LES FICHES TECHNIQUES DE LA DAJ

Les modifications des contrats de la commande publique en cours d'exécution par les acheteurs publics et les pièces justificatives de la dépense demandées par les comptables publics des collectivités territoriales et des établissements publics de santé

Cette fiche a été corédigée par la direction générale des Finances publiques et la direction des Affaires juridiques.

SOMMAIRE

1. Les hypothèses dans lesquelles une modification des contrats en cours d'exécution peut être admise 2
2. La modification contractuelle des marchés publics et des concessions en cours d'exécution 5
3. Le pouvoir de modification unilatérale des contrats de la commande publique 5
4. Les pièces justificatives demandées par les comptables des collectivités territoriales et des établissements publics de santé 6

Depuis le 1er avril 2019, les règles relatives à la modification des marchés publics en cours d'exécution ont été codifiées dans le code de la commande publique (CCP) aux articles L. 2194- 1 et suivants et R. 2194-1 et suivants.

Le code prévoit ainsi deux modalités de modifications d'un contrat dans les conditions des articles L. 2194-1 à L. 2194-3 et R. 2194-1 à R. 2194-9 : soit par avenant, soit, pour les contrats administratifs, par décision unilatérale de l'acheteur en application du 4° de son article L. 6 dès lors que l'équilibre du contrat n'est pas bouleversé. Dans ce dernier cas, *« le cocontractant a droit à une indemnisation, sous réserve des stipulations du contrat »*.

La présente fiche a pour objet de répertorier les hypothèses de modifications susceptibles d'intervenir en cours d'exécution (1) et de faire le point sur l'utilisation des deux modes de modifications du contrat de la commande publique en cours d'exécution en examinant successivement les modifications en cours d'exécution (1), la modification contractuelle (2) et la modification unilatérale (3). Seront également abordées les pièces justificatives de la dépense demandées par les comptables publics des collectivités territoriales et des établissements publics de santé (4).

1. Les hypothèses dans lesquelles une modification des contrats en cours d'exécution peut être admise[1]

Conformément aux dispositions de l'article L. 2194-1 du CCP relatives à l'ensemble des marchés et à celles de l'article L. 3135-1 du même code pour les contrats de concession, l'acheteur ou l'autorité concédante peut, en cours d'exécution, modifier régulièrement son contrat initial sans nouvelle procédure de mise en concurrence lorsque l'une des conditions suivantes est remplie :

- **les modifications ont été prévues dans les documents contractuels initiaux** : la modification est autorisée, sans limite de montant et sans nouvelle procédure de mise en concurrence, sous réserve que la clause de réexamen qui l'initie soit claire, précise et sans équivoque en application des articles R. 2194-1 et R. 3135-1 du code. Dans un tel cas, l'acheteur ou l'autorité concédante 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. Cette décision unilatérale peut être matérialisée par l'envoi d'un courrier. Une telle solution, qui présente l'avantage de la prévisibilité pour les parties, doit être privilégiée lorsqu'elle est envisageable.

- **des travaux, fournitures ou services supplémentaires sont devenus nécessaires** : il est ainsi possible d'ajouter des travaux, services ou fournitures supplémentaires qui sont devenus nécessaires et ne figuraient pas dans le contrat initial, à la condition commune

[1] Extraits de la fiche de la DAJ du 01/04/2019 sur les modalités de modification des contrats en cours d'exécution : https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/media-document/FT62_Les_modifications.pdf

aux acheteurs et autorités concédantes qu'un changement de contractant 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 initial. Lorsque le contrat est conclu par un pouvoir adjudicateur, les modifications effectuées ne doivent pas entraîner une augmentation du contrat supérieure à 50 % du montant initial.

- **les modifications sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues :** la modification sur ce fondement doit être nécessaire à la poursuite de l'exécution du contrat et suppose la survenance d'une circonstance imprévisible pour les parties dans son principe et/ou dans son ampleur au moment où le contrat a été passé, à laquelle ils ne doivent pas avoir contribué. La modification envisagée doit par ailleurs être nécessaire pour permettre la poursuite de l'exécution du contrat. Enfin, la modification envisagée ne doit pas dépasser 50 % de la valeur du contrat initial lorsque le contrat est passé par un pouvoir adjudicateur.

- **un nouveau titulaire se substitue au titulaire initial du marché** : cette modification peut intervenir à raison d'une clause de réexamen, d'une option univoque du contrat initial, ou à la suite d'une opération de restructuration de société, notamment de rachat, de fusion, d'acquisition ou d'insolvabilité, assurée par un autre opérateur qui remplit les critères de sélection qualitativement établis initialement, à condition que cela n'entraîne pas d'autres modifications.

- **les modifications ne sont pas substantielles** : la modification d'un contrat en cours de validité doit être considérée comme substantielle et doit par conséquent être qualifiée en nouveau contrat soumis aux règles du droit de la commande publique lorsque :
    - elle introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou auraient permis de retenir une offre autre que celle initialement retenue,
    - elle change l'équilibre économique du contrat en faveur du titulaire, d'une manière qui n'était pas prévue dans les termes du contrat initial,
    - elle modifie considérablement l'objet du contrat en étendant, à titre d'exemple, le marché public ou le contrat de concession, dans une mesure importante, à des services non initialement prévus,
    - elle a pour effet de remplacer le titulaire initial par un nouveau titulaire en dehors des hypothèses précitées.

  La prohibition des modifications substantielles du contrat s'applique quelle que soit la nature de l'acte introduisant des conditions nouvelles. En matière de marchés publics, un avenant est susceptible de changer « considérablement » l'objet du contrat,

constituant ainsi un nouveau marché qui doit être soumis aux règles de la commande publique, dès lors qu'il introduit des prestations nouvelles ou non prévues dans le marché d'origine et dissociables des prestations initiales ou modifie dans une proportion importante la nature des prestations. À l'inverse, une modification limitée de l'objet du contrat ne sera pas nécessairement jugée substantielle, à condition de ne pas modifier la « nature globale » du marché public et de n'entrer dans aucune des autres hypothèses de modification substantielle de l'article R. 2194- 7 du code.

- **les modifications sont de faibles montants** : conformément aux dispositions de l'article R. 2194-8 du code, pour les marchés publics et, à celles de l'article R. 3135-8 du code, pour les concessions, n'est pas substantielle la modification qui :
    - soit n'excède pas 10 % du montant initial s'il s'agit d'un marché public de fournitures ou de services ou d'un contrat de concession ;
    - soit n'excède pas 15 % s'agissant des marchés publics de travaux ;
    - et, dans tous les cas, ne dépasse pas les seuils européens.

  La condition relative au non-dépassement des seuils européens est à apprécier au regard de la seule augmentation résultant de la modification, pas du nouveau montant du contrat une fois modifié. Le fait qu'une modification du contrat en cours d'exécution rende son montant supérieur aux seuils européens n'a aucune conséquence juridique, sous réserve que ce calcul ait été opéré dans le respect des dispositions applicables.

  Si ces deux conditions sont satisfaites, sous réserve que les modifications envisagées ne s'accompagnent pas d'autres modifications susceptibles d'être substantielles, les parties peuvent conclure librement un avenant qui pourrait ainsi porter sur tous leurs engagements : prestations à exécuter, calendrier d'exécution ou règlement financier du contrat.

  Pour le calcul de la modification envisagée, l'acheteur devra tenir compte de la mise en œuvre de la clause de variation des prix et l'autorité concédante devra se fonder sur le montant actualisé du contrat.

  Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, pour apprécier si les seuils de 10 % ou 15 % ne sont pas dépassés, l'acheteur ou l'autorité concédante doit prendre en compte la valeur cumulée des modifications successives (articles R. 2194-9 et R. 3135-9 du CCP).

  Au-delà de ces seuils de 10 % ou 15 %, ou si l'augmentation est d'un montant supérieur aux seuils européens, la modification ne sera pas nécessairement qualifiée de substantielle et, par conséquent, jugée irrégulière.

  L'acheteur ou l'autorité concédante devra ainsi s'assurer que la modification envisagée n'entre pas dans l'une des hypothèses auxquelles la définition de la modification substantielle renvoie.

Ces modifications ne sauraient, par ailleurs « changer la nature globale du contrat ».

2. La modification contractuelle des marchés publics et des concessions en cours d'exécution

Les modifications envisagées doivent intervenir dans le respect des conditions précisées dans la partie réglementaire du code à savoir, s'agissant des marchés, des articles R. 2194-1 à R. 2194- 9 du code et, s'agissant des contrats de concessions, des articles R. 3135-1 à R. 3135-9 du code.

Conformément à l'article L. 1414-4 du code général des collectivités territoriales (CGCT) tout projet d'avenant à un marché d'une collectivité territoriale, d'un groupement de collectivités territoriales ou d'un établissement public local autre qu'un établissement public social et médico-social entraînant une augmentation du montant global du marché supérieure à 5 % doit, en outre, être soumis pour avis à la commission d'appel d'offres (CAO) lorsque le marché initial avait lui-même été soumis à cette commission. L'assemblée délibérante qui statue le cas échéant est préalablement informée de cet avis.

S'agissant des délégations de service public passées par ces mêmes acheteurs, tout projet d'avenant entraînant une augmentation du montant global supérieure à 5 % doit être préalablement soumis, pour avis, à la commission de délégation de service public prévue à l'article L. 1411-5 du CGCT, l'assemblée délibérante se prononçant obligatoirement sur ce projet d'avenant au vu de cet avis préalable.

3. Le pouvoir de modification unilatérale des contrats de la commande publique

S'il n'est pas récent dans les outils à disposition du pouvoir adjudicateur (Cf. CE, 10 janvier 1902, *Compagnie nouvelle du gaz de Déville-lès-Rouen*, n° 94624, ou encore CE, 11 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*, n° 16178 et article L. 6 précité du CCP), l'utilisation de la faculté de modification unilatérale semble plus limitée que celle des « avenants ».

Cela peut tenir au fait que son objectif est différent.

À l'origine, ce pouvoir de modification unilatérale trouve ses racines dans l'essence même de l'exercice des missions de service public. Les personnes publiques, dans cet exercice « *lié à leur pouvoir d'organisation du service public, pouvoir qui leur appartient en tant que puissance publique et qu'elles ne peuvent aliéner* »[2] doivent pouvoir imposer à leurs cocontractants de suivre l'évolution des besoins qu'elles doivent couvrir.

Ainsi, la personne publique peut, dans l'optique de satisfaction des besoins d'intérêt général, apporter unilatéralement des modifications à ses contrats sans nécessairement recourir à un avenant, sous réserve de veiller « *au maintien de l'équilibre financier du contrat* ».

[2] Léon Blum, conclusions sur arrêt CE, 11 mars 1910, précité.

Cela étant, il est soumis à certaines contraintes :

- les modifications apportées au contrat ne doivent pas être telles qu'elles remettent en cause les conditions initiales de la mise en concurrence. Ainsi, la jurisprudence interdit la modification des clauses relatives à l'objet du contrat. Elle admet des ajustements, mais pas la substitution d'un objet nouveau ;
- d'une manière générale, si la décision de modification unilatérale du contrat peut porter sur les stipulations contractuelles en matière d'exécution financière, il est toutefois précisé qu'elle ne saurait autoriser l'administration à imposer à son cocontractant des conditions financières auxquelles il n'aurait pas consenti (Cour d'appel de Douai, 16 novembre 2006, *Syndicat mixte d'exploitation des transports en commun de Lille*, n° 05DA00233). Ainsi la modification unilatérale doit respecter les stipulations contractuelles, notamment les clauses de réexamen ou de variation du prix prévues dans le contrat initial. Dans le cas contraire, une telle modification doit être motivée par un intérêt général ou par la nécessité de remédier à une irrégularité affectant une clause du contrat, sous réserve de la divisibilité de la clause et de l'exigence de loyauté contractuelle (Conseil d'État, 7ème chambre, 24 novembre 2023, n° 473696).

4. Les pièces justificatives demandées par les comptables des collectivités territoriales et des établissements publics de santé

Le comptable public ne peut se faire juge ni de l'opportunité ni de la légalité des procédures mises en œuvre par le pouvoir adjudicateur concerné (CE, 5 février 1971, *Balme*, n° 71173).

Il apparaît dès lors que le choix du mode de modification, qu'il soit conventionnel ou unilatéral, comme le permet l'article L. 2194-1 du CCP, relève de la responsabilité de l'acheteur public, ordonnateur.

En pratique, lorsque les modifications sont apportées par voie conventionnelle, les parties à un contrat recourent généralement à un avenant qui matérialisera leur engagement réciproque à procéder aux modifications envisagées en cours d'exécution, sauf dans le cas où celles-ci auraient été prévues dans le contrat initial.

Toutefois, les modifications peuvent être apportées sous la forme d'une décision de modification unilatérale, aux fins notamment de modifier les stipulations contractuelles en matière d'exécution financière. Dans ce cas, la rédaction de la décision unilatérale doit être suffisamment explicite sur les effets du règlement des dépenses correspondantes. La jurisprudence limite en effet cette prérogative de modification unilatérale, qui ne saurait autoriser l'administration à imposer à son cocontractant des conditions financières auxquelles il n'aurait pas consenti (voir en ce sens, par exemple, Cour d'appel de Douai, 16 novembre 2006, *Synd. mixte d'exploitation des transports en commun de Lille*, req. 05DA00233).

Le décret n° 2022-505 du 23 mars 2022 fixant la liste des pièces justificatives des dépenses du secteur public local et hospitalier prévoit qu'en cas de modification du contrat ayant des incidences financières, le comptable doit s'assurer de disposer de « *tout document matérialisant les modifications apportées au marché* » (rubrique 412212).

Le comptable doit ainsi vérifier la régularité de ces pièces justificatives, étant immédiatement précisé qu'en vérifiant ce contenu, il ne peut toutefois pas « *subordonner ses actes de paiement à une appréciation de l'opportunité des décisions prises par l'ordonnateur. Il ne peut soumettre les mêmes actes qu'au contrôle de légalité qu'impose l'exercice de sa responsabilité personnelle et pécuniaire* », à savoir procéder à un contrôle de la régularité formelle de la pièce (article L. 1617-2 du CGCT, article L. 233-1 du code des juridictions financières et article 66 du décret n° 2006-504 du 3 mai 2006 portant application de l'ordonnance n° 2004-632 du 1er juillet 2004 relative aux associations syndicales de propriétaires).

Si une collectivité territoriale ou établissement public de santé exerce la faculté dont il dispose de modifier unilatéralement un contrat, son comptable accepte le document matérialisant cette modification en tant que pièce justificative de la dépense sous réserve qu'il lui permette d'effectuer les contrôles de liquidation qui lui incombent au titre du décret n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptabilité publique (vérification des montants à régler).