹. Plus largement, les tiers à un contrat administratif ne peuvent pas se prévaloir des stipulations de ce contrat (à l'exception de ses clauses réglementaires) pour invoquer son inexécution dans le cadre d'une action en responsabilité quasi-délictuelle¹²⁰.

Si le cocontractant de la puissance publique peut exercer un recours indemnitaire suite à une modification unilatérale, les tiers au contrat ne disposent d'aucun recours. Comme le souligne le rapporteur public Gilles Pellisier sous la décision *Syndicat mixte de l'activité transmanche* : « *les modifications unilatérales constituent des mesures d'exécution du contrat qui, en l'état actuel de la jurisprudence, ne sont pas susceptibles d'aucun recours, ni des tiers, ni des parties* »¹²¹.

Par exception, certains actes d'exécution, d'importance significative, peuvent être contestés par les tiers. Il s'agit en premier lieu du recours de plein contentieux tendant à ce que le juge résilie le contrat qui a été reconnue par un arrêt de Section du Conseil d'Etat, *Syndicat Mixte de Promotion de l'Activité Transmanche* (SMPAT)¹²². Il s'agissait principalement de mettre en cohérence les possibilités contentieuses avec celles envisagées dans l'arrêt *Tarn-et Garonne*. Dès lors, il faut que le tiers requérant (hormis l'hypothèse d'un requérant privilégié) soit « *susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon direct et certaines* », « *que les moyens soulevés (...) [soient] en rapport direct avec l'intérêt lésé* » et que le contrat soit irrégulier *ab initio* ou soit devenu irrégulier (sans régularisation possible). Au regard de l'ensemble de ces conditions, il est permis de penser que cette hypothèse de résiliation juridictionnelle restera d'occurrence exceptionnelle.

115. CE, Assemblée, 10 juillet 1996, *Cayzeele*, n°138536 ; Conseil d'Etat, 9 février 2018, , *Communauté d'agglomération Val d'Europe agglomération*, n°404982

116. Conseil d'Etat, 30 juin 2016, n°393805, *Syndicat des compagnies aériennes autonomes* ; Conseil d'Etat, 9 octobre 2020, n°422483, *Commune de Montpellier*.

117. Conseil d'Etat, Section, 11 juillet 2001, *Société des eaux du Nord*, n°221458.

118. Conseil d'Etat, Section, 3 novembre 1997, *Société Million et Marais*, n°169907.

119. CE, 18 juin 2003, *Fédération Rhône-Alpes de protection de la nature*, n° 251972. S'agissant de décision par laquelle l'État ordonne au concessionnaire d'un ouvrage public d'engager des travaux

120. CE, Sect., 11 juillet 2011, *Mme G.*, n°339409.

121. Conclusions, Gilles Pellisier sous Conseil d'Etat, 30 juin 2017, *Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche*. n°398445.

122. CE, Sect., 30 juin 2017, *Syndicat Mixte de Promotion de l'Activité Transmanche*, n° 398445

En deuxième lieu, les tiers peuvent toujours contester la décision de résiliation par la voie d'un recours en excès de pouvoir¹²³. Cette voie de droit est en réalité une subsistance d'une jurisprudence *Société de Livraisons industrielles et commerciales* (LIC) qui identifiait des actes détachables du contrat susceptibles d'un recours en excès de pouvoir des tiers¹²⁴. Le Conseil d'État avait ouvert aux tiers la possibilité de former un recours pour excès de pouvoir contre tous les actes qui « *bien qu'ayant trait soit à la passation soit à l'exécution du contrat, peuvent néanmoins être regardés comme des actes détachables dudit contrat* ». Rétrospectivement, et en comparaison des conditions désormais posées par la décision *SMPAT* s'agissant du contentieux de refus de la résiliation, cette subsistance apparaît relativement libérale et, dans une certaine mesure, incohérente.

La décision *SMPAT* a réglé la question du refus de résilier, mais ne s'applique pas aux autres mesures d'exécution que sont notamment les décisions de résiliation ou, plus largement, de modification unilatérale du contrat. Formellement, le recours en excès de pouvoir *LIC* est toujours en vigueur à leur égard¹²⁵. Il est toutefois probable que l'œuvre de rationalisation du contentieux contractuel puisse se poursuivre et que le Conseil d'État entende fermer aux tiers la voie du recours en excès de pouvoir contre une modification unilatérale pour leur ouvrir celle du recours de pleine juridiction en plus grande cohérence avec l'arrêt *Tarn-et-Garonne*¹²⁶.

COMITÉ DE RÉDACTION

Sous la direction de **Stéphane BRACONNIER**, Présidente de l'Université Paris-Panthéon-Assas

Antoine BERGEAUD, Juriste droit public – Veolia Eau

Pierre-Emeric CHABANNE, Délégué général – IGD

Philippe GONZAGUE, Responsable juridique droit public – Suez France

Valérie JACOB, Chef de service juridique – Bouygues Energie & Services

Laure LAGASSE, Chef de projet – IGD

Jérôme LEVY, Directeur juridique – SAUR

Delphine MAREKOVIC, Chef du bureau de l'expertise juridique en financements innovants des infrastructures de transport – Ministère de la Transition écologique

Pierre de PREMONVILLE, Senior legal counsel – Vinci Concessions

Nicolas VITAL, Responsable juridique et Directeur de projets – Fin Infra

Nous remercions l'ensemble des membres de la Commission juridique pour leur relecture attentive. Un merci tout particulier à Lila BENCHIKH, responsable Pôle juridique Achats Contrats – Réseau de Transport d'Electricité et Abdelrahime BENDAIRA, Sous-directeur des concessions d'autoroutes – Ministère de la Transition écologique et solidaire pour leurs remarques constructives.

123. CE, Ass., 2 février 1987, *Société TV6*, n°81131

124. CE, Sect., 24 avril 1964, *Société de Livraisons industrielles et commerciales*, n° 53518

125. Conclusions de M. Marc Pichon de Vendeuil sous CE, 18 mai 2021, *Association Française indépendante de l'électricité et du gaz*, n°434438 : « Nous observons également qu'ayant ouvert un recours aux tiers contre les modifications conventionnelles du contrat, y compris par voie d'avenant, (...) l'édifice deviendrait sérieusement bancal : nous peinons en effet à trouver une justification au *distinguo* que certains font entre avenant et modification unilatérale ».

126. Pour une tentative voir par exemple TA Versailles, 7 décembre 2018, *SARL le Domaine du Bois Fresnais*, req. n° 1504770 *contra* CE, 18 mai 2021, *Association Française indépendante de l'électricité et du gaz*, précité.



L'IGD est une fondation d'entreprises reconnue d'utilité publique qui, **depuis 25 ans**, regroupe l'ensemble des parties prenantes à la gestion des services publics.

L'Etat, les associations d'élus, les entreprises publiques, les entreprises privées, des associations de consommateurs et des représentants de syndicats travaillent en son sein **à l'amélioration de la qualité et de la performance des services publics**, en particulier lorsque ceux-ci sont délégués.



84 rue de Grenelle - F-75007 Paris - Tél : +33 (0)1 44 39 27 00 / Fax : +33 (0)1 44 39 27 07
contacts@fondation-igd.org / www.fondation-igd.org