

<http://moniteurjuris.fr/document/20-24631249>

# Le nouveau régime juridique de modification des marchés en cours d'exécution

Revue - Contrats publics - (DOSSIER) - Nicolas Charrel Et Thomas Gaspar Avocats, Cabinet Charrel Et Associés  
**06/06/2014**

**Avant l'adoption de la directive 2014/24/UE, le régime juridique des avenants était pour le moins incertain et, de ce fait, source d'insécurité juridique. Le nouvel article 72 de la directive du 26 février 2014 codifie notamment les apports de la jurisprudence communautaire s'agissant de la modification des marchés en cours d'exécution, et crée un seuil en deçà duquel les marchés peuvent être modifiés sans qu'une nouvelle procédure de passation soit nécessaire.**

À l'heure où les apports des nouvelles directives « marchés » et « concessions » du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 [1], abrogeant, au 18 avril 2016, les précédentes directives 2004/17/CE et 2004/18/CE, sont scrupuleusement étudiés et commentés par la doctrine, l'article 72 de la directive 2014/24/UE relative à la passation des marchés publics mérite une attention particulière.

Cet article, intitulé d'une manière globale « Modification de marchés en cours », concerne les conditions de modification du marché sans nouvelle procédure d'attribution, et procède donc à un nouvel encadrement du recours aux avenants en cours d'exécution du marché.

Pour en rappeler d'ores et déjà la définition, l'avenant est « le contrat écrit, constatant l'accord de volonté des parties contractantes et ayant pour objet de modifier une ou plusieurs des dispositions du contrat antérieur, se distinguant ainsi de l'ordre de service ou d'une décision de poursuivre qui sont des actes unilatéraux » [2].

Dans la mesure où les avenants peuvent porter sur la poursuite des prestations au-delà du montant initial du marché, prévoir de nouvelles modifications ou encore modifier les obligations des parties sur de nombreuses caractéristiques du contrat (délai d'exécution, nature et masse des travaux...), se pose évidemment la question de la conciliation entre la modification du contrat par avenant conclu entre les parties et le respect des principes fondamentaux de la commande publique pouvant y faire obstacle via la nécessité de relancer une procédure de passation.

L'encadrement des avenants est actuellement régi par l'article 20 du Code des marchés publics précisant qu'un avenant peut être conclu, sans nouvelle procédure de publicité et de mise en concurrence, en cas de sujétions techniques imprévues quel que soit le montant ou en l'absence de bouleversement de l'économie et de changement d'objet du contrat [3].

La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes précisant quant à elle - en raison d'une discrétion particulière de la directive 2004/18/CE sur le sujet - que la modification d'un marché public en cours de validité peut être considérée comme substantielle et ne peut donc pas être effectuée par avenant [4] :

- lorsqu'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 ;

- lorsqu'elle étend le marché, dans une mesure importante, à des services non initialement prévus ;
- lorsqu'elle change l'équilibre économique du contrat en faveur de l'adjudicataire du marché, d'une manière qui n'était pas prévue dans les termes du marché initial.

Cet encadrement laissait ainsi une marge d'appréciation au juge administratif pour apprécier la légalité de la conclusion d'un avenant dès lors que les conditions de sa passation, bien que définies, restaient sujettes à interprétation au cas par cas, créant parfois, il est vrai, une certaine insécurité juridique.

La volonté première de la directive 2014/24/UE, concernant la modification du marché en cours d'exécution, est justement de préciser ces conditions dans une optique de sécurité juridique, celle-ci énonçant d'ailleurs dans son préambule, qu'il « est nécessaire de préciser les conditions dans lesquelles les modifications apportées à un marché en cours d'exécution imposent une nouvelle procédure de passation de marché, en tenant compte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en la matière (...). Il devrait toujours être possible d'apporter au marché des modifications entraînant une variation mineure de sa valeur jusqu'à un certain montant, sans devoir recourir à une nouvelle procédure de passation de marché. À cet effet, et afin de garantir la sécurité juridique, la présente directive devrait prévoir des seuils minimaux, en dessous desquels une nouvelle procédure de passation de marché n'est pas nécessaire ».

Si l'article 72 de la directive 2014/24/UE apporte effectivement une sécurité juridique par rapport au régime juridique préexistant des avenants, les nouvelles règles d'encadrement amènent tout de même à s'interroger sur leur opportunité, tant vis-à-vis de ces limites que vis-à-vis de la nécessité de maintenir la distinction entre les marchés complémentaires et les avenants.

## **L'insécurité juridique résultant du régime actuel des conditions de légalité des avenants sans nouvelle procédure d'attribution**

L'article 20 du Code des marchés publics, posant le régime juridique de la conclusion des avenants entre les parties sans passation d'une nouvelle procédure d'attribution, précise en ces termes : « En cas de sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, un avenant ou une décision de poursuivre peut intervenir quel que soit le montant de la modification en résultant. Dans tous les autres cas, un avenant ou une décision de poursuivre ne peut bouleverser l'économie du marché, ni en changer l'objet ».

La notion de « sujétions techniques imprévues », permettant à l'avenant de ne plus être contraint par la notion de « bouleversement de l'économie du marché » et de pouvoir être conclu sans limitation de montant, ne pose plus de véritables difficultés pour le pouvoir adjudicateur.

En effet, cette notion a, petit à petit, été consacrée et précisée par la jurisprudence administrative, étant caractérisée lorsque l'entrepreneur se heurte à des difficultés imprévues et exceptionnelles auxquelles il n'y avait pas lieu de s'attendre, lors de la conclusion du marché, et par suite qu'il a été normal de ne pas prévoir et qui dépassent, par leur importance, le niveau ordinaire des difficultés imprévisibles [5]. Cette imprévisibilité étant appréciée au moment de la conclusion du marché public et donc au regard des stipulations contractuelles [6]. Ces difficultés doivent également être extérieures aux parties, c'est-à-dire qu'elles ne doivent pas résulter d'une mauvaise exécution du marché, d'une faute d'imprudence de l'entrepreneur voire d'une inexécution des prestations requises [7].

Même s'il est vrai que les débats contentieux sont parfois houleux pour faire reconnaître cette

qualification, il n'en demeure pas moins que la jurisprudence, fournie en la matière, permet néanmoins de connaître les événements qui peuvent recevoir cette qualification.

C'est en revanche la notion de « bouleversement de l'économie du marché » qui pose nécessairement difficulté, puisqu'elle constitue une notion abstraite, qui doit souvent être appréciée au cas par cas.

Ce caractère abstrait de cette notion peut être d'autant plus problématique pour les cocontractants que, outre qu'elle constitue la condition de légalité à la conclusion d'un avenant sans publicité ni mise en concurrence, constitue également désormais la condition essentielle - en sus de la faute de la personne publique - à l'indemnisation des difficultés rencontrées dans l'exécution d'un marché à forfait<sup>[8]</sup>.

Or, sur la caractérisation d'un bouleversement de l'économie du contrat faisant obstacle à la conclusion d'un avenant, la jurisprudence administrative n'est pas figée sur un seuil qui, de facto, bouleverserait ou non l'économie. Le juge administratif pouvant ainsi par exemple juger qu'un avenant de 12,5 %<sup>[9]</sup>, 13 %<sup>[10]</sup>, ou même 15 %<sup>[11]</sup> par rapport au montant initial du marché ne bouleverse pas l'économie du contrat, mais pouvant également considérer qu'un avenant de 12,90 % est quant à lui illégal malgré (ou à cause) au demeurant un très petit montant s'agissant d'une canalisation de descente d'eau pluvial qui avait été omise à l'occasion d'une réfection de toiture, pour un montant de 915,80 euros<sup>[12]</sup>.

Aussi, si l'on estime aujourd'hui qu'il paraît prudent de considérer qu'une augmentation par avenant de 15 à 20 % ou plus du prix du marché initial est susceptible d'être regardée par le juge administratif comme bouleversant l'économie du contrat, il n'en reste pas moins qu'un tel pourcentage est approximatif, incertain et dépend évidemment des incidences de ce montant sur l'exécution du marché lui-même. Cela conduit alors les pouvoirs adjudicateurs à ne pas connaître précisément les conditions dans lesquelles l'avenant qu'une personne publique entend conclure bouleversera ou non l'économie du contrat.

La seule certitude actuelle réside dans le fait que tout projet d'avenant à un marché de travaux, de fournitures ou de services, qui entraîne une augmentation du montant global du marché supérieure à 5 % doit être soumis avant signature pour avis à la commission d'appel d'offre<sup>[13]</sup>.

C'est au regard de ces éléments que le législateur communautaire considère qu'une insécurité juridique existe pour les pouvoirs adjudicateurs dans la conclusion des avenants, en l'absence de seuils concernant leurs montants.

Pour autant, en raison de la grande diversité des marchés publics, des motifs et des circonstances pouvant conduire à la conclusion d'un avenant, la création d'un seuil visant à fixer juridiquement le sort des avenants n'apparaît pas véritablement opportun à plusieurs égards.

## **Le caractère inopportun du nouvel encadrement des avenants par l'article 72 de la directive 2014/24/UE**

Si l'article 72 de la directive 2014/24/UE n'est pas nécessairement innovant sur les modifications de marchés en cours d'exécution, codifiant d'une part les apports de jurisprudences communautaires désormais bien connues et rappelant d'autre part des modifications de marchés déjà maîtrisées en droit français des marchés publics, il est en revanche plus innovant s'agissant du régime juridique des avenants.

L'article 72 de la directive 2014/24/UE renforce en outre l'interrogation déjà existante quant à la nécessité de distinguer, en droit national, l'avenant du marché complémentaire.

## L'analyse de la structure de l'article 72 et des modifications de marchés en cours prévues par la directive 2014/24/UE

Sans qu'il soit besoin de citer l'intégralité de l'article 72 de la directive « marchés », particulièrement long et exhaustif pour suppléer la directive 2004/18/CE qui, elle, restait silencieuse sur l'ensemble des règles d'exécution des marchés publics, sa structure mérite néanmoins d'être décortiquée.

L'article 72, comportant cinq paragraphes (article 72-1 à 72-5), peut se subdiviser en deux grandes parties distinctes, mais qui se répondent.

La première partie, qui concerne les paragraphes 1, 2 et 3 de l'article, est relative aux modifications considérées comme « non substantielles », qui permettent ainsi de procéder à une modification du marché en cours d'exécution sans nouvelle procédure de passation.

Le paragraphe 1<sup>er</sup> énonce dans un premier temps, sur la base d'une liste que l'on peut penser limitative, les cas dans lesquels « les marchés et les accords peuvent être modifiés sans nouvelle procédure de passation de marché conformément à la présente directive » que l'on peut résumer de la manière suivante :

- 1) les modifications prévues contractuellement de manière claire et sans ambiguïté (article 72-1 a) ;
- 2) les travaux, services ou fournitures supplémentaires rendues nécessaires et pour l'exécution desquels un changement de contractant est impossible pour des raisons économiques et techniques et présenterait un inconvénient majeur ou entraînerait une augmentation substantielle des coûts (article 72-1 b) i) et ii) ;
- 3) la modification est rendue nécessaire suite à des circonstances imprévues ou imprévisibles, ne change pas la nature globale du marché et n'entraîne pas une augmentation de prix supérieure à 50 % du marché initial (article 72-1 c) i), ii) et iii) ;
- 4) en cas de changement de cocontractant, soit en application d'une clause de réexamen prévue dans le marché, soit à la suite d'une succession universelle ou partielle ou d'opérations de restructuration sans autres modifications substantielles du marché, soit lorsque le pouvoir adjudicateur assume lui-même les obligations du contractant principal à l'égard de ses sous-traitants (article 72-1 d) i), ii) et iii) ;
- 5) si les modifications ne sont pas considérées comme substantielles au sens du paragraphe 4 (article 72-1 e).

Les cas, énumérés par les 1 a) et d) de l'article 72, ne sont pas sensiblement novateurs puisqu'ils constituent, en grande partie, une codification de la jurisprudence de la CJUE, notamment son arrêt *Pressestext* précité, dans lequel il avait été précisé, d'une part, que si la substitution d'un nouveau cocontractant doit être considérée comme un changement de l'un des termes essentiels du marché public, il en va autrement, par exception, lorsqu'il ne s'agit que d'une réorganisation interne du cocontractant, d'autre part, qu'une modification n'a pas un caractère substantiel lorsqu'elle a été prévue dans les documents de marché sous la forme d'une clause de réexamen ou d'une option claire, précise et univoque.

Plus spécifiquement sur cette clause de réexamen, autorisée par la directive mais dont les contours resteront nécessairement à déterminer, elle semble constituer un outil juridique intéressant dans le cadre des marchés de maîtrise d'œuvre, pour prévoir initialement une rémunération « hors forfait » pour des prestations complémentaires en raison de modifications de programme nécessaires à la réalisation de l'opération, et contourner ainsi les risques d'illégalité

résultant de la jurisprudence récente relative au caractère forfaitaire de la rémunération du maître d'œuvre et l'absence d'effet automatique sur la détermination de son prix de règlement<sup>[14]</sup>. Les cas énumérés aux paragraphes 1 b) et c) ne sont pas plus innovants dès lors que, s'ils constituent un complément à la jurisprudence de la CJUE qui ne s'était pas prononcée sur ces points, ils n'en sont pas pour autant étrangers puisqu'ils se retrouvaient dans la directive 2004/18/CE et sont désormais bien connus des pouvoirs adjudicateurs français.

En effet, si les notions paraissent entremêlées et pas forcément distingués les unes des autres dans la rédaction de l'article 72, l'on retrouve néanmoins certaines notions juridiques françaises. Le paragraphe 1 b) relatif aux travaux, services ou fournitures supplémentaires rendues nécessaires et pour l'exécution desquels un changement de contractant serait impossible pour des raisons économiques et techniques et présenterait un inconvénient majeur ou entraînerait une augmentation substantielle des coûts, correspond au « cas justifiant le recours à la procédure négociée sans publication d'un avis de marché » prévu par l'article 31 4) de la directive 2004/18/CE énonçant que « les pouvoirs adjudicateurs peuvent passer leurs marchés publics en recourant à une procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché (...) pour les travaux ou services complémentaires qui ne figurent pas dans le projet initialement envisagé ni dans le contrat initial et qui sont devenus nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue, à l'exécution de l'ouvrage ou du service tel qu'il y est décrit, à condition que l'attribution soit faite à l'opérateur économique qui exécute cet ouvrage ou ce service : lorsque ces travaux ou services complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché initial sans inconvénient majeur pour les pouvoirs adjudicateurs, ou lorsque ces travaux ou services, quoiqu'ils soient séparables de l'exécution du marché initial, sont strictement nécessaires à son perfectionnement. Toutefois, le montant cumulé des marchés passés pour les travaux ou services complémentaires ne doit pas dépasser 50 % du montant du marché initial ».

Cet article 31 4) de la directive 2004/18/CE avait été transposé en droit français, par la notion de marché complémentaire pouvant être conclu sous la forme d'une procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence en application de l'article 35 II 5°) du Code des marchés publics dans la même limite du pourcentage plafond autorisé de 50 %.

On remarquera toutefois que cette possibilité n'était envisagée par l'ancienne directive 2004/18/CE que comme un cas de marché complémentaire alors que l'article 72 de la directive 2014/24/UE intéresse plus généralement « les modifications de marchés en cours » de sorte que si les précédentes dispositions communautaires ne semblaient voir la modification de marché que dans l'hypothèse du marché complémentaire, la nouvelle directive paraît en revanche plus ouverte. Cette terminologie consacre la disparition de l'utilité de la distinction entre l'avenant et le marché complémentaire en droit national, comme il sera précisé plus loin.

Le paragraphe 1 c) relatif quant à lui à la modification rendue nécessaire suite à des circonstances imprévues ou imprévisibles et ne changeant pas la nature globale du marché, renvoie à la notion de « sujétions techniques imprévues » consacrée par la jurisprudence administrative. On notera toutefois qu'à la différence de la notion de sujétions techniques imprévues du droit français, l'article 72 de la directive ne précise pas que la modification rendue nécessaire soit exceptionnelle et extérieure aux parties, à la différence du Conseil d'État énonçant « que ne peuvent être regardées comme des sujétions techniques imprévues au sens de ces dispositions, que des difficultés matérielles rencontrées lors de l'exécution d'un marché, présentant un caractère exceptionnel, imprévisibles lors de la conclusion du contrat et dont la cause est extérieure aux parties » <sup>[15]</sup>.

La notion de circonstances imprévues ou imprévisibles au sens du nouvel article 72 de la directive, permettant une modification du marché sans aucune procédure de passation, bien que s'en rapprochant, paraît donc plus souple que la notion de sujétions techniques imprévues telle que consacrée par le juge administratif français, permettant ainsi de s'interroger sur la transposition de la directive en droit français et sur la future interprétation du juge administratif. Sachant que, bien évidemment, rien n'interdit au législateur français d'être plus strict que le législateur communautaire sur ce point.

Le paragraphe 2 est quant à lui plus innovant dès lors que, restant dans la première subdivision relative aux modifications non substantielles du marché, il vient créer juridiquement une présomption irréfragable de non-bouleversement de l'économie du marché - sous réserve d'une absence de dénaturation de l'objet du marché ou de l'accord-cadre -, par la création d'un seuil financier de légalité des avenants. Ce point sera plus précisément développé ci-après.

Par analogie, la seconde partie de l'article 72 est relative aux modifications qui, elles, sont considérées comme substantielles et imposent alors au pouvoir adjudicateur de mettre en œuvre une nouvelle procédure de passation.

Tout d'abord, précisons que les cas de modifications non substantielles, tels qu'énoncés par les paragraphes 1 et 2, sont clairement limitatifs puisque le 5 du même article énonce qu'une « nouvelle procédure de passation de marché conformément à la présente directive est requise pour des modifications des dispositions d'un marché public ou d'un accord-cadre en cours autres que celles prévues aux paragraphes 1 et 2 ». Il ne pouvait en être autrement, mais méritait d'être rappelé que la modification du marché sans nouvelle procédure d'attribution demeure l'exception, la passation d'un nouveau contrat restant le principe.

La modification du marché considérée comme substantielle est définie par le paragraphe 4 qui énonce de manière un peu abstraite qu'une « modification est considérée comme substantielle au sens du paragraphe 1, point e) lorsqu'elle rend le marché ou l'accord-cadre sensiblement différent par nature de celui conclu au départ ». Peu avancé par une telle tautologie, ledit paragraphe 4 énonce tout de même les conditions, non cumulatives, en raison desquelles une modification est considérée comme substantielle - et implicitement est considérée comme rendant le marché « sensiblement différent par nature de celui conclu au départ ». Ces conditions sont les suivantes :

- 1) introduction de conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure initiale de passation, auraient permis l'admission de candidats autres que ceux initialement admis ou l'acceptation d'une offre autre que celle initialement retenue ou auraient attiré davantage de participants à la procédure d'attribution du marché (article 72-4 a) ;
- 2) modification de l'équilibre économique du marché (article 72-4 b) ;
- 3) extension considérable du champ d'application du marché ou de l'accord-cadre (article 72-4 c) ;
- 4) lorsqu'un nouveau contractant remplace celui auquel le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a initialement attribué le marché dans d'autres cas que ceux prévus au paragraphe 1, point d).

Là encore, il s'agit plus d'une codification des modifications substantielles telles que dégagées par la jurisprudence communautaire [16] et désormais bien connues, que d'une véritable nouveauté.

**La genèse d'un principe de « bornage juridique » des avenants par la création d'un seuil de non-bouleversement de l'économie du marché.**

L'apport véritable de l'article 72 de la directive 2014/24/UE concerne principalement les avenants, et leurs effets bouleversant ou non l'économie du contrat.

Si, comme il a été précisé ci-avant, la disparition de l'insécurité juridique résultant du montant fluctuant ou inconnu de l'appréciation de la légalité d'un avenant pour les pouvoirs adjudicateurs, était un objectif affiché - et certes nécessaire - des nouvelles directives européennes, la manière d'y procéder devait être choisie.

C'est donc pour la création d'un seuil, strict mais précis, que le législateur communautaire a décidé d'opter puisque le paragraphe 2 de l'article 72 dispose que « les marchés peuvent également être modifiés sans qu'une nouvelle procédure de passation de marché (...) ne soit nécessaire lorsque la valeur de la modification est inférieure aux deux valeurs suivantes : i) les seuils fixés à l'article 4 ; et ii) 10 % de la valeur du marché initial pour les marchés de services et de fournitures et 15 % de la valeur du marché initial pour les marchés de travaux ». L'alinéa suivant dispose toutefois que « la modification ne peut pas changer la nature globale du marché ou de l'accord-cadre ».

Le renvoi à l'article 4 de la directive fait bien évidemment référence aux seuils au delà desquels la présente directive est applicable à savoir : 5 186 000 euros HT pour les marchés de travaux, 134 000 euros HT pour les marchés de services et fournitures des autorités publiques centrales, 207 000 euros HT pour les marchés de services et fournitures des autorités publiques sous-centrales et 750 000 euros HT pour les services sociaux et autres services spécifiques.

Pour résumer, l'article 72 de la directive pose une présomption irréfragable de non-bouleversement de l'économie du contrat via un seuil, à double valeur cumulative, en dessous duquel l'avenant est réputé ne pas constituer une modification substantielle du contrat dès lors qu'il n'en dénature pas son objet (inférieur aux seuils communautaires et inférieur à 10 % de la valeur du marché initial pour les marchés de services et fournitures ou 15 % pour les marchés de travaux).

Cette règle du « seuil juridique », qui a certes le mérite de mettre fin à l'insécurité juridique concernant la passation des avenants, présente néanmoins quelques limites non négligeables. Premièrement, l'article 72 de la directive vient désormais figer la légalité de l'avenant à un strict pourcentage de son montant par rapport au montant initial du marché, alors pourtant que ce seul montant n'est parfois pas suffisant, voire même dans certains cas inopérant, pour permettre de caractériser un bouleversement de l'économie du contrat.

En effet, si le montant d'un avenant par rapport au montant du marché de base, constitue évidemment un élément à prendre en compte pour apprécier le bouleversement de l'économie du contrat, ce montant ne peut être exclusif mais devrait rester un élément d'un faisceau d'indices plus large.

En posant un tel seuil d'exclusion de principe de tout potentiel bouleversement de l'économie du contrat par l'avenant, le législateur communautaire tend à vouloir faire prédominer le fait générateur lui-même (l'augmentation du montant du marché) sur les incidences ou les conséquences réelles de ce fait générateur sur l'équilibre économique du contrat.

Or, un avenant supérieur à 10 % ou 15 % du montant du marché initial pourra n'avoir en réalité aucune incidence sur l'équilibre économique du contrat tel que convenu initialement entre les parties (aucune modification des conditions d'exécution par exemple), et inversement, un avenant inférieur aux mêmes seuils pourrait en revanche, en fonction de son objet et de l'objet du marché initial, bouleverser les conditions initiales du marché.

Ce seuil peut donc amener à des situations ubuesques et dépourvues de toute logique en terme

de droit de la commande publique, comme par exemple le constat de l'illégalité d'un avenant prenant en compte des prestations non prévues initialement au contrat d'un montant minime de 915,80 euros HT, mais qui certes, représentait une augmentation de 12,90 % du prix du marché [17] .

Il est vrai que la clause de réexamen prévue par l'article 72 pourrait permettre au pouvoir adjudicateur de conclure un avenant d'un montant supérieur auxdits seuils et qui ne bouleverserait pas l'équilibre économique et n'en changerait pas l'objet. Mais encore faudrait-il que lesdits pouvoirs adjudicateurs soient assez diligents pour prévoir une telle clause de réexamen dans le marché initial, à défaut de quoi, cette difficulté liée à la présence des seuils perdurait.

Dans l'autre sens, bien que le Conseil d'État ait, in fine, annulé l'ordonnance du juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Paris [18] , mais dont l'exemple peut être repris pour caractériser une situation juridique envisageable, le juge des référés avait considéré qu'un avenant, dont l'augmentation par rapport au montant du marché initial n'était que de 8 %, mais qui étendait à 30 communes de la couronne parisienne le marché des Vélib', était de nature à bouleverser l'économie du contrat[19] .

Il est vrai que la circonstance que le paragraphe 2 de l'article 72 dispose néanmoins que « la modification ne peut pas changer la nature globale du marché ou de l'accord-cadre », limite les conséquences de la présence d'un seuil rigide.

Il en est d'ailleurs de même en droit français, depuis la célèbre jurisprudence Société de gérance Jeanne d'Arc du Conseil d'État concernant le critère de la dissociabilité de l'avenant et précisant que les avenants qui portent sur des prestations dissociables des prestations initialement prévues doivent être considérés comme modifiant l'objet du marché[20] .

Cependant, l'illégalité se caractérise là en raison du changement d'objet du marché, condition de régularité posée également par l'article 20 du Code des marchés publics. Pour autant, quid des avenants inférieurs aux seuils fixés par l'article 72, qui bouleversent l'équilibre économique du contrat sans pour autant en changer la nature globale - ou en changer l'objet -, ce qui n'est pas impossible.

Ces exemples démontrent que le seul montant de l'avenant peut être parfois insuffisant, à lui seul, pour caractériser un bouleversement ou non de l'économie du contrat. Raison pour laquelle la création de ce seuil de légalité des avenants n'apparaît pas forcément opportune.

Deuxièmement, le bornage de l'avenant par l'article 72 aura sans doute l'effet d'un véritable flash de constat de l'infraction de dépassement pour le pouvoir adjudicateur, qui ne sera pas sans conséquences sur la gestion des marchés publics, en particulier en France compte tenu de la pénalisation de cette matière.

En effet, il est vrai qu'à la lecture stricte de l'article 72, le seul dépassement du seuil de 10 % (services, fournitures) ou 15 % (travaux) créé par la directive n'est, semble-t-il, pas de nature à rendre l'avenant de facto illégal dans la mesure où le paragraphe 2 pose le principe de la modification sans nouvelle procédure en l'absence de dépassement du seuil à double valeur « sans qu'il soit besoin de vérifier si les conditions énoncées au paragraphe 4, points a) à d) sont remplies ».

Or, dès lors que le paragraphe 4 b) dispose qu'« une modification est considérée comme substantielle lorsqu'elle (...) modifie l'équilibre économique du marché ou de l'accord-cadre », l'application stricte des dispositions combinées de ces deux paragraphes nous amène à conclure que :

- soit l'avenant est inférieur au seuil du paragraphe 2 et, dans ce cas, il serait réputé ne pas



bouleverser l'économie du marché ;

- soit l'avenant est supérieur et, dans ce cas, il conviendrait de rechercher s'il modifie l'équilibre économique du marché.

Pour autant, tel ne sera vraisemblablement pas le cas en pratique dans la mesure où ce seuil très précis va implicitement mais nécessairement créer une présomption d'illégalité - ou une présomption de bouleversement - sur les avenants le dépassant.

Le pouvoir adjudicateur, par sécurité juridique, se verra ainsi contraint de conclure un nouveau marché dès lors que le montant de l'avenant envisagé est, même légèrement, supérieur à 10 % (pour les marchés de services et de fournitures) ou 15 % (pour les marchés de travaux) du montant du marché initial, alors pourtant qu'il n'aurait pas sensiblement eu d'impact sur l'équilibre économique du contrat.

Par conséquent, en ayant pour objectif de créer une sécurité juridique, l'article 72 va manifestement aussi engendrer une prudence paralysante et pénalisante pour les pouvoirs adjudicateurs, difficilement conciliable avec le principe de bonne gestion des deniers publics et certainement préjudiciable à la bonne exécution de certains projets.

Enfin, troisièmement, en fixant un seuil différent entre les marchés de services et de fournitures et les marchés de travaux, l'article 72 opère une discrimination en fonction de l'objet du marché, alors pourtant que rien n'indique qu'un marché de travaux serait potentiellement soumis à plus d'aléas qu'un marché de services ou de fournitures, lui permettant alors de pouvoir bénéficier d'une augmentation de 15 %.

Peut-être aurait-il été plus judicieux d'opérer une distinction en fonction du montant du marché de base, pour ne pas arriver justement aux situations ubuesques comme celle décrite dans l'arrêt de la cour administrative d'appel de Douai (avenant de 915,80 euros bouleversant l'économie du marché) [21], plutôt que par rapport à l'objet du marché dont on comprend mal l'objectif.

Pour l'ensemble de ces raisons, le seuil de plafonnement tel que celui créé par l'article 72 de la directive, ayant certes l'objectif honorable de sécurité juridique, n'apparaît pas comme la solution la plus opportune et présente quelques limites.

Si le principe du bornage à 50 % pour les marchés complémentaires, tel que déjà prévu par les précédentes directives 93/37/CEE et 2004/18/CE, transposé à l'article 35 II 5°) du Code des marchés publics, et repris également dans l'article 72 de la directive 2014/24/UE, a toujours été considéré comme raisonnable voire même excessif, ce principe ne paraît pas, mutatis mutandis, transposable au cas des avenants au regard de ce qui a été exposé.

## **La nécessaire suppression de la distinction entre le marché complémentaire et l'avenant ?**

L'article 72 de la directive amène enfin à s'interroger sur l'opportunité de la distinction entre le marché complémentaire et l'avenant dans le Code des marchés publics.

Ces deux notions, prévues respectivement aux articles 20 et 35 II 4°, 5°, 6°) du Code des marchés publics, qui n'apparaissent pas comme telles dans l'article 72, se dégagent néanmoins implicitement.

En effet, comme cela a été précisé, les articles 72 1. b) et c) concernent « les travaux, services ou fournitures supplémentaires du contractant principal qui sont devenus nécessaires et ne figureraient pas dans le marché initial, lorsqu'un changement de contractant est impossible pour des raisons économiques ou techniques et présenterait un inconvénient majeur ou entraînerait

une augmentation substantielle des coûts pour le pouvoir adjudicateur » et « la modification rendu nécessaire par des circonstances qu'un pouvoir adjudicateur diligent ne pouvait pas prévoir », constituent la reprise des articles 7 de la directive 93/37/CEE puis 31 de la directive 2004/18/CE relatif au « cas justifiant le recours à la procédure négociée sans publication d'un avis de marché », concept transposé en droit français par la notion de marché complémentaire au sens de l'article 35 II 5°) et 6°) du Code des marchés publics.

Antérieurement à la directive 2014/14/UE du 26 février 2014, le droit communautaire des marchés n'appréhendait la notion de modification du marché qu'au travers de la notion de marché complémentaire, alors que le Code des marchés publics envisageait quant à lui, de manière distincte, la notion d'avenant et la notion de marché complémentaire.

Désormais, le nouvel article 72 de la directive 2014/14/UE apparaît comme étant plus large que la seule notion de marché complémentaire au sens des précédentes directives puisque au regard de sa terminologie même, et des cas de modifications envisagés, l'article 72 est relatif aux « modifications de marchés en cours » et non aux « cas justifiant le recours à la procédure négociée sans publication d'un avis de marché », précédent intitulé de l'article 31 de la directive 2004/18/CE, incluant ainsi les deux concepts juridiques français d'avenant et de marché complémentaire.

L'utilisation de la notion plus large de « modification du marché en cours », dans laquelle on retrouve implicitement les deux notions d'avenant et de marché complémentaire, confirme qu'en réalité la distinction entre les deux n'est au moins juridiquement plus justifiée, ou sinon inexistante. En effet, il est évidemment admis qu'une différence existe quant au lien avec le contrat initial. Le marché complémentaire en est juridiquement distinct puisqu'il constitue un nouveau marché. L'avenant, en revanche, n'est pas dissociable du marché initial mais en fait partie intégrante. Cette seule différence, bien que juridiquement fondamentale, n'a que peu d'effet en pratique car, en réalité, l'avenant dispose d'une potentialité de modification plus large - sous la seule réserve de la modification substantielle du marché - que le marché complémentaire - lequel est cantonné à des conditions précises.

Un avenant peut ainsi avoir pour objet, en sus des prestations supplémentaires entraînant une augmentation du montant du marché, la modification des délais ou du régime financier, à la différence du marché complémentaire restreint aux seules prestations supplémentaires. En réalité, pour résumer, l'ensemble des raisons pouvant justifier la passation d'un marché complémentaire peut a priori justifier la conclusion d'un avenant - l'inverse n'étant pas vrai. C'est la raison pour laquelle, si l'on conçoit le maintien du marché complémentaire pour des prestations commandées après l'expiration du marché - puisque l'avenant ne peut être dissocié juridiquement du marché initial -, la distinction entre ces deux types de modifications n'apparaît pas nécessaire pour des prestations complémentaires devenues nécessaires en cours d'exécution. Aussi, aujourd'hui, la véritable distinction juridique est celle des notions de modification et de novation contractuelle, lesquelles ne se distinguent l'une de l'autre, d'autant plus désormais au regard de la rédaction de l'article 72 de la directive du 26 février 2014, qu'en vertu du principe de l'obligation ou non de mettre en œuvre préalablement une nouvelle procédure de publicité et de mise en concurrence.

En effet, et cela ressort clairement de la subdivision opérée par l'article 72, soit la modification n'est pas considérée comme substantielle et, dans ce cas, il ne s'agit pas d'une novation contractuelle qui nécessiterait ainsi la conclusion d'un nouveau marché précédé d'une procédure d'attribution, soit la modification doit être regardée comme substantielle et, dans ce cas, l'on se

trouve en présence d'une novation contractuelle imposant la conclusion d'un nouveau marché dans le respect des principes fondamentaux de la commande publique.

La frontière juridique s'apprécie donc, en droit positif, sous des notions de modification non substantielle (l'avenant) et de modification substantielle (la novation contractuelle), de sorte qu'en dehors du cas où le marché initial est terminé, toute modification doit être considérée comme un avenant, ne justifiant plus qu'il soit distingué du marché complémentaire.

Et malheureusement, la seule utilité de la distinction que l'on peut caractériser apparaît dans la possibilité d'un détournement de procédure, en utilisant le marché complémentaire qui est plafonné à une augmentation de 50 % de la valeur du marché ou de l'accord-cadre initial, alors que l'avenant est, quant à lui, désormais enfermé dans ce nouveau seuil à double valeur de 10 % du montant du marché initial ou 15 % pour les marchés de travaux, tout en étant inférieur aux seuils communautaires définis à l'article 4 de la directive 2014/24/UE.

### Mots clés

Avenant • Bouleversement de l'économie • Marché complémentaire • Modification du marché • Novation contractuelle

.....  
.....  
[1] Directives 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et 2014/23/UE sur l'attribution des contrats de concession[2] N. Charrel et M. Guibal, Code commenté des marchés publics, Ed. Le Moniteur, 7e éd., p. 203[3] Code des marchés publics, art. 20 : « En cas de sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, un avenant ou une décision de poursuivre peut intervenir quel que soit le montant de la modification en résultant. Dans tous les autres cas, un avenant ou une décision de poursuivre ne peut bouleverser l'économie du marché, ni en changer l'objet »[4] CJCE 19 juin 2008, Pressestext Nachrichtenagentur GmbH, aff. C-454/06[5] CE 5 décembre 1990, Sté Rapetto, req. n° 63063 : RD imm. 1991, p. 52, note F. Llorens et P. Terneyre ; RDP 1992, p. 1535.[6] CE 3 février 1905, Ville Paris : Rec. CE 1905, p. 105. - CE 18 juin 1969, Entreprise Guyot, req. n° 72661 : Rec. CE 1969, p. 319. - CE 22 décembre 1976, Depussé, req. n° 94998 : Rec. CE 1976, p. 575.[7] CE 2 juillet 1982, Sté routière Colas, req. n° 23653 : Rec. CE 1982, p. 261.[8] CE 5 juin 2013, Région Haute-Normandie, req. n° 352917, CP-ACCP, n° 135, septembre 2013, p. 74, note M. Amilhat : « Considérant que les difficultés rencontrées dans l'exécution d'un marché à forfait ne peuvent ouvrir droit à indemnité au profit de l'entreprise titulaire du marché que dans la mesure où celle-ci justifie soit que ces difficultés ont eu pour effet de bouleverser l'économie du contrat soit qu'elles sont imputables à une faute de la personne publique »[9] TA Cergy-Pontoise, 23 janvier 2001, Préfet de Seine-Saint-Denis : BJCP n° 17, 2001, p. 357.[10] CE 19 janvier 2011, SARL Entreprise Mateos, req. n° 316783.[11] TA Cergy-Pontoise, 3 juillet 2001, Préfet de Seine-Saint-Denis, req. n° 99-8575[12] CAA Douai 19 juin 2012, Préfet du Nord, req. n° 11DA01071.[13] Article 8 de la loi n° 95-127 du 8 février 1995, modifiée par l'article 18 de l'ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009[14] CE 29 septembre 2010, Sté Babel, req. n° 319481 ; CAA Paris 25 février 2013, Ville de Paris, req. n° 12PA00638 ; CAA Lyon 14 mars 2013, Sté Hydratec, req. n° 12LY00801.[15] CE 30 juillet 2003, Cne de Lens, req. n° 223445.[16] CJCE 19 juin 2008, Pressestext Nachrichtenagentur GmbH, aff. C-454/06 ; CJUE 13 avril 2010, Wall AG, aff. C-91/08 : AJDA 2010, p. 760 ; ibid. 937, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; RD imm. 2010, p. 385, obs. R. Noguellou.[17] CAA Douai 19 juin 2012, Préfet du Nord, req. n° 11DA01071.[18] CE 11 juillet 2008, Ville de Paris, req. n° 312354 : CP-ACCP, n° 82, novembre 2008, p. 64, note N. Gabayet et H. Gérard[19] TA Paris 2 janvier 2008, Sté Clear Channel, req. n° 0719486[20] CE 28 juillet 1995, Préfet de la région d'Ile-de-France, Préfet de Paris c/ Sté de gérance Jeanne d'Arc, req. n° 14343[21] CAA Douai 19 juin 2012, Préfet du Nord, req. n° 11DA01071.

## SOURCES OFFICIELLES

**Conseil d'État, 7ème / 2ème SSR, 05/06/2013, 352917**

Arrêt, Conseil d'Etat | 05/06/2013

**COUR ADMINISTRATIVE D'APPEL DE LYON, 4ème chambre - formation à 3, 14/03/2013, 12LY00801, Inédit au recueil Lebon**

Arrêt, Lyon | 14/03/2013

**Cour administrative d'appel de Douai, 2e chambre - formation à 3, 19/06/2012, 11DA01071, Inédit au recueil Lebon**

Arrêt, Douai | 19/06/2012

**Conseil d'État, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 19/01/2011, 316783**

Arrêt, Conseil d'Etat | 19/01/2011

**Conseil d'État, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 29/09/2010, 319481**

Arrêt, Conseil d'Etat | 29/09/2010

**Cour de justice de l'Union européenne, grande chambre, 13/04/2010, C-91/08**

Arrêt, Cour de Justice de l'Union européenne, Cour de justice des Communautés européennes | 13/04/2010

**Article 8 - Loi n° 95-127 du 8 février 1995 relative aux marchés publics et délégations de service public (1)**

Loi | 17/07/2009

### Article 20

Code des marchés publics (édition 2006) | 21/12/2008

**Conseil d'État, Section du Contentieux, 11/07/2008, 312354, Publié au recueil Lebon**

Arrêt, Conseil d'Etat | 11/07/2008

**Cour de justice des communautés européennes, 19/06/2008, C-454/06**

Cour de Justice de l'Union européenne, Cour de justice des Communautés européennes, Indefini | 19/06/2008

**Conseil d'Etat, 7ème et 5ème sous-sections réunies, du 30 juillet 2003, 223445, mentionné aux tables du recueil Lebon**

Arrêt, Conseil d'Etat | 30/07/2003

**Conseil d'Etat, 7 / 10 SSR, du 28 juillet 1995, 143438, publié au recueil Lebon**

Arrêt, Conseil d'Etat | 28/07/1995

**Conseil d'Etat, 5 / 3 SSR, du 5 décembre 1990, 63063, inédit au recueil Lebon**

Arrêt, Conseil d'Etat | 05/12/1990

**Conseil d'Etat, 5 / 3 SSR, du 2 juillet 1982, 23653, publié au recueil Lebon**

Arrêt, Conseil d'Etat | 02/07/1982

**Conseil d'Etat, 6 / 2 SSR, du 22 décembre 1976, 94998, publié au recueil Lebon**

Arrêt, Conseil d'Etat | 22/12/1976

**Article 18 - Ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics**

Ordonnance

**Conseil d'Etat, du 18 juin 1969, 72661, publié au recueil Lebon**

Arrêt, Conseil d'Etat | 18/06/1969

## SUR LE MÊME SUJET

**PDF de l'article**

06/06/2014