

CHAIRE DE DROIT DES CONTRATS PUBLICS

MODIFICATION DES CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE

SOUS LA DIRECTION DU PROFESSEUR FRANÇOIS LICHÈRE

RAPPORT DE JUIN 2023



Sous la direction du Professeur François LICHERE
Adeline MEYNIER POZZI, Chercheuse post-doctorale
Romain MICALEF, Chercheur post-doctoral
Cédric BERNARD, Chercheur

Ce rapport a été rédigé par le directeur et les chercheurs de la Chaire de droit des contrats publics de l'Université Jean Moulin – Lyon 3 et approuvé par le conseil scientifique de la Chaire, grâce au concours de ses partenaires financiers, du collège d'experts de la Chaire, des personnes ayant répondu aux interviews et de celles ayant répondu au questionnaire en ligne.

Son contenu doit être considéré comme propre à ses auteurs et n'engage en aucune manière les partenaires de la Chaire. Toute publication, reproduction ou diffusion à des fins commerciales en est strictement interdite.

Le rapport est également disponible en ligne : <https://chairedcp.univ-lyon3.fr>.

PRÉSENTATION DE LA CHAIRE DE DROIT DES CONTRATS PUBLICS

L'objet de la Chaire est de mettre en place un réseau associant acheteurs et autorités concédantes, entreprises cocontractantes, institutions publiques intéressées (MINEFI, juridictions administratives) et universitaires spécialistes, dans le but de mieux comprendre les applications des règles juridiques relatives aux contrats publics et de mieux les adapter.

La chaire contribue ainsi à la réflexion et aux débats nécessaires à la mise au point de règles contractuelles, textuelles et jurisprudentielles mieux adaptées aux personnes publiques et aux entreprises, en prenant en compte les différents intérêts en jeu dans un contexte économique et technologique évolutifs (nouvelles technologies de l'information, européanisation, mondialisation, retour du protectionnisme etc.).

PRÉCÉDENTS RAPPORTS DISPONIBLES SUR : [HTTPS://CHAIREDCP.UNIV-LYON3.FR](https://chairedcp.univ-lyon3.fr)

Crise sanitaire et contrats publics, 2021

Les liens entre règles de passation et difficultés d'exécution dans les contrats publics, 2021

Prévention de la corruption et contrats publics, 2022

Environnementalisation des marchés publics, 2022

CHRONIQUES

Revue mensuelle d'actualité du droit des contrats publics : <https://chairedcp.univ-lyon3.fr/revue-dactualite-1>

Chronique semestrielle de jurisprudence de droit européen comparé des contrats publics, *Bulletin juridique des contrats publics*

POUR SUIVRE L'ACTIVITÉ DE LA CHAIRE EN LIGNE

Site internet	https://chairedcp.univ-lyon3.fr
Linkedin	https://www.linkedin.com/company/chairedcp/
Twitter	@chairedcp

CHAIRE DE DROIT DES CONTRATS PUBLICS

RAPPORT SUR LA MODIFICATION DES CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE

SOUS LA DIRECTION DU PR. FRANÇOIS LICHÈRE

JUIN 2023

* * * * *

Ce rapport a été rédigé par le directeur et les chercheurs de la Chaire de droit des contrats publics de l'Université Jean Moulin – Lyon 3 et approuvé par le conseil scientifique de la Chaire, grâce au concours de ses partenaires financiers, du collège d'experts de la Chaire, des personnes ayant répondu aux interviews et de celles ayant répondu au questionnaire en ligne.

Son contenu doit être considéré comme propre à ses auteurs et n'engage en aucune manière les partenaires de la Chaire.

Toute publication, reproduction ou diffusion à des fins commerciales en est strictement interdite.

* * * * *

REMERCIEMENTS

Le présent rapport est le fruit d'une étude conduite au cours de l'année universitaire 2022-2023 par la Chaire de droit des contrats publics auprès de 26 acteurs du droit des contrats publics lors d'entretiens, et de 140 grâce à des sondages en ligne.

À ce titre, les participants aux 26 entretiens semi-directifs sont vivement remerciés pour leur disponibilité et la richesse des renseignements qu'ils ont pu nous délivrer. La centaine de juristes ayant participé au questionnaire en ligne est également chaleureusement remerciée, tant ceux qui se sont spontanément proposés que ceux qui ont été sollicités par l'entremise de nos partenaires et correspondants.

Nous remercions en particulier la section « Droit public » de l'Association française des juristes d'entreprise (AFJE) pour nous avoir permis d'effectuer un webinaire en décembre 2022 sur le sujet du présent rapport et pour sa promotion des sondages en ligne auprès de ses adhérents.

Les partenaires financiers de la Chaire doivent également être remerciés puisqu'ils permettent, notamment, le financement des chercheurs postdoctoraux qui ont réalisé cette étude.

Nous remercions par ailleurs l'IAE Paris et particulièrement le Professeur Stéphane SAUSSIER, ainsi que l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne et spécialement la Professeure Hélène HOEPFFNER pour avoir organisé avec nous une réunion présentant l'avancement des recherches pour le présent rapport en février 2023, et un séminaire de discussion en avril 2023 autour de notre projet de recommandations, ainsi que toutes les personnes y ayant participé.

SOMMAIRE

REMERCIEMENTS	3
SOMMAIRE	5
LISTE DES FIGURES	10
INTRODUCTION GENERALE	13
SYNTHESE DU RAPPORT	19
PARTIE 1	29
ETAT DU DROIT POSITIF	
Introduction	30
SECTION 1 : LA MODIFICATION DU CONTENU DU CONTRAT	32
SOUS-SECTION 1 : LES HYPOTHESES DE MODIFICATION DU CONTRAT	32
§I. Les modifications par application des clauses du contrat	32
A. L'exigence de clauses de réexamen claires et non-équivoques	32
B. Les principales catégories de clauses de réexamen	34
1. <i>Les clauses de révision des prix</i>	<i>34</i>
2. <i>Les clauses de revoyure ou de rendez-vous</i>	<i>37</i>
§II. Les modifications non prévues par le contrat	39
A. Les modifications de faibles montants	39
B. Les travaux, fournitures ou services supplémentaires devenus nécessaires	44
C. Les modifications pour circonstances imprévues	46
D. Les modifications non-substantielles	51

E. La quasi-modification résultant de la théorie de l'imprévision	54
1. <i>L'appréciation des conditions d'application de l'imprévision</i>	55
2. <i>Les effets de la théorie de l'imprévision</i>	58
3. <i>L'indemnité d'imprévision</i>	59
SOUS-SECTION 2 : LES FORMES DE MODIFICATION DU CONTRAT	62
§I. Les sources	62
A. La modification unilatérale	63
1. <i>Imposée par la personne publique</i>	63
2. <i>Provoquée par le cocontractant</i>	66
B. La modification conventionnelle	67
1. <i>Les avenants classiques</i>	67
2. <i>Les avenants interprétatifs</i>	68
3. <i>Les avenants transactionnels</i>	69
4. <i>Les avenants de régularisation</i>	71
5. <i>Les avenants rétroactifs</i>	72
§II. Les formalités de publicité	73
SECTION 2 : LA MODIFICATION DES PARTIES AU CONTRAT	76
SOUS-SECTION 1 : LA SUBSTITUTION D'OPERATEURS ECONOMIQUES	76
§I. Les modifications par application d'une clause de transfert	76
§II. Les modifications en cas de restructuration	78
§III. Le cas particulier des groupements d'entreprises	80
SOUS-SECTION 2 : LA SUBSTITUTION D'AUTORITES CONTRACTANTES	82
§I. Les changements sans conséquence sur le périmètre du contrat	82
§II. Les changements affectant le périmètre du contrat	83
SECTION 3 : LES CONSEQUENCES D'UNE MODIFICATION ILLEGALE	84
§I. La contestation de la validité d'une modification considérée comme illégale	87
A. L'absence de recours en validité ouvert aux parties	87
B. Les recours en contestation ouverts aux tiers	90
§II. Le risque pénal d'une modification illégale	92

PARTIE 2**96****APPROCHES EUROPEENNES DE LA MODIFICATION DES CONTRATS****PUBLICS**

Introduction	97
§I. La notion de modification substantielle	103
§II. La modification résultant de la substitution de cocontractant	110
§III. L'approche du non-respect des clauses du contrat comme modification contractuelle	116
§IV. La modification pour circonstances imprévues	125
§V. La modification résultant du dépassement de la valeur maximale du montant ou des quantités des accords-cadres	129
§VI. Les conséquences juridiques des modifications illégales	133
§VII. Le développement de la transparence en matière de modifications contractuelles	138

PARTIE 3**145****SYNTHESE DES ENTRETIENS ET DES SONDAGES**

Introduction	145
§I. Profil des enquêtés	149
A. Profil des autorités contractantes	151
B. Profil des opérateurs économiques	153
C. Profil des avocats	155
§II. Etat des lieux de la pratique	158
A. Proportion des contrats de la commande publique modifiés	160
B. Tendances actuelles des modifications	163
C. Causes principales de modifications des contrats de la commande publique	170
D. Approche pratique de la modification	175
1. Pratique de la modification unilatérale	182
2. Pratique de la modification conventionnelle	190
3. Pratique des clauses de réexamen	201

4. <i>Pratique de la substitution de cocontractant</i>	213
§III. Approche théorique des notions juridiques	217
A. Mise en œuvre de la notion de modification substantielle	219
B. Mise en œuvre des cas de modification autorisée par le Code de la commande publique	225
C. Mise en œuvre de la théorie de l'imprévision	229
§IV. Opinion sur l'avis du Conseil d'Etat du 15 septembre 2022	238
§V. Règlement des différends liés aux modifications ou aux refus de modifications	251
A. Pratique des modes alternatifs de règlement des différends	254
B. Pratique de la résolution contentieuse	260
§VI. Libres-propos conclusifs des participants	265

PARTIE 4 **274**

PROPOSITIONS DE RECOMMANDATIONS

Introduction	275
Recommandation n° 1 : Préciser la notion de modification substantielle dans le Code de la commande publique et recenser dans un guide les cas de modifications non-substantielles	277
Recommandation n° 2 : Publier des guides pour la conception et la rédaction de clauses de réexamen claires, précises et non-équivoques	284
Recommandation n° 3 : Accroître le <i>sourcing</i> pour les clauses de révision des prix ou tarifs et ouvrir à la discussion les clauses administratives des marchés et des concessions lors de la passation du contrat	286
Recommandation n° 4 : Renforcer la transparence en incitant les autorités contractantes à publier au <i>JOUE</i> les avis de modification obligatoires	292
Recommandation n° 5 : Réformer en profondeur les comités consultatifs de règlement amiable des différends et initier une réflexion globale de rétablissement de la confiance des opérateurs économiques envers les juridictions administratives	297
Recommandation n° 6 : Clarifier le régime de l'avenant transactionnel	303

Recommandation n° 7 : Former au <i>contract managing</i> les agents des autorités contractantes et instaurer un service central d'accompagnement dans la gestion des contrats de la commande publique	304
Recommandation n° 8 : Préciser la théorie de l'imprévision dans le Code de la commande publique	305
Recommandation n° 9 : Préciser la notion de restructuration du titulaire initial en vue de la substitution de cocontractant et insérer des clauses de « banc de réserve » dans les contrats futurs	325

BIBLIOGRAPHIE	331
----------------------	------------

ANNEXE	334
---------------	------------

LISTE DES FIGURES

Figure 0.1 : Dates des entretiens	15
Figure 2.1 : Schéma présentant la détermination d'une modification substantielle par le « Test de substantialité » en droit allemand et autrichien des contrats publics	106
Figure 2.2 : Tableau présentant en Français les dispositions du GWB et du BVergG 2018 utiles au « Test de substantialité » en droits allemand et autrichien	107
Figure 2.3 : Proportion des cas de modifications pour circonstances imprévues au regard des avis de modification publiés au JOUE entre le 1 ^{er} et le 31 octobre 2022	128
Figure 2.4 : Nombre d'avis de modification des marchés publics et des concessions publiés au <i>JOUE</i> entre le 1 ^{er} janvier 2022 et le 31 décembre 2022 et sur les dix dernières années	142
Figure 3.1 : Dates des entretiens	145
Figure 3.2 : Nombres de participants aux entretiens et aux sondages en ligne	147
Figure 3.3 : Nature des autorités contractantes des enquêtes qualitative (interviews) et quantitative (sondages en ligne)	152
Figure 3.4 : Nature des principaux contrats de la commande publiques des opérateurs économiques des enquêtes qualitative (interviews) et quantitative (sondages en ligne)	154
Figure 3.5 : Qualité des principaux clients des avocats des enquêtes qualitative (interviews) et quantitative (sondages en ligne)	157
Figure 3.6 : Estimation de la proportion des contrats formellement modifiés en cours d'exécution selon les sondages	163
Figure 3.7 : Proportion des difficultés rencontrées par les opérateurs économiques interviewés dans le contexte actuel	169
Figure 3.8 : Estimation des difficultés rencontrées selon les sondages en ligne	169
Figure 3.9 : Principales causes de modification en cours d'exécution selon les sondages en ligne et les entretiens	173

Figure 3.10 : Principaux fondements juridiques de modification en cours d'exécution selon les sondages en ligne	175
Figure 3.11 : Principaux ressentis des praticiens dans les sondages quant aux causes des modifications des contrats de la commande publique	182
Figure 3.12 : Occurrence des modifications unilatérales selon les sondages en ligne	184
Figure 3.13 : Principales modifications unilatérales rencontrées selon les sondages en ligne	185
Figure 3.14 : Principaux types d'avenants rencontrés selon les sondages en ligne	198
Figure 3.15 : Proportion des modifications par déclenchement de clauses contractuelles selon les sondages en ligne	202
Figure 3.16 : Occurrence des clauses contractuelles de modification rencontrées selon les sondages en ligne	203
Figure 3.17 : Appréciation de la notion de modification substantielle selon les sondages en ligne	221
Figure 3.18 : Moment où les praticiens se questionnent sur le caractère substantiel ou non d'une modification selon les sondages en ligne	224
Figure 3.19 : Approches des travaux ou services devenus nécessaires et des circonstances imprévues selon les sondages en ligne	228
Figure 3.20 : Principales difficultés rencontrées pour obtenir l'indemnisation au titre de l'imprévision selon les sondages en ligne	235
Figure 3.21 : Principales attentes sur l'imprévision selon les sondages en ligne	237
Figure 3.22 : Influence de l'avis du Conseil d'Etat du 15 septembre 2022 sur la pratique selon les sondages en ligne	245
Figure 3.23 : Principaux axes d'évolution à privilégier selon les sondages en ligne	272

INTRODUCTION

GENERALE

Pour son cinquième rapport depuis sa création en 2020, la Chaire de droit des contrats publics porte l'attention de ses travaux sur la modification des contrats de la commande publique en cours d'exécution, un sujet éminemment important tant il a fait l'objet d'évolutions conséquentes depuis l'entrée en vigueur des directives européennes de 2014 et celle du Code de la commande publique. L'intérêt l'est d'autant plus que rares sont les marchés ou les contrats de concession immunisés contre tout changement, en particulier dans le contexte économique fluctuant et instable de ces dernières années où les autorités contractantes et les opérateurs économiques sont confrontés à une raréfaction voire une pénurie des matières premières entraînant l'augmentation de leurs prix, à l'augmentation des prix des énergies, à l'inflation des prix de produits et services ou encore aux difficultés d'approvisionnement.

L'objectif de la recherche est alors de vérifier si la réglementation actuelle des modifications des contrats de la commande publique est appropriée et adaptée au regard des éventuelles difficultés que rencontrent les acheteurs, les autorités concédantes et les opérateurs économiques, et de proposer, au besoin, des recommandations en faveur d'une meilleure adéquation entre le droit et la pratique.

A ce stade, la méthodologie de l'étude (§I.) et le plan du rapport (§II.) seront précisés.

§I. Méthodologie de l'étude

Classiquement, la présente enquête a mobilisé les mêmes méthodes que les précédentes. Ainsi, après une étude doctrinale et une analyse comparative, ont été successivement conduites une enquête qualitative (A.) puis une enquête quantitative (B.) auprès d'acteurs du droit des contrats publics interrogés sur des thématiques similaires (C.).

A. L'enquête qualitative

Dans le cadre des recherches menées par la Chaire de droit des contrats publics pour son cinquième rapport, cette synthèse recense l'ensemble des données relatives aux retours d'expérience sur la modification des contrats de la commande publique de 7 avocats spécialisés dans le domaine, des services juridiques de 11 autorités contractantes et de 8 opérateurs économiques, tous interviewés entre octobre et décembre 2022, soit 26 entretiens au total.

	AV01	AV02	AV03	AV04	AV05	AV06	AV07				
Date de l'entretien	28/10	08/11	10/11	22/11	23/11	25/11	05/12				
	AC01	AC02	AC03	AC04	AC05	AC06	AC07	AC08	AC09	AC10	AC11
Date de l'entretien	25/10	07/11	09/11	10/11	14/11	21/11	22/11	24/11	05/12	06/12	06/12
	OE01	OE02	OE03	OE04	OE05	OE06	OE07	OE08			
Date de l'entretien	25/10	26/10	27/10	08/11	15/11	23/11	24/11	01/12			

Figure 0.1 : Dates des entretiens¹

Les entretiens ont été menés à l'appui des guides d'entretien établis en octobre 2022 par la Chaire en prenant soin que la discussion soit la plus libre possible. Trois guides d'entretien ont ainsi été réalisés : un pour les autorités contractantes, un autre pour les opérateurs économiques et un dernier pour les avocats. A l'exception d'un entretien effectué sur place au cabinet d'un des avocats interviewés, l'ensemble des entretiens a été réalisé par visioconférence privée à l'aide du logiciel Microsoft Teams©. Cette différence de traitement sur la forme de l'entretien n'est *a priori* pas de nature à engendrer un quelconque biais susceptible de fausser les résultats de l'enquête qualitative.

Les précautions nécessaires ont été prises afin de garantir l'anonymat des interviewés. Les entretiens n'ont d'ailleurs pas fait l'objet d'enregistrement audio ou vidéo, leur préférant la prise de notes manuscrites.

¹ AV : Avocat ; AC : Autorité contractante ; OE : Opérateur économique.

B. L'enquête quantitative

Dans la continuité de cette enquête qualitative, une enquête quantitative a été menée avec trois sondages en ligne respectivement destinés aux autorités contractantes, aux opérateurs économiques et aux avocats afin de vérifier auprès d'un panel plus large de participants les résultats obtenus lors des entretiens de l'enquête qualitative. Les sondages étaient accessibles de mi-décembre 2022 à mi-janvier 2023 sur la plateforme LimeSurvey, et partagés sur les pages des réseaux sociaux de la Chaire (Twitter et LinkedIn) ainsi que par certains partenaires et des organismes tiers. Pour une meilleure comparaison des résultats, la structure des trois questionnaires suivait celles des guides d'entretiens de l'enquête qualitative et ne comprenait, à l'exception des questions relatives au profil du sondé, aucune question à réponse obligatoire. Outre des questions à choix unique ou à choix multiples, des formulaires permettaient pour certaines questions aux sondés d'apporter librement à l'écrit des précisions à leurs réponses. Au regard de la longueur des questionnaires, ces orientations se sont imposées pour obtenir un maximum de réponses sans contraindre les participants à répondre à l'intégralité des sondages. Ainsi, sur 32 personnes ayant ouvert le sondage « Opérateurs économiques », 24 ont répondu à au moins à une question et 11 sont parvenus jusqu'à la fin du questionnaire. Pour le sondage « Autorités contractantes », 126 personnes l'ont ouvert, 98 ont répondu à au moins une question et 44 sont parvenus jusqu'à la fin du questionnaire. Quant au sondage « Avocats », sur 19 ouvertures du questionnaire, 18 avocats ont répondu à au moins une question et 13 sont parvenus jusqu'à la fin du questionnaire.

C. Les thématiques abordées lors des enquêtes

Les enquêtes débutaient par un état des lieux de la pratique de la modification des contrats de la commande publique de chaque participant pour, ensuite, approfondir les notions juridiques principales en la matière. Une phase spécifiquement consacrée à l'avis de la section administrative du Conseil d'Etat en date du 15 septembre 2022 sur la modification sèche des prix ou tarifs et la théorie de l'imprévision était réservée dans les entretiens et les sondages en vue de recueillir l'opinion des avocats et des services juridiques interrogés. Les enquêtes se terminaient, enfin, par un retour d'expérience sur le règlement des différends en matière de modification contractuelle, suivi d'un libre-propos permettant à l'enquêté d'ajouter tout élément qu'il estimerait utile aux recherches de la Chaire.

§II. Présentation du plan du rapport

Pour ce rapport le choix a été pris par la Chaire de présenter et d'analyser en amont le cadre juridique national et européen régissant les modifications des contrats de la commande publique en cours d'exécution afin d'établir un état des lieux théorique du droit positif sur le sujet (**Partie 1**) complété par une étude de droit comparé dans neuf Etats de l'Union européenne et un Etat l'ayant récemment quitté dans l'objectif de déterminer d'éventuelles pistes de réflexion en vue d'améliorer notre droit national (**Partie 2**).

Par la suite, l'attention est portée sur les résultats des enquêtes de terrain menées par les chercheurs de la Chaire à travers des entretiens semi-directifs et des sondages en ligne auprès de professionnels du secteur en vue de recenser et d'analyser les retours d'expériences de la pratique (**Partie 3**).

C'est au regard à la fois des recherches doctrinales et des enquêtes de terrain que la Chaire peut, enfin, dresser une liste de neuf propositions de recommandations tendant, d'une part, à réformer le droit de la commande publique en matière de modification des contrats de la commande publique et, d'autre part, à accompagner la modernisation et l'évolution des pratiques des acteurs concernés (**Partie 4**).

A noter qu'au-delà de résumés d'étape dans la synthèse des entretiens et des sondages, une synthèse du rapport est proposée à la suite de l'introduction générale. Quant aux formulaires des sondages en ligne et contrairement aux précédents travaux, ceux-ci sont regroupés dans des annexes disponibles séparément du présent rapport sur le site de la Chaire.

PARTIE 1 – ETAT DU DROIT POSITIF

PARTIE 2 – APPROCHES EUROPEENNES DE LA MODIFICATION DES CONTRATS PUBLICS

PARTIE 3 – SYNTHÈSE DES ENTRETIENS ET DES SONDAGES

PARTIE 4 – PROPOSITIONS DE RECOMMANDATIONS

SYNTHESE DU RAPPORT

A travers cette synthèse générale du rapport, la Chaire de droit des contrats publics entend attirer l'attention du lecteur sur les principaux résultats de la recherche au regard des recommandations qu'elle propose, en particulier : la notion de modification substantielle, la pratique des modifications unilatérales ou conventionnelles, la publication des avis de modification, la résolution des différends, la théorie de l'imprévision ou encore la substitution de cocontractant.

Sur la notion de modification substantielle

Les participants aux enquêtes ne relèvent pas de difficultés particulières concernant les cas de modification autorisée des contrats de la commande publique, à l'exception du flou des notions de modification substantielle et de modification non-substantielle.

A ce titre, l'étude de droit comparé n'apporte pas d'éclairage suffisamment pertinents pour mieux définir les deux notions. En effet, aucun des systèmes analysés ne parvient à clarifier la notion de modification substantielle. Les incertitudes du droit français ne sauraient donc trouver de réponse satisfaisante chez ses voisins européens, même avec le test de substantialité des modèles germaniques par lequel leurs juges considèrent comme substantielle toute modification qui ne serait légalement autorisée. Le risque d'une telle approche est de perpétuer la croyance, encore présente auprès de certaines autorités contractantes comme le révèlent les enquêtes de terrain, que toute modification substantielle est illégale alors même que les directives européennes de 2014, le Code de la commande publique et les juridictions européennes et nationales envisagent la légalité de modification substantielle dès lors qu'elle entre dans l'une des hypothèses prévues par les textes.

Pour autant, la pratique demeure en demande d'une clarification de la notion de modification substantielle et l'une des solutions pourrait être de réviser les articles R. 2194-7 et R. 3135-7 du Code de la commande publique en apportant une définition plus sécurisante de ladite notion.

Sur la pratique des modifications unilatérales ou conventionnelles

La modification unilatérale est majoritairement peu utilisée par les autorités contractantes et surtout peu encouragée par les praticiens qui lui préfèrent la modification conventionnelle par avenant. L’avenant a l’avantage d’être plus facilement accepté et d’entretenir des relations contractuelles saines entre les parties. Malgré tout, l’avenant souffre de trois inconvénients principaux : la volonté politique de ne pas conclure d’avenant ou de ne pas les publier créant alors de nombreux risques financiers ou juridiques dans l’exécution du contrat ; les délais pour signer un avenant ; la formation des agents de certaines collectivités territoriales, de petite ou moyenne taille, qui ne sont pas toujours à jour du nouveau régime de modification des contrats de la commande publique.

Quoiqu’il en soit, la pratique des avenants est assez semblable d’un enquêté à un autre, en particulier en matière de transaction où le protocole transactionnel est privilégié par rapport à l’avenant transactionnel considéré comme peu sécurisant pour les parties, celui-ci devant obéir à un régime plus stricte que le protocole transactionnel et pouvant faire plus particulièrement l’objet d’un recours contentieux.

Enfin, les clauses de réexamen rencontrent également les faveurs des professionnels interrogés bien qu’il soit délicat de respecter les conditions de clarté et de non-équivoque exigées par le Code de la commande publique et le droit de l’Union européenne. Il ne ressort pas, non plus, des entretiens d’exemple concret de clause de réexamen qui serait claire et non-équivoque. Les interviewés insistent sur la nécessité pour les autorités contractantes de mieux concevoir en amont leurs clauses de réexamen, en particulier les clauses des révisions des prix pour éviter que la formule, la périodicité ou l’indice utilisé ne soit pas adapté au projet souhaité.

Globalement, les participants souhaiteraient un accompagnement des acheteurs et des autorités concédantes par les services centraux de l’Etat, notamment par la publication de guides pratiques ou la création de services dédiés à cet accompagnement. Par ailleurs, une forte demande de formations au *contract managing* des agents des autorités contractantes ressort des sondages en ligne, ainsi qu’un besoin de clarification de certaines notions juridiques (par exemple : modification substantielle, circonstances imprévues, caractère claire et non-équivoque des clauses de réexamen, etc.) éventuellement par une réforme du Code de la commande publique.

Ainsi, plusieurs recommandations proposent d'améliorer la définition des besoins et la rédaction des clauses, ainsi que la maîtrise et les compétences des services achats des autorités contractantes en matière de *contract managing*.

Sur la transparence et la publication des avis de modification

Le constat dressé lors de l'analyse de droit comparé européen souligne le retard des autorités contractantes françaises à se conformer à leur devoir de publication des avis de modification au *Journal officiel de l'Union européenne* avec seulement 103 avis publiés durant l'année 2022 contre 506 en Espagne (4,9 fois plus qu'en France), 828 en Pologne (8,0 fois plus qu'en France) et 1 780 en Allemagne (17,2 fois plus qu'en France). Le bilan se confirme sur les dix dernières années où uniquement 605 avis de modification ont été publiés au *JOUE* par les acheteurs et autorités concédantes françaises, contre 3 596 en Espagne (5,9 fois plus qu'en France), 8 967 en Pologne (14,8 fois plus qu'en France) et 14 451 en Allemagne (23,8 fois plus qu'en France).

Dans le même sens, les enquêtes témoignent de la faible application du dispositif actuel en matière de publication d'avis de modification par les autorités contractantes puisque, dans la majorité des cas, les acheteurs ou les autorités concédantes ne publient aucun avis de modification au *Journal officiel de l'Union européenne* alors même que les dispositions des articles R. 2194-10 et R. 3135-10 du Code de la commande publique l'imposent pour les modifications résultant de circonstances imprévues ou de travaux, services ou fournitures supplémentaires devenus nécessaires.

La conséquence relevée par les avocats et les opérateurs économiques lors des enquêtes consiste en l'absence de purge des délais contentieux à l'encontre des modifications.

Le modèle autrichien pourrait être source d'inspiration en vue de solutionner cette problématique en instituant une pénalité financière aux acheteurs ou aux autorités concédantes n'ayant pas, dans un délai imparti, procédé à la publication d'un avis de modification obligatoire.. En outre, cette pénalité aurait pour intérêt de rappeler aux acheteurs et aux autorités concédantes leurs obligations en termes de transparence vis-à-vis des citoyens et des contribuables. Ainsi, le Code de la commande publique pourrait être réformé pour intégrer ce nouveau mécanisme. Néanmoins, à une telle solution radicale pourrait être privilégiée, du

moins dans un premier temps, une approche de droit souple grâce à la publication d'un guide explicitant les moyens de correctement mettre en œuvre cette obligation.

Sur la résolution amiable ou contentieuse des différends

En matière de résolution des différends, il est remarquable que rares sont les cas dans lesquels, en matière de modification ou de refus de modification, un contentieux se noue. La résolution amiable semble aux yeux des avocats peu mise en œuvre, alors même que les autorités contractantes et les opérateurs économiques relatent de nombreux cas de résolution amiable, tant lors des entretiens de l'enquête qualitative que des sondages en lignes de l'enquête quantitative. Les raisons de cette divergence d'opinions se trouvent peut-être dans le fait que plusieurs différends se résolvent sans l'intervention d'avocats, potentiellement à travers des gestes commerciaux en faveur des autorités contractantes ou l'acceptation des demandes des opérateurs économiques.

Les entretiens avec les opérateurs économiques soulèvent, par ailleurs, deux points importants à souligner : les retours d'expériences vis-à-vis des CCIRA et du CCNRA, et la méfiance envers les juridictions administratives.

S'agissant des CCIRA et du CCNRA, tout d'abord, le constat dressé par les opérateurs économiques est alarmant tant ces comités sont engorgés par les saisines. Les délais de traitement s'allongent, réduisant l'utilité de cette solution amiable de résolution des différends qui perd en efficacité et en intérêt au regard des attentes des opérateurs économiques. En effet, il ne faut pas oublier que les opérateurs économiques reprochent à la Justice sa lenteur dont la conséquence est le gel d'une créance sur plusieurs années. Tel est le risque, à terme, avec les CCIRA et le CCNRA, d'autant plus que l'avis ne lie pas le juge administratif et que les parties peuvent introduire, ensuite, une action contentieuse, allongeant là-encore le gel de la créance. Plusieurs pistes de réflexion ont été évoquées par deux opérateurs économiques en vue d'améliorer l'efficacité des CCIRA et du CCNRA consistant, principalement, en une augmentation des moyens financiers (augmentation des indemnités), matériels (attribution d'un lieu propre, fixe et déterminé) et humains (magistrats détachés ou mandat de cinq ans dès le départ à la retraite d'un magistrat de l'ordre administratif) des comités. Des évolutions structurelles ont également été évoquées, notamment en transformant ces organismes en une chambre spécialisée des juridictions administratives en matière de marchés publics ou en autorité administrative indépendante (voire en juridiction administrative spécialisée) dont les

avis deviendraient obligatoires et exécutoires sauf à ce qu'une des parties les contestent devant le juge administratif. Les idées sont finalement nombreuses et témoignent de l'attachement des opérateurs économiques à cette voie de résolution des différends.

S'agissant, enfin, de la perte de confiance en la justice administrative, ce sentiment est, là-encore, propre aux opérateurs économiques, les autorités contractantes n'ayant fait part d'aucun témoignage en ce sens. Outre le délai déraisonnable de traitement des recours contentieux évoqué préalablement, cette méfiance s'exprime surtout dans le ressenti général des entreprises d'une incompréhension technique des projets par les juges administratifs et une méconnaissance du milieu des affaires et des entreprises. Les décisions seraient alors souvent en faveur des autorités contractantes au nom de la préservation des deniers publics. Ces critiques ne sont toutefois pas partagées par les autorités contractantes, non plus par les avocats.

Sur la « théorie » de l'imprévision et les autres « théories » touchant au contrat administratif

Considérée depuis quelques années comme un cas d'école, la théorie de l'imprévision des contrats administratifs a été intégrée, malgré la position de l'avis consultatif du Conseil d'Etat en date du 15 septembre 2022 qui lui dénie le caractère de modification, à l'étude en tant que « quasi-modification », ce que reconnaît également une partie majoritaire des personnes interrogées lors des enquêtes de terrain. Cette théorie engendre aujourd'hui de nombreuses interrogations auprès des praticiens.

Principalement, ils perçoivent trois difficultés majeures dans l'appréciation du bouleversement de l'économie du contrat : la détermination de la durée d'appréciation des conséquences de la situation d'imprévision, la détermination du bouleversement économique et la répartition des charges entre les parties.

En outre, plusieurs enquêtés soulignent la difficulté pour comprendre, d'une part, qu'il convient de justifier les charges extracontractuelles rencontrées par l'opérateur économique sans opposer systématiquement le secret des affaires et, d'autre part, d'indemniser le cocontractant au fil de l'exécution du contrat, même si la situation d'imprévision est toujours présente, afin d'éviter toute conséquence préjudiciable au contrat lui-même.

S'agissant des indemnités d'imprévision, les opinions divergent entre un avocat qui suit entièrement le raisonnement de la section administrative du Conseil d'Etat dans son avis du 15

septembre 2022 et la majorité des participants qui, bien qu'ils s'en satisfassent, regrettent un manque d'approfondissement dans les modalités pratiques de preuve de la charge extracontractuelle et de son calcul et doutent de la conformité au droit de l'Union européenne de la non assimilation à une modification contractuelle d'une indemnité d'imprévision.

Cet avis aura eu, *in fine*, le bénéfice de confirmer la stratégie de certains opérateurs économiques et d'une autorité contractante, les premiers recherchant en priorité la modification et se réservant l'imprévision comme une seconde chance, l'autre en refusant toute modification sèche des prix ou des formules de révision afin de forcer les cocontractants à se fonder sur la théorie de l'imprévision pour que leur indemnisation ne soit que partielle et ainsi préserver les deniers publics.

En somme, l'avis du Conseil d'Etat en date du 15 septembre 2022 emporte sur ce point plus de questionnements que de réponses en pratique, ne se limitant dans les grandes lignes qu'à rappeler l'état du droit sans innovation majeure. Tel est notamment le cas de l'assujettissement à la TVA de l'indemnité d'imprévision (aujourd'hui résolue par une prise de position de la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances en date du 8 décembre 2022), ou celui du sort réservé aux décomptes généraux et définitifs n'ayant pas prévu les indemnités d'imprévision.

L'objectif serait alors, comme l'admet l'une des propositions de recommandations du rapport, de prévoir un cadre plus précis dans le Code de la commande publique tant pour les marchés publics que pour les contrats de concession, notamment pour apprécier le bouleversement de l'économie du contrat et la répartition des surcoûts. En effet, puisque le Code de la commande publique codifie dans son principe la théorie jurisprudentielle de l'imprévision en son article L. 6, autant aller jusqu'au bout de cette démarche en codifiant désormais la jurisprudence relative à l'indemnisation pour imprévision dans un chapitre nouveau consacré aux indemnisations pour charges extracontractuelles, tout en apportant des précisions de nature à renforcer la sécurité juridique et à prévenir le risque de suspension du contrat par le cocontractant.

Enfin, la contractualisation de la théorie de l'imprévision est majoritairement favorisée par les avocats et les autorités contractantes interrogés, même si les clauses d'imprévision se contentent de prévoir des discussions entre les parties et non un droit à indemnisation avec des procédures et des éléments précis pour faciliter les demandes d'indemnisation et leur analyse.

Dans la même logique de sécurisation juridique, les théories du fait du prince, des sujétions imprévues et des travaux indispensables pourraient être codifiées.

Sur la substitution de cocontractant

S'agissant de la substitution de cocontractant, les résultats des recherches menées par la Chaire indiquent que la principale difficulté ne proviendrait pas de la clause de transfert, mais plutôt de la notion de restructuration du titulaire initial du contrat des articles R. 2194-6, 2° et R. 3135-6, 2° du Code de la commande publique. Des éclaircissements pourraient être apportées par la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances sur la notion de restructuration sans qu'il ne soit besoin de réformer ni le Code de la commande publique, ni les directives européennes de 2014. La notion de restructuration au sens des articles R. 2184-6, 2° et R. 3135-6, 2° du Code de la commande publique pourrait être alors appréhendée, comme le proposent deux avocats interrogés, sous l'angle de la vie normale de l'entreprise titulaire ou concessionnaire comme, par exemple, la prise de contrôle par un opérateur économique de l'entreprise cocontractante ou de l'un de ses secteurs d'activités. Par conséquent, l'ensemble des contrats de la commande publique en cours d'exécution auxquels cette dernière est partie sont cédés au preneur dans le cadre de la prise de contrôle ou de la récupération d'un secteur d'activité.

L'étude comparative a révélé une technique qui mérite l'attention des juristes, celle des Pays-Bas, avec des clauses de *waiting-room* garantissant tant la sécurité juridique de la substitution de cocontractant que les respects des principes fondamentaux de la commande publique. Aux Pays-Bas, en effet, sont couramment insérés des clauses de « banc de réserve » ou « banc des remplaçants » (*reserve bench*) ou de « salle d'attente » (*waiting-room*) dont l'objectif est de permettre à un pouvoir adjudicateur de résilier le marché en cas de situations prédéterminées (par exemple : défaillance du titulaire dans l'exécution du marché, faillite, etc.) et de conclure le marché avec un autre soumissionnaire considéré jusqu'alors en attente, dans l'ordre de classement des offres lors de la passation du contrat. Régies par le droit civil, ces clauses (présentes dès la mise en concurrence du contrat) n'ont pas été remises en cause par les directives de 2014. En outre, ces clauses assurent la satisfaction des conditions personnelles du nouveau titulaire pour exécuter le contrat, sans nouvelle vérification nécessaire.

SYNTHESE DES RECOMMANDATIONS

Celles-ci sont détaillées en fin de rapport, aux pages 274 et suivantes.

RECOMMANDATION N° 1

Préciser la notion de modification substantielle dans le Code de la commande publique et recenser dans un guide les cas de modifications non-substantielles.

RECOMMANDATION N° 2

Publier des guides pour la conception et la rédaction de clauses de réexamen claires, précises et non-équivoques.

RECOMMANDATION N° 3

Accroître le *sourcing* pour les clauses de révision des prix ou tarifs et ouvrir à la discussion les clauses administratives des marchés et des concessions lors de la passation du contrat.

RECOMMANDATION N° 4

Renforcer la transparence en incitant par des mesures de droit souple les autorités contractantes à publier au *JOUE* les avis de modification obligatoires.

RECOMMANDATION N° 5

Réformer en profondeur les comités consultatifs de règlement amiable des différends et initier une réflexion globale de rétablissement de la confiance des opérateurs économiques envers les juridictions administratives.

RECOMMANDATION N° 6

Clarifier le régime de l'avenant transactionnel.

RECOMMANDATION N° 7

Former au *contract managing* les agents des autorités contractantes et instaurer un service central d'accompagnement dans la gestion des contrats de la commande publique.

RECOMMANDATION N° 8

Préciser la théorie de l'imprévision dans le Code de la commande publique et codifier les théories du fait du prince, des sujétions imprévues et des travaux indispensables.

RECOMMANDATION N° 9

Préciser la notion de restructuration du titulaire initial en vue de la substitution de cocontractant et insérer des clauses de « banc de réserve » dans les contrats futurs.

PARTIE 1

ETAT DU DROIT POSITIF

*Présentation et analyse du cadre juridique du droit de la
commande publique en France*

INTRODUCTION

Alors que sous l'ancien régime juridique antérieur à 2014 les modifications des contrats de la commande publique souffraient de la rigidité de la réglementation et de la jurisprudence, en particulier quant à l'appréciation de la substantialité d'une modification depuis la décision *Presstext* de la Cour de justice de l'Union européenne, les dispositions des directives européennes 2014/23/UE, 2014/24/UE et 2014/25/UE et du Code de la commande publique ont apporté une véritable souplesse dans l'exécution contractuelle en admettant, désormais, plusieurs hypothèses de modifications (éventuellement substantielles) autorisées à la condition de ne pas porter atteinte à la nature du contrat ou de ne pas constituer une modification substantielle non-autorisée².

Dans le cadre de ce rapport, l'étude de la modification contrat sera entreprise sous l'angle de son contenu (**Section 1**), de celui des parties (**Section 2**), ainsi que par celui des conséquences, lorsque la modification est illégale (**Section 3**).

PLAN DE LA PARTIE

SECTION 1 : LA MODIFICATION DU CONTENU DU CONTRAT	32
SOUS-SECTION 1 : LES HYPOTHESES DE MODIFICATION DU CONTRAT	32
§I. Les modifications par application des clauses du contrat.....	32
A. L'exigence de clauses de réexamen claires et non-équivoques.....	32
B. Les principales catégories de clauses de réexamen	34
1. <i>Les clauses de révision des prix</i>	34

² Depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique (dite Loi ASAP), ce nouveau régime d'exécution prévu dans le Code de la commande publique est applicable à tous les contrats de la commande publique qu'ils aient été conclus avant ou après l'entrée en vigueur du code.

2. Les clauses de revoyure ou de rendez-vous.....	37
§II. Les modifications non prévues par le contrat.....	39
A. Les modifications de faibles montants	39
B. Les travaux, fournitures ou services supplémentaires devenus nécessaires.....	44
C. Les modifications pour circonstances imprévues.....	46
D. Les modifications non substantielles.....	51
E. La quasi-modification résultant de la théorie de l'imprévision	54
1. L'appréciation des conditions d'application de l'imprévision.....	55
2. Les effets de la théorie de l'imprévision.....	58
3. L'indemnité d'imprévision.....	59
SOUS-SECTION 2 : LES FORMES DE MODIFICATION DU CONTRAT	62
§I. Les sources	62
A. La modification unilatérale	63
1. Imposée par la personne publique.....	63
2. Provoquée par le cocontractant.....	66
B. La modification conventionnelle	67
1. Les avenants classiques.....	67
2. Les avenants interprétatifs.....	68
3. Les avenants transactionnels.....	69
4. Les avenants de régularisation.....	71
5. Les avenants rétroactifs.....	72
§II. Les formalités de publicité	73
SECTION 2 : LA MODIFICATION DES PARTIES AU CONTRAT	76
SOUS-SECTION 1 : LA SUBSTITUTION D'OPERATEURS ECONOMIQUES.....	76
§I. Les modifications par application d'une clause de transfert	76
§II. Les modifications en cas de restructuration.....	78
§III. Le cas particulier des groupements d'entreprises	80
SOUS-SECTION 2 : LA SUBSTITUTION D'AUTORITES CONTRACTANTES	82
§I. Les changements sans conséquence sur le périmètre du contrat.....	82
§II. Les changements affectant le périmètre du contrat	83
SECTION 3 : LES CONSEQUENCES D'UNE MODIFICATION ILLEGALE	84
§I. La contestation de la validité d'une modification considérée comme illégale	87
A. L'absence de recours en validité ouvert aux parties	87
B. Les recours en contestation ouverts aux tiers.....	90
§II. Le risque pénal d'une modification illégale.....	92

SECTION 1 : LA MODIFICATION DU CONTENU DU CONTRAT

Dans un premier temps, seront envisagées les hypothèses de modification du contenu du contrat (**Sous-section 1**) avant l'analyse, dans un second temps, des formes de modification du contrat (**Sous-section 2**).

Sous-section 1 : Les hypothèses de modification du contrat

Il convient d'étudier deux hypothèses de modification du contrat : les modifications par application des clauses du contrat (**§I.**), les modifications non prévues par le contrat (**§II.**).

§I. Les modifications par application des clauses du contrat

Pour qu'une modification encadrée par le contrat lui-même soit régulière, les différents types de clauses de réexamen (**B.**) doivent nécessairement être claires et non-équivoques (**A.**).

A. L'exigence de clauses de réexamen claires et non-équivoques

Le Code de la commande publique prévoit qu'un marché ou une concession peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence lorsque les modifications ont été prévues dans les documents contractuels initiaux et dans des conditions claires et précises³. Ces dispositions sont issues de la transposition des directives européennes⁴. Au sein du contrat initial, la formulation de clauses dites de réexamen permet la mise en œuvre de cette possibilité.

³ Code de la commande publique (CCP), art. L2194-1, 1° et L. 3135-1, 1° ; art. R. 2194-1 et R. 3135-1.

⁴ Dir. 2014/24/UE, art. 72 ; Dir. 2014/25/UE, art. 89 ; Dir. 2014/23/UE, art. 43.

En premier lieu, ces clauses de réexamen peuvent permettre des modifications du contrat (par exemple : la révision du prix ou des tarifs, les prestations supplémentaires, les modifications techniques, l'évolution du projet, les discussions en vue d'une éventuelle adaptation du contrat, etc.), à la condition que leur rédaction soit claire, précise et non-équivoque. L'article R2194-1 du Code de la commande publique précise que : « *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* ». Leur intérêt est d'intégrer la modification potentielle dès la mise en concurrence initiale, si bien que la modification effective du contrat en cours d'exécution n'altère pas l'effet utile de cette mise en concurrence. En pratique, ces clauses consistent souvent en des révisions de prix, des tranches optionnelles, des reconductions ou des prestations complémentaires.

En second lieu, les directives européennes précisent que ces clauses ne peuvent permettre des modifications qui altèreraient « *la nature de l'ensemble du contrat* » comme l'indique un considérant de la directive 2014/23/UE⁵, ce qui correspond à la limite générale des modifications en droit national constituée par l'absence d'atteinte à « *la nature globale du contrat* »⁶. Cette précision signifie que, même claires et précises, les clauses de réexamen doivent rester cohérentes avec l'objet initial du contrat. Cette condition restreint le contenu de la modification prévue et, non seulement, sa mise en œuvre. Ainsi, l'ajout de travaux, fournitures ou services sans rapport avec l'objet du contrat pourrait être considéré comme une modification altérant la nature de l'ensemble du contrat, sauf s'ils permettent de contribuer à la réalisation du projet. La cour administrative d'appel de Bordeaux a ainsi pu juger, en 2019, qu'un ajout portant sur « *le transport et l'entreposage de charpentes métalliques et non seulement la fabrication et la pose de ce matériel* » ne changeait pas la nature globale du contrat⁷.

Par ailleurs, une clause qui ne serait pas claire et non-équivoque ne serait pas pour autant illégale, elle empêcherait seulement que soit modifié légalement le contrat. C'est pourquoi, des auteurs estiment que la modification du contrat par application d'une clause claire et non-équivoque doit être circonscrite à certains événements dont la survenance permet son

⁵ Dir. 2014/23/UE, cons. 76 : « *Toutefois, cela ne peut s'appliquer aux modifications qui ont pour effet d'altérer la nature de l'ensemble de la concession, par exemple en remplaçant les travaux à exécuter ou les services à fournir par quelque chose de différent ou en modifiant fondamentalement le type de concession, et dont on peut donc supposer qu'elles seraient de nature à influencer sur l'issue de la procédure.* ». Voir également, pour les marchés : Dir. 2014/24/UE, cons. 109.

⁶ CCP, art. L. 2194-1 et art. L. 3135-1.

⁷ CAA Bordeaux, 30 décembre 2019, n° 19BX03235.

intervention (par exemple : la mise en œuvre d'un programme de travaux de renouvellement d'ouvrages concédés ou l'augmentation du nombre d'usagers, les tranches de travaux optionnelles, etc.) et identifier l'élément essentiel sur lequel porte la modification envisagée (comme la formule de révision des prix, les tarifs payés par les usagers, les redevances dues, le niveau d'investissements, les caractéristiques exigées du nouveau titulaire en cas de substitution de cocontractant, etc.)⁸.

B. Les principales catégories de clauses de réexamen

Les principales catégories de clauses de réexamen comprennent les clauses de révision des prix (1) et les clauses de revoyure ou de rendez-vous (2).

1. Les clauses de révision des prix

Le prix ou ses modalités de fixation et, le cas échéant, ses modalités d'évolution sont définis par le contrat⁹ dans les conditions prévues par voie réglementaire¹⁰. En principe, les marchés publics sont conclus à prix définitif et non provisoire¹¹. En revanche, il est possible que la fixation de ce prix puisse être ferme ou révisable¹². Les documents du marché doivent prévoir la modification du prix par une actualisation du prix ferme à travers l'application d'une formule reposant sur un index ou des indices, ou une révision du prix (révisable) par application d'une clause de révision, sachant que seul le CCAG Maîtrise d'œuvre prévoit cette révision¹³. Laurent Bidault¹⁴ propose le schéma suivant relatif à la modification du prix :

⁸ M. GARDELLIN, M.-H. PACHEN-LEFEVRE, « Les clauses de modification du contrat : recours et limites », *CP*, 2018, n° 183, p. 22.

⁹ CCP, art. L. 2112-6.

¹⁰ CCP, art. R. 2112-5 à R. 2112-18.

¹¹ CCP, art. R. 2112-7.

¹² L. BIDAULT, « Le prix dans les marchés publics : entre actualisation et révision du prix », *CP*, 2022, n° 232, p. 17.

¹³ Article 10.1.1.

¹⁴ *Ibid.*

CCAG	ARTICLES	PRIX
CCAG-Travaux	Art. 9.4.1	Prix ferme sauf : <ul style="list-style-type: none"> - Si la réglementation prévoit prix révisables ; - Si les documents du marché prévoient des prix révisables et comportent une formule de révision des prix.
CCAG-Maîtrise d'œuvre	Art. 10.1.1 et 10.1.2	Prix ferme si la durée du marché est inférieure à 3 mois. Prix révisable si la durée du marché est supérieure à 3 mois.
CCAG-FCS	Art. 10.1.1 et 10.1.2	Prix ferme, sauf si le marché a pour objet l'achat de matières premières agricoles et alimentaires ou nécessité pour sa réalisation le recours à une part importante de fournitures dont le prix est directement affecté par les fluctuations des cours mondiaux.
CCAG-PI	Art. 10.1.1 et 10.1.2	Prix ferme.
CCAG-TIC	Art. 10.1.1 et 10.1.2	Prix ferme, sauf si le marché a pour objet l'achat de matières premières agricoles et alimentaires ou nécessité pour sa réalisation le recours à une part importante de fournitures dont le prix est directement affecté par les fluctuations des cours mondiaux.
CCAG-MI	Art. 11.1.1 et 11.1.2	Prix ferme, sauf si le marché a pour objet l'achat de matières premières agricoles et alimentaires ou nécessité pour sa réalisation le recours à une part importante de fournitures dont le prix est directement affecté par les fluctuations des cours mondiaux.

Le Code de la commande publique prévoit en outre un cas où la formule de révision est obligatoire. Selon l'article R. 2112-14 :

« Les marchés d'une durée d'exécution supérieure à trois mois qui nécessitent pour leur réalisation le recours à une part importante de fournitures, notamment de matières premières, dont le prix est directement affecté par les fluctuations de cours mondiaux comportent une clause de révision de prix incluant au moins une référence aux indices officiels de fixation de ces cours, conformément aux dispositions de l'article R. 2112-13. Toutefois, les marchés de fourniture de gaz ou d'électricité peuvent être conclus à prix ferme conformément aux usages de la profession ».

Cette formulation, issue de l'article 12 du décret n° 2018-1225 du 24 décembre 2018, est plus large que celle résultant de l'article 18-VI du décret du 25 mars 2016 qui lui a précédé.

Pour rappel, le prix est dit « révisable » lorsqu'il peut être modifié pour tenir compte des variations économiques¹⁵. Dans un tel cas, les clauses ont pour objet de fixer la date d'établissement du prix initial, ainsi que les modalités de calcul de la révision et la périodicité de sa mise en œuvre. Partant, de telles clauses de révision constituent une forme d'anticipation de la modification du contrat qui se réalisera en cours d'exécution du contrat initial¹⁶.

Dans son avis du 15 septembre 2022¹⁷, le Conseil d'Etat considère que la formule de révision des prix peut elle-même faire l'objet d'une évolution (modification, introduction, abandon) en cas de survenance d'une circonstance qu'une autorité contractante ne pouvait prévoir, alors que la Direction des affaires juridiques du Ministère de l'Economie, dans un guide de 2013, indiquait que cela n'était pas possible. Il s'avère qu'elle s'était méprise sur la portée de la décision *Etablissement Dickson* de 1957¹⁸ qui interdisait toute modification unilatérale de la formule de révision des prix. Pour autant, le Conseil d'Etat n'avait pas pris position sur une modification par voie d'avenant.

S'agissant des concessions, les tarifs sont systématiquement assortis d'une formule de révision et il est assez fréquent que soit prévue une renégociation dans le cas d'évolution importante du contexte économique.

En ce sens, peut être cité l'exemple d'une clause qui se retrouve encore dans certains contrats de concession de distribution d'eau potable, mais qui peut être présente y compris en dehors de ce secteur d'activité. Il s'agit d'une clause issue du cahier des charges type pour la concession de distribution d'eau potable approuvé par le décret du 13 août 1947. Selon l'article 26 de ce cahier des charges, en cas de désaccord entre le concédant et le concessionnaire sur la révision du tarif « *il sera procédé à cette révision par une commission composée de trois membres* ». Dans la pratique cette clause avait fonctionné comme une clause de conciliation en ce que la révision admise par la commission était entérinée par l'assemblée

¹⁵ CCP, art. R. 2112-13 : « *Un marché est conclu à prix révisable dans le cas où les parties sont exposées à des aléas majeurs du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations. Tel est notamment le cas des marchés ayant pour objet l'achat de matières premières agricoles et alimentaires.* »

¹⁶ CAA Lyon, 22 mai 2014, n° 11LY23605 (confirmation de TA Nîmes, 12 juill. 2011, n° 0902888). Cet arrêt illustre une position relativement classique en matière de contentieux des clauses de révision des prix. En l'espèce, la Cour considère qu'une telle clause est absente et ne retient pas l'hypothèse de la présence de sujétions imprévues.

¹⁷ CE, avis consultatif, Ass., 15 sept. 2022, n° 405540, Avis relatif aux possibilités de modification du prix ou des tarifs des contrats de la commande publique et aux conditions d'application de la théorie de l'imprévision, points 4 à 6 ; Voir aussi la fiche technique de la DAJ, p. 4 : https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/mar-ches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/crisesanitaire/FT_modification_contrats_en_cours.pdf?v=166-3844107, page consultée le 4 janvier 2023.

¹⁸ CE, 15 févr. 1957, *Etablissement Dickson*, n°14891.

délibérante. Puis la lettre du texte a prévalu dans un arrêt du Conseil d'État de 2010 avant un infléchissement en 2020. Dans un premier temps il a été jugé que :

« Il revient à la commission instituée par cet article de procéder au réexamen tarifaire prévu à l'article 40 et d'arrêter pour l'avenir, s'il y a lieu, le niveau du tarif du service et la composition de la formule de variation de ce tarif ; que la décision prise par la commission s'impose ainsi contractuellement aux parties »¹⁹.

Puis un délégataire ayant soutenu que cette clause comportait une délégation de pouvoir illégale, le Conseil d'État a considéré que :

« L'intervention de la commission de révision ne dispensait pas [l'autorité concédante] de proposer la conclusion d'un avenant au concessionnaire ou de prendre une décision unilatérale de modification, la cour n'a entaché son arrêt ni d'insuffisance de motivation, ni d'erreur de droit, ni de contradiction de motifs ou de dénaturation des clauses contractuelles »²⁰.

Pour lever la contradiction potentielle entre les deux arrêts il faut admettre être en présence d'une codécision ou que la « décision » de la commission n'est qu'un projet, ce qui ramène à une procédure de conciliation.

2. Les clauses de revoyure ou de rendez-vous

Il est possible de prévoir dans le contrat initial une clause de rendez-vous afin de déterminer le montant définitif de la compensation des surcoûts anormaux réellement subis et constatés pendant l'exécution ou en fin de contrat. Dans une telle hypothèse, il peut alors être utile d'intégrer des clauses de rendez-vous – entendues au sens de « clauses de réexamen claires et précises » – puisque le Code de la commande publique n'enferme pas les modifications contractuellement prévues dès l'origine du contrat dans des seuils financiers, contrairement aux modifications dites mineures (de 10 à 15%) et aux modifications dites majeures (au-delà de 15% qui sont limitées à 50 % pour les pouvoirs adjudicateurs)²¹. Dès lors la survenance d'un évènement précis conduira les parties – si elles en conviennent – à renégocier les termes du

¹⁹ CE, 9 avril 2010, *Société Vivendi*, 313557, *BJCP* 2010. 254, concl. Boulouis.

²⁰ CE, 27 janv. 2020, *Toulouse Métropole*, 422104, *BJCP* 2020, n° 130, p. 199, concl. Pellissier ; *JCP-A* 2020. 2146, note Vila ; *Ctts et MP* 2020, com. 122, obs. Eckert.

²¹ Voir *infra*.

contrat qui se matérialisera dans un avenant²². A ce titre, il convient de souligner la précision de la rédaction de l'article 54 du CCAG-Travaux de 2021 qui prévoit le recours à une clause de réexamen dans les termes suivants :

« En cas de circonstance que des parties diligentes ne pouvaient prévoir dans sa nature ou dans son ampleur et modifiant de manière significative les conditions d'exécution du marché, les parties examinent de bonne foi les conséquences, notamment financières, de cette circonstance »²³.

La rédaction, qui semble suffisamment claire et précise, de cet article du CCAG-Travaux, est proche de ce qu'avait proposé la Chaire de droit des contrats publics à l'occasion de la consultation publique lancée par le MINEFI en janvier 2021.

Cependant, concernant le CCAG-Maîtrise d'œuvre, la Direction des affaires juridiques du Ministère de l'économie et des finances indique, dans sa fiche n° 20 de son guide d'utilisation des CCAG, qu'en raison de l'absence de clarté, de précision et de caractère non-équivoque de sa rédaction, l'article 15.3.5 dudit CCAG, bien qu'il prévoit un rapprochement des parties pour examiner les causes d'une prolongation de la durée d'exécution emportant une augmentation de plus de 10 % de la durée du marché prévu initialement ou dans les documents

²² E. PEROIS, « Rédaction des clauses des marchés dans un contexte de hausse des prix : mode d'emploi », *CP*, 2022, n° 232, p. 12. Selon l'auteur, la rédaction des clauses contractuelles (relatives aux prix, délais, pénalités et aux réexamens) par les acheteurs dans un contexte économique instable doit être faite avec vigilance pour éviter des risques liés à l'exécution du contrat. Selon l'auteur, les clauses relatives aux prix et à leurs révisions doivent être mûrement réfléchies du fait de l'intangibilité des prix dans les marchés publics. Les acheteurs auront tendance à se protéger en prévoyant des prix fermes ou des clauses butoirs (permettant à l'acheteur d'empêcher l'évolution du prix au-delà d'un seuil sans que le titulaire puisse s'y opposer), ou encore des clauses de sauvegarde (permettant à l'acheteur de résilier sans indemnité la partie non-exécutée des prestations lorsque le prix révisé dépasse la sauvegarde prévue). Les clauses de revoyure ou de rendez-vous devront être particulièrement envisagées dans les contrats de longue durée et indiquer les éléments du contrat pouvant être affecté par les renégociations comme le périmètre ou la durée du contrat, le prix ou les tarifs, ou les modalités de répartitions des investissements supplémentaires. Enfin, il peut être utile d'intégrer une clause de réexamen en cas de surcoûts dépassant un certain seuil permettant alors l'intégration par avenant d'un indice de révision du prix.

²³ Voir art. 54 CCAG-Travaux 2021 : *« En cas de circonstance que des parties diligentes ne pouvaient prévoir dans sa nature ou dans son ampleur et modifiant de manière significative les conditions d'exécution du marché, les parties examinent de bonne foi les conséquences, notamment financières, de cette circonstance. Le cas échéant, les parties conviennent, par avenant, des modalités de prise en charge, totale ou partielle, des surcoûts directement induits par cette circonstance sur la base de justificatifs fournis par le titulaire. Il est tenu compte, notamment : des surcoûts liés aux modifications d'exécution des prestations ; des conséquences liées à la prolongation des délais d'exécution du marché. Le titulaire est tenu de demander en temps utile qu'il soit procédé à des constatations contradictoires pour permettre au maître d'ouvrage d'évaluer les moyens supplémentaires effectivement mis en œuvre. Sont exclues de cette évaluation, les augmentations de prix prises en compte dans les index ou indices utilisés pour la révision des prix du marché. Les surcoûts pris en charge par le maître d'ouvrage peuvent faire l'objet d'une avance dans les conditions fixées par les documents particuliers du marché ou dans l'avenant conclu en application du présent article ».*

particuliers du marché et déterminer si ce retard ouvre droit à une rémunération complémentaire, ne saurait constituer une clause de rendez-vous²⁴.

En matière de concessions, l'incomplétude du contrat est plus caractérisée qu'en matière de marchés publics. Dès lors, des clauses de réexamen de portée plus ou moins générale sont insérées de manière quasi systématique aux contrats de concession.

Parfois il s'agit d'une clause générale par laquelle les parties s'engagent à se rencontrer dans le cas où l'équilibre du contrat est gravement compromis. Se retrouvent également des clauses de « revoyure » prévoyant des rencontres à l'issue d'une certaine durée d'exécution et/ou pour le cas où surviennent certaines évolutions économiques faisant l'objet d'une énumération. Dans certains cas, lorsqu'il est certain que les besoins évolueront en cours d'exécution, par exemple en matière de transports urbains, il s'agit d'une clause très précise prévoyant les modalités de modification du service.

§II. Les modifications non prévues par le contrat

Les modifications non prévues par le contrat comprennent les modifications de faibles montants (A.), les travaux, fournitures ou services supplémentaires devenus nécessaires (B.), les modifications pour circonstances imprévues (C.), les modifications non substantielles (D.) et la « quasi-modification » résultant de la théorie de l'imprévision (E.).

A. Les modifications de faibles montants

Sur le fondement des articles R. 2194-8 et R. 3135-8 du Code de la commande publique, les parties au contrat peuvent librement négocier une modification « sèche » de la durée, des prix ou tarifs ou des clauses d'évolution du prix initialement prévus au contrat de nature à compenser toute perte subie par le cocontractant, à la seule condition de respecter les seuils prévus à l'article précité, ainsi que les principes d'interdiction des libéralités, de bon emploi des

²⁴ DAJ, « Examen des causes et des conséquences sur le marché de maîtrise d'œuvre d'une augmentation de la durée du chantier supérieure à 10 % », 2022, consultée le 2 mars 2023, disponible en ligne à l'adresse suivante : https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/textes/guideCCAG/Fiche-2.1.6.-Augmentation-dur%C3%A9e-chantier-10%25.pdf?v=1663942746.

deniers publics et d'égalité devant les charges publiques²⁵. A notre connaissance, ces principes n'avaient jamais été rappelés à propos de la modification du contrat. *In fine*, en ajoutant de nouveaux principes et règles à respecter (à savoir l'égalité devant les charges publiques et l'interdiction des libéralités), le Conseil d'Etat « *risque de conforter les collectivités publiques dans cette réticence, faute de lignes directrices pour la mise en œuvre de ces principes, elles qui s'abritent encore trop souvent derrière de prétendues impossibilités juridiques* »²⁶. Plus encore, l'auteur relève une autre limite importante à la liberté contractuelle posée par le Conseil d'Etat et résultant d'une part d'aléa financier qui resterait obligatoirement à la charge du titulaire ou du concessionnaire dans la commande publique²⁷.

Néanmoins, des modifications mineures sont possibles sans qu'il soit nécessaire de passer un nouveau marché²⁸. Une telle modification peut permettre de s'adapter à l'instabilité

²⁵ Ce constat est intéressant en ce qu'il ne s'agit pourtant que d'une modification mineure du montant du marché. A ce propos, le point 12 de l'avis du Conseil d'Etat du 15 septembre 2022 précité précise : « *Dans le respect des limites en montant fixées par les dispositions précitées (articles R. 2194-8, R. 2194-9, R. 3135-8 et R. 3135-9), les parties sont libres de procéder, si elles le souhaitent d'un commun accord, à la compensation de toute perte subie par le cocontractant même si cette perte ne suffit pas à caractériser une dégradation significative de l'équilibre économique du contrat initial. Le Conseil d'Etat estime cependant qu'il incombe à l'autorité contractante de s'assurer, compte tenu de ses besoins propres, de la nécessité de telles modifications et d'éviter que, malgré leur faible montant, elles aient pour effet de compenser, même partiellement, la part de l'aggravation des charges qui n'excède pas celle que les parties avaient prévu ou auraient dû raisonnablement prévoir en contractant et qui devrait en conséquence rester à la charge de l'opérateur économique, en particulier du concessionnaire* ». En outre, concernant les dispositions de l'article R.2194-8 du Code de la commande publique, le Conseil d'Etat a jugé que « *il résulte de l'avenant litigieux qu'il porte la prime d'assurance pour la seule année 2022 de 2,65% à 3,048% du budget, soit une augmentation de 74 610,60 euros hors taxes, ce qui représente une augmentation de 5,01% du montant total du marché sur les trois années d'exécution. Cette augmentation porte ainsi sur un montant inférieur au seuil de 215 000 euros hors taxes et inférieur à 10 % du montant total du marché. Dès lors, il résulte de ce qui a été dit au point 3 que la SHAM n'est pas recevable à contester devant le juge du référé contractuel cet avenant en tant qu'il a modifié le prix du marché d'assurances initial.* » (CE, 16 mai 2022, Société hospitalière d'assurances mutuelles (SHAM), n° 459408).

²⁶ F. LICHERE, « La modification des contrats de la commande publique en cas de circonstances imprévisibles : entre liberté contractuelle et insécurité juridique », *art. cit.*

²⁷ *Ibid.* : « *Pour ce qui est des opérateurs économiques, l'augmentation de leurs dépenses ou la diminution de leurs recettes imputables à ces circonstances nouvelles doivent dépasser « les limites ayant pu raisonnablement être envisagées par les parties lors de la passation du contrat » pour pouvoir envisager une modification, même mineure.* »

²⁸ CCP, art. L2194-1, 6° et L. 3135-1, 6°, art. R. 2194-8 et 9 et R. 3135-8 et 9.

des prix²⁹, sans fausser les conditions de la mise en concurrence initiale³⁰. Ce « faible montant » correspond au montant que la modification représente. Le montant de la modification doit être inférieur à 10 % du montant du marché initial pour les marchés de services et de fournitures, à 15 % du montant du marché initial pour les marchés de travaux, ou à 10 % du montant du contrat de concession initial. En outre, le montant d'une telle modification ne peut dépasser les seuils européens³¹. Enfin, si plusieurs modifications successives sont effectuées, l'autorité contractante doit tenir compte de leur montant cumulé. Selon un auteur, dans un tel cas, la modification est réputée ne pas être substantielle³² mais il est préférable de dire que la question du caractère substantiel ou non de la modification ne se pose pas. D'ailleurs, le Conseil d'Etat dans son avis précité du 15 septembre 2022 admet la possibilité de cumuler les modifications de faible montant avec les modifications substantielles autorisées en cas de circonstances exceptionnelles, « *ce qui n'allait pas de soi* » comme le précise le Professeur François Lichère³³. Toutefois, le Professeur Jean-François Lafaix avait anticipé cet apport concernant notamment les circonstances imprévues³⁴.

Il conviendra cependant de rester vigilant pour que la nature globale du contrat ne soit pas modifiée. Ce peut être le cas si la commande initiale est remplacée par une commande différente ou que le type de marché ou de concession est fondamentalement modifié³⁵.

²⁹ A. BORDES, P.-A. ZALCBERG, « Modifications du marché public en période de volatilité des prix : points d'attention », *CP*, 2022, n° 232, p. 39 : « *« Indépendamment de l'application de la théorie de l'imprévision, et davantage encore dans le contexte exceptionnel de volatilité des prix, une modification « de faible montant » paraît pouvoir s'envisager. [...] Même en considérant la modification du prix ou de la clause de révision comme substantielle en application du principe d'intangibilité des prix précité [ndlr : l'article a été publié avant l'avis du Conseil d'Etat en date du 15 septembre 2022], vu que la modification de faible montant est toujours possible sans avoir à vérifier si elle est substantielle ou non, on peut tout à fait admettre un ou plusieurs avenant(s) sur ce fondement si les conditions [...] pour y recourir sont remplies.* » Les auteurs ajoutent que dans les avenants fondés sur une modification de faible montant motivée par des circonstances exceptionnelles temporaires doivent prévoir « *[p]our garantir la sécurité économique de l'acheteur public, [...] des conditions de retour aux conditions de prix initiales* » et donc « *une clause de « rendez-vous » obligeant les parties à se retrouver pour discuter du sujet* ».

³⁰ J. MARTIN, C. VAYSSE et P. VILLENEUVE, « Regards croisés sur la hausse du coût des approvisionnements dans la commande publique. L'éternel recommencement ? », *JCP A*, 2022, 2217.

³¹ J.-F. LAFAIX, « Modification du contrat », in *Encyclopédie du droit de la commande publique*, éd. EFE, 2019. Selon cet auteur, « *il résulte encore des considérants des directives que le dépassement des seuils n'entraîne pas automatiquement l'illégalité de la modification* ».

³² J. MARTIN, « La hausse du coût des approvisionnements dans la commande publique : une liberté attendue après l'avis du Conseil d'Etat », *JCP A*, n° 40, 2022, 2276.

³³ F. LICHERE, « La modification des contrats de la commande publique en cas de circonstances imprévisibles : entre liberté contractuelle et insécurité juridique », *JCP E*, n° 41, 2022, 1335.

³⁴ J.-F. LAFAIX, « Modification du contrat », in *Encyclopédie du droit de la commande publique*, op.cit. Selon l'auteur, « *il faut alors que la modification puisse être fondée sur une autre hypothèse, c'est-à-dire sur celle relative aux modifications non substantielles, des prestations devenues nécessaires ou des circonstances extérieures imprévues initialement.* ».

³⁵ Dir. 2014/23/UE, cons. 76 ; Dir. 2014/24/UE, cons. 109.

En outre, une précaution doit être prise en pratique dans l'utilisation de ce cas de modification. S'il permet de conclure librement toute modification sans qu'il soit nécessaire de la motiver, une limite importante est à garder à l'esprit : son épuisement qui rend impossible toute recharge du mécanisme. En effet, il s'avère nécessaire de prendre en compte le montant cumulé de toutes les modifications de faible montant pour calculer le pourcentage d'évolution. L'utilisation de cette disposition doit être réservée aux hypothèses dans lesquelles les autres cas de modifications autorisées ne sont pas applicables. Car une fois le pourcentage atteint, il ne sera plus possible d'y recourir. Il convient donc d'éviter tout empressement à l'utiliser même si la tentation d'y recourir est réelle. Par conséquent, avant d'opter pour ce type de modification qui n'est valable qu'à hauteur des limites réglementaires, il convient de rechercher si d'autres cas de modification pourraient s'appliquer à la situation.

La modification de faible montant, comme la modification pour circonstance imprévue, peut prendre la forme d'une prolongation du contrat. A ce propos, le Conseil d'Etat dans son avis susmentionné précise que :

« les dispositions du code de la commande publique, notamment celles de son article R. 2112-4 citées au second alinéa du point 3, ne font pas non plus obstacle à la modification de la seule durée du marché ou du contrat de concession. Ainsi, des prolongations du contrat, sans nouvelle procédure de mise en concurrence, sont possibles si elles peuvent être regardées, au sens des dispositions citées aux points 1 et 2, comme des modifications rendues nécessaires par des circonstances imprévisibles ou des modifications non substantielles ou de faible montant. Le Conseil d'Etat relève néanmoins la difficulté pratique qui tient à la nécessité d'évaluer une durée en proportion du montant initial du contrat afin de s'assurer, le cas échéant, du respect des plafonds imposés par ces dernières dispositions »³⁶.

La question du calcul peut être délicate en effet avec notamment la prolongation des concessions. La soumission de ces dernières à des obligations de publicité et de mise en concurrence ne date que des années 1990. Il arrive que des concessions aient été signées bien avant et aient fait l'objet de multiples avenants, par exemple dans le domaine autoroutier. Le calcul du seuil de 10 % (ou de 50 % pour les pouvoirs adjudicateurs en cas de circonstances imprévues ou de travaux, fournitures ou services devenus nécessaires) doit se faire, en théorie, au regard du montant initial du contrat. Mais cela n'a guère de sens pour des concessions signées

³⁶ CE, avis contentieux, 15 sept. 2022, *précité*, cons. 7.

bien avant les obligations de publicité et de mise en concurrence et qui ont pu faire l'objet d'avenants augmentant considérablement le montant du contrat avant ces obligations. Aussi, la Commission européenne a pu admettre, à propos d'une prolongation d'une concession autoroutière, que le point de départ du calcul du montant, autrement dit le « montant initial » puisse être la valeur du contrat à la date du 31 décembre 1997, à l'occasion de sa décision sur le plan de relance autoroutier³⁷. Cette date n'est pas pleinement justifiée par la Commission, cette dernière se contentant d'expliquer qu'« *avant cette date il n'est pas possible de définir une 'concession initiale', ni de calculer une valeur de référence pour un « montant » de la concession au sens de la directive 2014/23/UE* ».

Il est à noter que le Conseil d'Etat a évité de se prononcer sur la question lorsqu'il a admis la légalité du même plan de relance autoroutier. Dans son arrêt du 23 décembre 2016, la Haute juridiction administrative s'est bornée à constater que le montant des travaux en cause n'était pas supérieur à 50 % du montant des travaux initiaux, sans préciser les modalités de ce calcul³⁸. Dans ses conclusions sur cet arrêt, le rapporteur public Olivier Henrard indique que « *le montant des travaux supplémentaires est marginal par rapport à celui des contrats initiaux, quels que soient les points de départ des concessions pris comme références* ». On doit néanmoins admettre que le Conseil d'Etat n'a pas pu prendre comme point de départ la signature des contrats de concessions autoroutières initiales dans la mesure où le seuil de 50 % aurait certainement été atteint.

La décision de la Commission précitée, comme d'autres affaires de prolongation de concession, présente également un intérêt d'un point de vue procédural, peut-être parfois négligé en pratique. Une modification de contrat, qu'elle prenne la forme d'une prolongation ou non, peut, dans certains cas, être qualifiable d'aide d'Etat, sauf à répondre aux critères de la jurisprudence *Altmark* ou être inférieur au seuil *de minimis*. En pareil cas, le projet d'avenant doit alors faire l'objet d'une autorisation préalable par la Commission européenne. A cette occasion et en vertu du point 19 de l'encadrement « *applicable aux aides d'État sous forme de compensation de service public* » du 20 décembre 2011, la Commission procède alors non seulement à l'examen de la compatibilité de l'aide avec le droit de l'Union mais également de la conformité de la modification au regard du droit des marchés publics ou des concessions. Il

³⁷ C(2014) 7850 final.

³⁸ CE, 23 déc. 2016, *M. E et autres c/ société des autoroutes Rhône Alpes*, n° 397096 : J. Martin et G. Pellissier, « Les délégations de service public », *JCPA*, Février 2017, n° 5, p. 23 à 27 ; H. Hoepffner, « Concessions d'autoroutes : l'adossement, retour vers le futur ? », *Contrats et Marchés publics*, Février 2018, n° 2, p. 5 à 16 ; J. Bakkalian, « Plan de relance autoroutier : le Conseil d'État valide les avenants aux concessions », *Le Moniteur*, [En ligne], publié le 5 décembre 2017.

existe toute une série de décisions de qui ont pu admettre des modifications de contrats de la commande publique à cette aune, soit parce qu'elle a estimé que la modification n'était pas substantielle, soit parce qu'elle était justifiée au regard de circonstances imprévisibles ou de travaux devenus nécessaires.

B. Les travaux, fournitures ou services supplémentaires devenus nécessaires

Un marché ou une concession peut être modifié lorsque des travaux, fournitures ou services supplémentaires sont devenus nécessaires³⁹, comme le prévoient les directives européennes⁴⁰ et le Code de la commande publique⁴¹. Plusieurs conditions cumulatives doivent être réunies pour que la modification soit rendue possible. Tout d'abord, la modification doit être nécessaire à la poursuite de l'exécution du contrat. Ensuite, les prestations supplémentaires peuvent être confiées au cocontractant *« à la condition qu'un changement de titulaire 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 achetés dans le cadre du marché initial »* (CCP, art. R. 2194-2 pour les marchés)⁴². Lorsque le marché ou la concession est conclu par un pouvoir adjudicateur, le montant de la modification ne peut être supérieur à 50 % du montant du contrat initial. Pour les entités adjudicatrices, la modification est licite quel qu'en soit le montant⁴³. Enfin, les modifications

³⁹ Les prestations devenues nécessaires n'ont donc pas à être imprévisibles au moment de la signature du contrat.

⁴⁰ Dir. 2014/24/UE, art. 72 ; Dir. 2014/25/UE, art. 89 ; Dir. 2014/23/UE, art. 43.

⁴¹ CCP, art. L. 2194-1 et L. 3135-1, art. R. 2194-2 à 4 et R. 3135-2 à 5.

⁴² Les directives énoncent que le changement de titulaire ou de concessionnaire doit aussi présenter un inconvénient majeur ou entraîner une multiplication substantielle des coûts pour le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice.

⁴³ Selon Jean-François Lafaix, *« pour les marchés publics, le calcul du montant de la modification doit tenir compte de la mise en œuvre de la clause de variation des prix éventuellement prévue (art. R. 2194-4). Pour les concessions, le montant actualisé du contrat de concession initial est le montant de référence lorsque le contrat de concession comporte une clause d'indexation. Dans le cas contraire, le montant actualisé du contrat de concession initial est calculé en tenant compte de l'inflation moyenne (art. R. 3135-4). Par ailleurs, lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, la limite de 50 % du montant du contrat initial s'applique au montant de chaque modification et non à leur montant cumulé. En définissant ainsi un seuil garanti assez généreux, qui ne s'applique en outre pas aux entités adjudicatrices, les textes permettent d'intégrer des évolutions importantes des prestations. Mais, compte tenu précisément des larges possibilités ici offertes, les exigences de nécessité des prestations supplémentaires et d'impossibilité de changer l'entreprise évoquées précédemment n'en apparaissent que plus strictes. La lecture des dispositions des directives et du code conduit à considérer le seuil de 50 % du coût initial comme un plafond. Autrement dit, le seuil est ici maximal. Pourtant, les considérants des directives évoquent, au contraire, des « seuils minimaux » et ajoutent qu'il « devrait être possible d'apporter au marché des modifications allant au-delà de ces seuils sans devoir recourir à une nouvelle procédure de passation de marché, pour autant que lesdites modifications respectent les conditions pertinentes énoncées dans la présente directive » (v. supra). Mais, précisément, les conditions pertinentes fixent des seuils maximaux »* (Dossier sur la modification des marchés publics et des concessions, Encyclopédie du Droit de la commande publique).

successives ne doivent pas avoir pour objet de contourner les obligations de publicité et de mise en concurrence.

Le Conseil d'Etat ne s'est prononcé qu'une fois sur cette hypothèse de travaux devenus nécessaires, dans l'arrêt précité du 23 décembre 2016 à propos du plan de relance autoroutier. Il a jugé que :

« Il ressort des pièces des dossiers, d'une part, que les travaux en cause, dont le montant n'est pas supérieur à 50% du montant des contrats initiaux, ont pour objet soit de répondre aux risques liés à l'accroissement du trafic, soit d'améliorer la sécurité routière, qu'ils répondent ainsi à des besoins d'intérêt général et qu'ils sont devenus nécessaires pour assurer l'exploitation des concessions et, d'autre part, qu'un changement de concessionnaire serait impossible du fait des liens étroits entre les équipements concernés et les biens et services concédés et de nature à entraîner, pour l'Etat, une augmentation substantielle des coûts en raison des indemnités qui seraient dues ».

Ce dernier point est original en ce que ce n'est pas seulement le surcout éventuel lié au remplacement du concessionnaire en place qui est pris en compte mais également l'indemnité qu'il faudrait verser au concessionnaire sortant du fait d'une résiliation anticipée.

Un avis et deux décisions ont aussi illustré cette notion. L'avis du Conseil d'État du 21 juin 2011 relatif à la traversée de Toulon et à l'autoroute A40 a considéré que les ouvrages envisagés *« ne (présentaient) pas d'autonomie fonctionnelle par rapport aux autoroutes dont ils sont le prolongement »*, permettant *« pour la traversée de la ville une continuité du trafic autoroutier dans les deux sens de la circulation »* et présentaient *« un caractère inséparable techniquement et économiquement des ouvrages concédés »*⁴⁴. Une décision de la Commission du 21 novembre 2019 a admis la conformité à la directive 2014/23 des travaux d'extension du tunnel autoroutier Prado-Carénage à Marseille par la réalisation d'une bretelle d'accès et de sortie au tunnel comme autant de travaux devenus nécessaires⁴⁵ et c'est sur ce même motif que le plan de relance autoroutier a été admis par la Commission⁴⁶. En revanche, à l'occasion d'un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne en date du 18 septembre 2019⁴⁷, un avocat

⁴⁴ Cité in Hélène HOEPFFNER, « Concessions d'autoroutes : l'adossement, retour vers le futur ? », *Contrats et Marchés publics*, Février 2018, n° 2.

⁴⁵ C(2019) 8198 final.

⁴⁶ C(2014) 7850 final.

⁴⁷ CJUE, 18 sept. 2019, *Commission c/ Italie*, aff. C-526/17.

général a pu rejeter cette hypothèse dans le cas d'une prolongation d'une concession au motif que « *Les modifications substantielles ayant eu lieu entre 1999 et 2009 ne portaient pas sur l'objet des travaux initiaux à entreprendre par le concessionnaire, mais sur le délai imparti à SAT pour en tirer des bénéfices après leur achèvement* »⁴⁸. L'arrêt se borne à indiquer que la prolongation d'une concession autoroutière de dix-huit ans supplémentaire est une modification substantielle illégale.

Il est à noter que cette hypothèse de modification était, sous l'empire du Code des marchés publics de 2006 (art. 35.II.5°), une hypothèse de marché sans publicité ni mise en concurrence. La formulation était néanmoins différente puisqu'elle ajoutait l'exigence d'une circonstance imprévue mais semblait moins exigeante quant aux conséquences d'un éventuel changement de titulaire⁴⁹. Aussi, il n'est guère d'intérêt de regarder comment la jurisprudence avait appliqué cette hypothèse avant l'entrée en vigueur des nouvelles directives de 2014.

C. Les modifications pour circonstances imprévues

Il est des cas où l'Administration contractante ne pouvait prévoir certaines circonstances extérieures au moment de l'attribution du contrat⁵⁰. Elle doit alors pouvoir disposer d'une certaine marge de manœuvre afin d'adapter le contrat à ces circonstances sans engager de nouvelle procédure de passation et indépendamment de l'éventuelle indemnité d'imprévision⁵¹. Ainsi, le Code de la commande publique prévoit que les modifications « *rendues nécessaires par des circonstances* » qu'une autorité contractante diligente ne pouvait prévoir sont

⁴⁸ Conclusions sur CJUE, 18 sept. 2019, Commission c/ Italie, C-526/17 ; BJCP, 2020, n°128, 41, concl. Sharpston ; Ctts et MP, 2019, n°12, 33, note Hoepffner et 2020, n°2, 5, chron. Eckert ; JCP A, 2020, n°5, 9, chron. Martin, Pellissier et Vila ; RTDE, 2020, 363, chron. Durviaux ; Europe, 2019, n°11, comm. 434.

⁴⁹ Code des marchés publics (2006), art. 35.II.5° : « *Les marchés complémentaires de services ou de travaux qui consistent en des prestations qui ne figurent pas dans le marché initialement conclu mais qui sont devenues nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue, à l'exécution du service ou à la réalisation de l'ouvrage tel qu'il est décrit dans le marché initial, à condition que l'attribution soit faite à l'opérateur économique qui a exécuté ce service ou réalisé cet ouvrage :*

a) *Lorsque ces services ou travaux complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché principal sans inconvénient majeur pour le pouvoir adjudicateur ;*

b) *Lorsque ces services ou travaux, quoiqu'ils soient séparables de l'exécution du marché initial, sont strictement nécessaires à son parfait achèvement ».*

⁵⁰ Tel peut être le cas, par exemple, de la hausse des prix des matières premières et des matériaux actuelles. Voir en ce sens : A. BORDES et P.-A. ZALCBERG, « Modifications du marché public en période de volatilité des prix : points d'attention », *CP*, 2022, n° 232, p. 39. Les auteurs proposent de prévoir des clauses de retour aux clauses initiales une fois l'évènement imprévu terminé.

⁵¹ P. REINE, « La théorie de l'imprévision est-elle toujours applicable ? », *CP*, 2018, n° 183, p. 27. Selon l'auteur, la modification du contrat sur le fondement des circonstances imprévues vient concurrencer la théorie de l'imprévision.

autorisées⁵². Dans son avis précité du 15 septembre 2022, le Conseil d'Etat considère que ces dispositions autorisent une modification d'un contrat de la commande publique ne portant que sur le prix, les tarifs, les conditions d'évolution des prix ou les autres clauses financières, sans que cette modification ne soit liée à une modification des caractéristiques et des conditions d'exécution des prestations, lorsqu'elle est rendue nécessaire par des circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir, dans le but de compenser les surcoûts imprévisibles supportés par le cocontractant⁵³. Cette modification « sèche » des conditions financières peut notamment consister en la modification du prix d'un marché (ou des tarifs dans une concession), qu'il soit forfaitaire ou unitaire, ou, comme il a déjà été dit, des clauses de révision des prix convenues initialement au contrat si leur application ne suffit pas à opérer la compensation voulue, ou si la clause s'avère inadaptée, ou intégrer une telle clause si elle n'était pas prévue initialement. Une modification pour circonstances imprévisibles peut être envisagée par les parties sur le fondement de l'article R. 2194-5 ou R. 3135-5 du Code de la commande publique, alors même qu'elle serait substantielle au sens de son article R.2194-7 ou R.3135-75⁵⁴ ou par la seule personne publique en cas de contrat administratif.

En premier lieu, la modification doit être nécessaire. La condition de nécessité peut, ici, s'entendre comme le fait, pour l'autorité contractante et au regard de la situation imprévisible à laquelle elle est confrontée, de devoir apporter des modifications au contrat initial pour parvenir à la réalisation de l'objet du contrat, c'est-à-dire du projet.

En deuxième lieu, les circonstances qui rendent la modification nécessaire doivent être imprévisibles, c'est-à-dire qu'un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice, bien qu'ayant fait preuve de diligence lors de la préparation de l'attribution initiale, n'aurait pu anticiper la survenance de telles circonstances⁵⁵. En effet, selon le considérant 109 de la directive européenne sur la passation des marchés publics 2014/24/UE du 26 février 2014 :

« Les pouvoirs adjudicateurs peuvent se trouver confrontés à des circonstances extérieures qu'ils ne pouvaient prévoir au moment de l'attribution du marché, notamment lorsque l'exécution de celui-ci s'étend sur une plus longue période. Dans un tel cas, une certaine marge de manœuvre est nécessaire pour pouvoir adapter le marché à ces circonstances sans engager de nouvelle procédure de

⁵² CCP, art. L2194-1, 3° et L. 3135-1, 3°, art. R. 2194-5 et R. 3135-5.

⁵³ CE, avis, 15 sept. 2022, précité, point 4 à 6.

⁵⁴ *Ibid.* point 15.

⁵⁵ Dir. 2014/23/UE, cons. 76 ; Dir. 2014/24/UE, cons. 109.

passation de marché. Les circonstances imprévisibles 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. Toutefois, cette définition ne saurait s'appliquer en cas de modification altérant la nature de l'ensemble du marché, par exemple lorsque les travaux, fournitures ou services faisant l'objet du marché sont remplacés par une commande différente ou que le type de marché est fondamentalement modifié, puisque l'on peut, dans ce cas, présumer que cette modification serait de nature à influencer éventuellement sur l'issue du marché. »

Cet article fait référence à certains usages pour définir les circonstances imprévues, comme par exemple les « *bonnes pratiques du secteur* »⁵⁶ ou « *la nécessité de mettre en adéquation les ressources consacrées à la préparation de l'attribution du marché et la valeur prévisible de celui-ci* »⁵⁷. Sans surinterpréter l'absence de la référence à ses usages dans l'avis du Conseil d'Etat susmentionné, il est tout de même possible de s'interroger sur le fait de savoir s'ils doivent, ne doivent pas, ou peuvent, être pris en considération dans un contexte français. Il en va de même des « *moyens mis à sa disposition* », qui laissent augurer une appréciation différente selon la taille des autorités contractantes.

En troisième lieu, la modification ne doit pas changer la nature globale du contrat⁵⁸. En outre, toute augmentation du prix du marché ou du montant de la concession ne doit pas être supérieure à 50 % de la valeur du contrat initial pour les pouvoirs adjudicateurs, cette limite ne s'appliquant pas aux contrats des entités adjudicatrices. Enfin, les modifications consécutives ne doivent pas viser à contourner les obligations de publicité et de mise en concurrence. Dans cette continuité, un avis de modification du marché public doit être publié au *Journal officiel de l'Union européenne* – l'objectif étant d'assurer la transparence des procédures, tout comme pour les travaux, fournitures ou services devenus nécessaires⁵⁹.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ Dir. 2014/23/UE, cons. 76.

⁵⁹ CCP, art. R. 2194-10 pour les marchés publics et art. R. 3135-10 pour les concessions .

En définitive, ces conditions sont assez généreuses quant au champ d'application et à l'ampleur de la modification admise, ce qui devrait permettre d'intégrer la jurisprudence administrative sur les sujétions imprévues ou l'imprévision⁶⁰, dans l'hypothèse où la Cour de justice de l'Union européenne ne devait pas suivre l'avis du Conseil d'Etat quant à l'absence de modification du contrat en cas d'indemnité d'imprévision.

Si l'avis consultatif précité du Conseil d'Etat consacre la liberté contractuelle de modifier le prix ou les tarifs des contrats de la commande publique (modifications sèches) en cas de circonstances imprévisibles, c'est sous réserve de respecter les dispositions du Code de la commande publique, le bon emploi des deniers publics, l'égalité devant les charges publiques et l'interdiction des libéralités (règles nouvelles ajoutées par le Conseil d'Etat). Certes, si le principe du caractère ferme du prix des marchés publics ou des tarifs des concessions demeure, des dérogations peuvent être admises en cas de circonstances imprévisibles pouvant emporter d'ailleurs des modifications substantielles ; le Conseil d'Etat estimant à juste titre que les directives de 2014 ont apporté plus de flexibilité dans le régime de modification contractuelle en précisant les décisions *Pressetext* et *Wall AG*.⁶¹ Un auteur relève avec étonnement une interprétation *praeter legem* du Conseil d'Etat au regard tant des directives que du Code de la commande publique lorsqu'il affirme la soumission des pouvoirs adjudicateurs à la limite du seuil de 50 % pour les modifications en cas de circonstances imprévisibles, y compris pour les modifications qui ne seraient pas substantielles alors que le texte du code, issu de la directive, précise que les modifications non substantielles se font « *quel que soit leur montant* »⁶².

L'analyse de l'avis du Conseil d'Etat du 15 septembre 2022 concernant les modifications pour circonstances imprévues peut aussi être mise en perspective avec des éléments de contexte, notamment par renvoi aux CCAG de 2021 qui stipulent l'examen de bonne foi par les parties des conséquences financières et techniques de ces circonstances et, le cas échéant, de la possibilité de conclure un avenant permettant d'organiser les modalités de prise en charge totale ou partielle des surcoûts induits⁶³.

⁶⁰ L. RICHER, F. LICHERE, *Droit des contrats administratifs*, préc., p. 277 ; F. LLORENS, P. SOLER-COUTEAUX, « La théorie administrative de l'imprévision est-elle dépassée ? », *CMP*, mars 2018, repère n° 3.

⁶¹ Les directives de 2014 ayant apporté plus de flexibilité dans le régime de modification contractuelle en précisant les décisions *Pressetext* et *Wall AG*.

⁶² F. LICHERE, « La modification des contrats de la commande publique en cas de circonstances imprévisibles : entre liberté contractuelle et insécurité juridique », *art. cit.*

⁶³ J. MARTIN, « La hausse du coût des approvisionnements dans la commande publique : une liberté attendue après l'avis du Conseil d'Etat », *JCP A*, n° 40, 2022, 2276.

Point de droit comparé⁶⁴ : L'Allemagne, l'Autriche et le Danemark ont fidèlement transposé les dispositions des directives européennes, en reprenant également le considérant 109 de la directive 2014/24/UE, relatives aux modifications en cas de circonstances qui n'auraient pas pu être prévues même par une préparation raisonnablement diligente de l'attribution initiale par le pouvoir adjudicateur compte tenu des ressources dont il dispose, de la nature et des caractéristiques du projet, de la pratique coutumière et établie dans le domaine concerné, et de la nécessité d'assurer un rapport raisonnable entre les ressources utilisées pour préparer l'attribution et les avantages attendus.

En Espagne, la limite des 50 % concerne la somme de l'ensemble des modifications successives apportées à un marché, et ne se limite donc pas à chaque modification prise isolément les unes des autres.

En Italie, la notion de circonstance imprévue est objectivée : elle ne se réfère aucunement à l'autorité diligente ou à la préparation diligente du marché de sorte mais fait, par exemple, entrer dans le champ d'application de cette disposition toute nouvelle loi ou réglementation, ou toute mesure édictée par une autorité en charge de protéger l'intérêt général. De plus, la démonstration d'erreur ou d'omission de la part d'un pouvoir adjudicateur ou d'une entité adjudicatrice italienne lors de la préparation du marché ne saurait empêcher une modification pour circonstance imprévue. Cette dernière approche italienne n'est pas sans soulever quelques interrogations quant à sa compatibilité avec les directives européennes de 2014. La Cour de justice de

⁶⁴ Pour en savoir plus, voir la Partie 2 sur le droit comparé.

l'Union européenne n'a pas encore eu à se prononcer sur cette
compatibilité à ce jour.

D. Les modifications non substantielles

Si les modifications du contrat, quel que soit leur montant, ne sont pas substantielles, les directives européennes⁶⁵ et le Code de la commande publique⁶⁶ les autorisent sans nouvelle procédure de mise en concurrence et sans limitation de montant. Initialement, la notion de modification substantielle reposait, dans la première version de la transposition de la directive européenne 2014/23/UE présente dans le décret du 25 mars 2016, sur la « *nature globale* » du contrat. Mais une telle transposition était erronée puisqu'il peut y avoir des modifications substantielles légales et que le changement de nature globale est seulement une limite générale à toute modification et ne peut donc servir à définir ce qu'est une modification substantielle. La transposition n'avait donc pas pris acte de l'assouplissement par les directives de 2014 de la position retenue par la CJUE dans son arrêt *Presstext*, pour qui toute modification substantielle était illégale⁶⁷. Le Code de la commande publique n'a pas repris cette référence à la nature globale et se contente, pour illustrer la notion de modification substantielle, de reprendre les exemples de la Directive qui a elle-même repris celles de l'arrêt *Presstext*. Selon la Cour de justice et le Code de la commande publique, les modifications substantielles sont celles qui introduisent des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux qui ont été initialement admis ou qui auraient permis de retenir une offre autre que celle qui a été initialement retenue, ou encore des modifications qui étendent le marché, dans une mesure importante, à des prestations non initialement prévues, ou aussi des modifications qui changent l'équilibre économique du contrat en faveur de l'attributaire du marché d'une manière qui n'était pas prévue dans les termes

⁶⁵ Dir. 2014/24/UE, art. 73 ; Dir. 2014/25/UE, art. 89 ; Dir. 2014/23/UE, art. 43.

⁶⁶ CCP, art. L2194-1, 5° et L. 3135-1, 5°, art. R. 2194-7 et R. 3135-7.

⁶⁷ Désormais, sous l'égide des directives de 2014, la Cour retient que seules les modifications substantielles non-autorisées par les directives sont illégales. En ce sens, voir CJUE, 14 mai 2020, *T-Systems Magyarország Zrt. et BKK Budapesti Közlekedési Központ Zrt. c. Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság*, aff. C-263/19, point 61 : « Quant à l'article 89, paragraphe 5, de cette directive, celui-ci rend obligatoire l'organisation d'une nouvelle procédure de passation de marché pour des modifications des dispositions d'un marché public autres que celles prévues aux paragraphes 1 et 2 de cet article. Il s'ensuit que l'organisation d'une nouvelle procédure de passation de marché est requise pour des modifications qui présentent des caractéristiques substantiellement différentes de celles du marché initial et qui sont, en conséquence, de nature à démontrer la volonté des parties de renégocier les termes essentiels de ce marché (voir, par analogie, arrêts du 19 juin 2008, *presstext Nachrichtenagentur*, C-454/06, EU:C:2008:351, point 34, et du 29 avril 2010, *Commission/Allemagne*, C-160/08, EU:C:2010:230, point 99). »

du marché initial⁶⁸. Il s'agit d'une position constante de la Cour de justice⁶⁹ suivie par le Conseil d'Etat⁷⁰.

Le Code de la commande a repris ces exemples, même si pour les marchés il entend « *de modifier considérablement l'objet* » au titre du troisième exemple à l'article R. 2194-7. Une telle formulation est préférable à celle de l'article R 3135-7 qui n'évoque qu'une « *extension considérable du champ d'application* » de la concession alors qu'une réduction de son champ peut très bien caractériser une modification substantielle, sans qu'il soit besoin de prouver que soit l'équilibre économique est plus favorable, cela aurait pu attirer davantage de concurrents.

Pour la directive, ces exemples reviennent à s'interroger systématiquement sur le fait de savoir si la modification rend le contrat « *sensiblement différent par nature* » de celui conclu au départ. Si tel est le cas, la modification pourrait être considérée comme substantielle, alors même qu'elle ne correspondrait pas à une des trois hypothèses présentement évoquées qui ne sont données qu'à titre d'exemples. Malgré cela, ces exemples doivent être expliqués.

En premier lieu, une modification pourrait être substantielle lorsqu'elle introduirait des 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 offre autre que celle retenue. Une telle hypothèse, liée à la définition des besoins de l'autorité contractante, revient à se demander si la modification porte sur les conditions essentielles du contrat⁷¹ correspondant alors à « *l'étendue et au contenu des droits et obligations réciproques des parties* »⁷². Il serait ainsi préférable que les caractéristiques essentielles du contrat soient préalablement et clairement déterminées, par exemple en matière de sources et de volume de la rémunération, de durée, d'attribution de droits de propriété intellectuelle, de délais d'exécution, de garanties ou responsabilités. Même si le Conseil d'Etat n'y a pas fait référence expressément, on peut penser que tel était le cas dans l'affaire jugée par le Conseil d'Etat le 15 novembre 2017 lorsque la ville d'Aix-en-Provence a décidé de réduire la concession de gestion des parkings aux seuls parkings de surface en ôtant donc la gestion des

⁶⁸ CJCE, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH c/ Republik Österreich*, aff. C-454/06.

⁶⁹ CJCE, 19 juin 2008, *Pressetext, précité* ; CJUE, 29 avr. 2010, *Commission c. Allemagne*, aff. C-160/08 ; CJUE, 7 sept. 2016, *Finn Frogne A/S*, aff. C-549/14 ; CJUE, 14 mai 2020, *T-Systems Magyarország Zrt.*, précité.

⁷⁰ CE, 9 mars 2018, *Compagnie des parcs et passeurs du Mont-Saint-Michel*, no 409972 ; *AJDA* 2018. 1104, note Hoepffner ; *CMP* 2018. 120, note Eckert.

⁷¹ Dir. 2014/23/UE, cons. 75 ; Dir. 2014/24/UE, cons. 107.

⁷² *Idem*.

parkings souterrains. Peut-être qu'une telle concession aurait pu intéresser des prestataires à l'assise financière insuffisante pour gérer les deux types de parkings⁷³.

En deuxième lieu, une modification pourrait être substantielle lorsqu'elle modifie l'équilibre économique du contrat en faveur du titulaire d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché initial. Une telle modification pourrait se produire lorsque les parties changent le mode ou le montant de la rémunération de l'entreprise⁷⁴. Il convient de noter que les directives européennes et le code ne qualifient pas spécialement l'ampleur de l'avantage retiré par l'entreprise⁷⁵. Ainsi, le simple fait que la modification se fasse en faveur de l'entreprise suffit. Selon certains auteurs, il semble « évident que ne sont visées par ces dispositions que les modifications d'une certaine importance »⁷⁶ ou que « la modification d'un équilibre appellera la prise en considération d'un critère d'importance de la modification »⁷⁷. En outre, dans son arrêt en date du 9 mars 2018, *Commune du Mont-Saint-Michel*, le Conseil d'Etat a jugé que la modification opérée par l'avenant litigieux est substantielle dans la mesure où les hausses de tarifs (comprises entre 31 % et 48 %) « allaient (...) au-delà de la compensation des augmentations de charges liées aux modifications des obligations du délégataire convenues » dont des investissements et charges d'exploitation supplémentaires résultant du changement de point de départ des navettes, et se traduit in fine « par une augmentation de plus d'un tiers des recettes »⁷⁸. En outre, comme le souligne le rapporteur public dans ses conclusions sur cette affaire :

« Contrairement à ce que soutient la société requérante, la cour ne s'est pas fondée sur la seule augmentation des tarifs pour la qualifier de substantielle mais a au contraire, comme nous l'avons dit, relevé la part qu'elle représentait dans les recettes de l'exploitation du service. Et cette part, ce n'est d'ailleurs pas contesté, était bien de nature à modifier l'équilibre général du contrat »⁷⁹.

⁷³ CE, 15 nov. 2017, *SEMEPA*, n° 409728.

⁷⁴ Dès lors, une modification qui conduit à requalifier le contrat (par exemple une concession en marché) sera assurément substantielle parce qu'elle change l'équilibre économique du contrat, mais pas nécessairement en faveur de l'entreprise.

⁷⁵ Il n'est pas précisé que l'avantage doit être sensible, important ou considérable, alors que cela est précisé pour d'autres cas.

⁷⁶ N. SYMCHOWICZ, R. LAURET, « La question de la modification des marchés publics dans les nouvelles directives », *BJCP*, n° 95, juil.-août 2014, p. 265-266.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ CE, 9 mars 2018, *Commune du Mont-Saint-Michel*, n° 409972.

⁷⁹ Concl. Rapp. Pub., sur CE, 9 mars 2018, *Commune du Mont-Saint-Michel*, n° 409972.

En dernier lieu, une modification est substantielle lorsqu'elle modifie considérablement l'objet du marché ou le champ d'application de la concession. Dans son arrêt *Commune d'Aix-en-Provence* en date du 15 novembre 2017 précité, le Conseil d'Etat évoque l'ampleur de la modification, ce qui semble renvoyer à une modification du champ d'application, même à la baisse. Comme l'indiquent des commentateurs⁸⁰, le raisonnement du Conseil d'Etat est compréhensible sur ce point, tant il n'est pas sans rappeler l'arrêt *Finn Frogne*⁸¹ à propos d'une transaction qui équivalait en fait une réduction du périmètre du contrat initial.

Point de droit comparé⁸² : A l'inverse de la majorité des Etats européens, l'Allemagne et l'Autriche rejettent toute modification substantielle au profit d'une nouvelle procédure de passation. A ce titre, une modification est considérée comme substantielle dès lors que le contrat modifié diffère « considérablement » du contrat initial, c'est-à-dire lorsque les modifications concernent des conditions essentielles du marché ou de la concession et attestent la volonté des parties de renégocier le contrat initial. La détermination d'une modification substantielle s'effectue par élimination à travers un « test de substantialité ». Si la modification entre dans un des cas autorisés, alors sa validité est reconnue. Au contraire, si tel n'est pas le cas, la modification sera qualifiée de substantielle.

E. La quasi-modification résultant de la théorie de l'imprévision

L'expression « quasi-modification », utilisée dans ce rapport de la Chaire, traduit la volonté de désigner les cas d'indemnisation en matière d'imprévision au sens où l'entend le Conseil d'Etat dans son avis susmentionné du 15 septembre 2022, qui ne considère pas la théorie de l'imprévision comme étant une modification du contrat. L'étude de la quasi-

⁸⁰ C. CHAMARD-HEIM et F. LICHERE, « Validité d'une promesse de vente de biens du domaine antérieure à l'ordonnance domaniale et modification illégale d'une concession », note sous CE, ord. 15 nov. 2017, *Commune d'Aix-en-Provence et SEMEPA*, n° 409728, *JCP A*, 2017, comm. 2320.

⁸¹ CJUE, 7 sept. 2016, *Finn Frogne A/S*, aff. C-549/14.

⁸² Pour en savoir plus, voir la Partie 2 sur le droit comparé.

modification résultant de la théorie de l'imprévision doit être menée à la lumière des conditions d'application de l'imprévision (1.), des effets de la théorie de l'imprévision (2.) et de l'indemnité d'imprévision (3.).

1. L'appréciation des conditions d'application de l'imprévision

La théorie jurisprudentielle de l'imprévision, reprise à l'article L. 6 du Code de la commande publique, n'a pas été remise en cause par l'encadrement des modifications du contrat prévues par le Code de la Commande publique. L'avis de Conseil d'Etat du 15 septembre 2022 a même clairement précisé que la théorie de l'imprévision ne pouvait constituer une modification du contrat⁸³. Comme l'indiquent très justement des auteurs :

« Traditionnellement, l'imprévision est présentée comme une situation, où postérieurement à la signature du contrat, des événements imprévisibles viennent modifier l'équilibre contractuel et rendent l'exécution de l'obligation particulièrement onéreuse pour l'une des parties. »⁸⁴

En droit administratif, cette théorie *« permet, dans l'intérêt de la continuité du service public, aussi bien que dans un souci d'équité, d'ouvrir une parenthèse dans l'exécution du contrat lorsque celui-ci est gravement et provisoirement bouleversé par suite de circonstances imprévisibles extérieures aux parties »⁸⁵*.

Selon la jurisprudence, la condition d'imprévisibilité se rapporte à un événement *« déjouant tous les calculs que les parties ont pu faire au moment du contrat »⁸⁶*, ou au moment de conclure un avenant ou un renouvellement⁸⁷ ou, tout au moins, *« raisonnablement »* imprévisible⁸⁸. Ainsi, lorsqu'un contrat est conclu alors qu'un conflit s'annonce, ledit conflit

⁸³ CE, avis, 15 sept. 2022, relatif aux possibilités de modification du prix ou des tarifs des contrats de la commande publique et aux conditions d'application de la théorie de l'imprévision, n°404540.

⁸⁴ B. DEFFAINS, S. FERREY, « Pour une théorie économique de l'imprévision en droit des contrats », *RTDCiv*, 2010, p. 719.

⁸⁵ L. RICHER, « Les marchés publics à l'aune de la réforme du droit des contrats : aperçu général », *CP*, n° 169, octobre 2016, p. 22.

⁸⁶ CORNEILLE, concl. sur CE 3 déc. 1920, *Fromassol*, n° 66449, Lebon p. 1036.

⁸⁷ A propos d'un avenant, voir CE 17 juin 1981, *Commune de Papeete*, n° 07246, Lebon p. 814 ; à propos d'un renouvellement, voir CE, 19 oct. 1966, *Sté Les Viviers de Saint-Malo*, n° 62839, Lebon p. 1020 ; CAA Marseille, 17 janv. 2008, *Société Altagna c/ Centre hospitalier de Bastia*, n° 05MA00492 ; TA Nice, 20 oct. 2006, *Société Eurovia Méditerranée, société Appia Var Alpes c/ Préfet du Var*, n° 0203590, AJDA, 2007, p. 425 concl. F. Dieu.

⁸⁸ CE, 11 juin 1947, *Min. de la Guerre c/ Nadaud*, n° 76899, Lebon p. 255 ; CE, 2 février 1951, *Sté des grands travaux de Marseille*, n° 75740, Lebon p. 67.

n'est pas considéré comme imprévisible⁸⁹ éventuellement quant à ses conséquences⁹⁰. La condition de nécessité peut être considérée comme remplie du fait de poursuivre l'exécution du contrat malgré le bouleversement de son économie. En effet, selon la jurisprudence, l'économie du contrat doit se trouver « *absolument bouleversée* »⁹¹ ou le cocontractant doit assumer des « *surcharges exceptionnelles* »⁹².

Le bouleversement de l'économie du contrat doit s'apprécier, à la suite de l'avis du Conseil d'Etat du 15 septembre 2022 *précité*, par période d'imprévision et non sur la durée totale du contrat. Ainsi, la période de référence à indemniser correspond à celle durant laquelle le titulaire ou le concessionnaire rencontre le déséquilibre de l'économie du contrat ou des surcharges exceptionnelles en raison de l'évènement à l'origine de l'imprévision. Cependant, comme le souligne le Ministre de l'économie, des finances et de la souveraineté industrielle et numérique dans sa réponse publiée le 8 juin 2023 à la question écrite n° 03246, et conformément à la circulaire de la Première Ministre du 29 septembre 2022, n° 6374/SG, la durée totale du contrat est à prendre en considération pour le calcul de la part de la charge extracontractuelle laissée à la charge du cocontractant dans le cadre du calcul de l'indemnité définitive au titre de l'imprévision⁹³. On peut regretter toutefois la présence, dans cette réponse, de la formule « indemnité définitive d'imprévision en fin de contrat », source de confusion.

⁸⁹ CE, 29 avril 1981, *Bernard*, n° 10170, CJEG, 1982, p. 9 concl. Franc : n'est pas imprévisible l'augmentation du prix du pétrole dans la mesure où le conflit au Proche-Orient, qui en a été la cause, s'annonçait déjà au moment de la passation de la convention.

⁹⁰ CE, 22 févr. 1963, *Ville d'Avignon*, n° 51867, Lebon p. 115.

⁹¹ CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, n° 59928, Lebon p. 125 concl. Chardenet, Sirey, 1916, 3, p. 17 concl. Chardenet et note M. Hauriou.

⁹² CE, 3 déc. 1920, *Fromassol*, n° 66449, Lebon p. 1036.

⁹³ Question écrite n° 03246, 16^e législature, M. le sénateur Etienne Blanc, JO du Sénat du 20 oct. 2022, p. 5055. Le sénateur interroge le Gouvernement sur les différences d'interprétation dans l'appréciation de la période d'imprévision pour le calcul de l'indemnité entre l'avis du Conseil d'Etat *précité* et la circulaire du 29 septembre 2022 : « *tant l'ancien Premier ministre dans sa circulaire du 30 mars 2022 (n° 6338-SG) que Mme la Première ministre dans sa circulaire du 29 septembre 2022 (n° 6374/SG abrogeant la circulaire précédente) semblent, pour leur part, considérer qu'une indemnité d'imprévision ne serait due au titulaire d'un contrat de la commande publique qu'à condition que les difficultés rencontrées bouleversent l'économie du contrat dans toute sa durée. Cette divergence d'interprétation étant susceptible d'induire en erreur les acheteurs publics et les demandeurs d'une indemnité d'imprévision quant au mode de calcul de cette indemnité et répondant mal aux conséquences économiques difficiles subies par les entreprises titulaires de contrats de la commande publique, il souhaiterait qu'il lui indique son avis sur le sujet.* » A cette question, le Gouvernement répond que la circulaire s'inscrit dans la continuité de l'avis : « *l'équilibre du contrat tel qu'envisagé par les parties lors de sa conclusion est apprécié sur l'ensemble de sa durée du contrat, et demeure le même durant toute cette durée. Le bouleversement de son équilibre est, pour sa part, apprécié par période d'imprévision, de sorte qu'une indemnité d'imprévision peut être versée, même si l'équilibre du contrat n'est pas bouleversé sur toute sa durée (CE, 19 février 1926, Société du gaz de La Ciotat, n° 78624 ; CE, 30 décembre 1927, Compagnie française d'éclairage et de chauffage par le gaz, n° 88074 ; CE, 30 mars 1928, Ville de Belfort, n° 77987 ; CE, 17 novembre 1965, Commune de Monthermé, n° 61147 ; CE, 21 octobre 2019, Société Alliance, n° 419155). À cet égard, la période de référence à indemniser*

On peut regretter, avec d'autres auteurs, que l'avis ait tout simplement omis de répondre à des questions explicites de la Direction de la commande publique portant sur la caractérisation du bouleversement, laissant cela implicitement au cas par cas au contentieux, et négligeant ainsi l'aspect macro-économique de la question. Le Conseil d'Etat se borne à évoquer un « déficit », ce qui n'a guère de sens pour les marchés publics tant la jurisprudence n'a jamais cherché à établir un « déficit » en la matière. Quant aux concessions, l'absence de précisions de la période à prendre en compte pour l'appréciation du bouleversement pose problème, d'autant qu'un avenant ayant un tout autre objet pourrait être interprété comme une renonciation à l'imprévision du fait de la position du Conseil. Ce dernier considère que le droit à indemnisation d'imprévision disparaît « *s'il résulte clairement de la commune intention des parties, notamment du caractère général et absolu du forfait et de la renonciation du cocontractant à toute nouvelle indemnité, qu'elles ont entendu, en signant un avenant au cours de la situation d'imprévision, renoncer à toute compensation supplémentaire* ».

On rappellera que la Chaire de droit des contrats publics avait proposé, à l'occasion de son premier rapport intitulé « Crise sanitaire et contrats publics », que le Code de la commande publique soit modifié afin de préciser la notion de bouleversement de l'économie du contrat. Ainsi, concernant les marchés publics, le rapport proposait de préciser dans le Code que :

« Le bouleversement de l'équilibre économique du marché est caractérisé si, malgré l'application d'une clause de variation des prix, les surcoûts sont supérieurs à 15 pour cent du montant du marché. Le bouleversement peut

correspond à la période pendant laquelle l'opérateur économique est confronté à des pertes anormales du fait d'une augmentation de ses dépenses ou d'une diminution de ses recettes ayant dépassé les limites ayant pu raisonnablement être envisagées par les parties lors de la passation du contrat. En revanche, l'ensemble de la durée du contrat est à prendre en compte lorsque, au terme du contrat, afin de calculer l'indemnité définitive de l'imprévision, il est procédé au calcul de la part de la charge extracontractuelle laissée à la charge du cocontractant, cette part étant modulée en tenant compte des difficultés financières précédemment supportées par le titulaire (CE, 21 avril 1944, Compagnie française des câbles télégraphiques, n° 66457 ; CE, 27 novembre 1931, Compagnie des tramways électriques de Besançon, n° 95984) ou bien des bénéfices qu'il a réalisés (CE, 30 décembre 1927, Compagnie française d'éclairage et de chauffage par le gaz, n° 88074 ; CE, 19 février 1926, Société du gaz de La Ciotat, n° 78624 ; CE, 30 mars 1928, Ville de Belfort, n° 77987 ; CE, 8 novembre 1935, Ville de Lagny, n° 23757), antérieurement ou postérieurement à la période d'imprévision. Enfin, comme le rappelle le Conseil d'Etat dans son avis, « le caractère permanent du bouleversement de l'équilibre économique du contrat fait obstacle à la poursuite de son exécution, de sorte que l'imprévision devient un cas de force majeure justifiant la résiliation de ce contrat ». La circulaire n° 6374/SG du 29 septembre 2022 rappelle bien que l'indemnité d'imprévision « vise à dédommager partiellement le titulaire du préjudice qui résulte de l'exécution du contrat en raison du bouleversement temporaire de l'équilibre économique de celui-ci » (point 3). La fiche technique publiée par la direction des affaires juridiques (DAJ) abonde dans le même sens en précisant les modalités de mise en œuvre de ce principe. » Voir : Réponse publiée au JO du Sénat le 8 juin 2023 à la question écrite n° 03246, p. 3656.

néanmoins être caractérisé, si le titulaire le justifie au regard de sa marge bénéficiaire, lorsque les surcoûts excèdent 5 pour cent du montant du marché. »

Pour les concessions, il était proposé d'écrire dans le Code que « [l]e bouleversement de l'équilibre économique de la concession est caractérisé dès que l'exploitation s'avère déficitaire du fait de ces seules circonstances et indépendamment des bénéfices passés et des perspectives de bénéfices », dans la mesure où ces dernières entreraient en ligne de compte dans la répartition des surcoûts entre l'autorité contractante et le titulaire du contrat⁹⁴.

2. Les effets de la théorie de l'imprévision

L'indemnité d'imprévision n'a pas le caractère de dommages-intérêts, elle ne repose pas sur l'idée de responsabilité⁹⁵. Il est habituel de lui reconnaître un caractère extracontractuel : le juge ajoute au contrat « *une superstructure et fait face à une situation extra-contractuelle en se plaçant en dehors du contrat* »⁹⁶, c'est une indemnité extracontractuelle pour charges extracontractuelles⁹⁷. L'indemnité d'imprévision est calculée à partir des pertes subies par l'entreprise entre le moment où a été atteint le seuil de bouleversement et le moment où la situation d'imprévision cesse, soit par rétablissement de circonstances normales, soit par modification du contrat, soit par résiliation du contrat pour force majeure administrative. À la différence des dommages-intérêts, l'indemnité d'imprévision ne répare pas l'intégralité du dommage⁹⁸. En effet, une fois évaluées les pertes occasionnées par les hausses imprévisibles, leur montant est réparti entre l'administration et son contractant⁹⁹. Selon l'arrêt *Gaz de Bordeaux*, lorsque ces éléments de l'imprévision sont réunis, il revient aux parties de se mettre d'accord sur les conditions spéciales dans lesquelles le service pourra continuer¹⁰⁰.

⁹⁴ CHAIRE DE DROIT DES CONTRATS PUBLICS, *Crise sanitaire et contrats publics*, Rapport, Université Jean Moulin Lyon 3, Mai 2021, p. 153, disponible en ligne sur le site de la Chaire.

⁹⁵ L. RICHER, F. LICHERE, *Droit des contrats administratifs*, op. cit, préc., p. 160.

⁹⁶ Concl. Riboulet sous CE, 27 juin 1919, *Société du gaz de Nice*, Rec. 572.

⁹⁷ L. RICHER, F. LICHERE, *Droit des contrats administratifs*, op. cit, préc., p. 160.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 161.

⁹⁹ CE, 25 novembre 1921, *Compagnie des automobiles postales*, Rec. 980 ; RDP 1921, 499. Ce principe de répartition s'explique par l'idée d'équité (Jèze) ou de justice distributive (Hauriou). En principe, l'administration prend à sa charge 90 % du déficit, pourcentage d'ailleurs mentionné dans la circulaire du 20 novembre 1974, mais cette part peut être diminuée en considération de la plus ou moins grande diligence du cocontractant.

¹⁰⁰ CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, n°59928. En complément, il convient de noter que la circulaire de 1974 prévoit la conclusion d'un avenant au marché. C'est seulement au cas de défaut d'accord que le juge est appelé à statuer. Cependant, dans la jurisprudence contemporaine rares sont les décisions qui considèrent comme réalisées toutes les conditions susmentionnées.

3. L'indemnité d'imprévision

L'analyse de l'indemnité d'imprévision doit porter sur la nature extracontractuelle de l'indemnité (a.), et sur les modalités de versement de l'indemnité (b.).

a. La nature extracontractuelle de l'indemnité

L'indemnité versée au cocontractant, en application de la théorie de l'imprévision, peut faire l'objet d'un contrat dédié, appelé « convention d'indemnisation » par l'avis du Conseil d'Etat du 15 septembre 2022 et indépendant du contrat initial. Selon les Professeures Hélène Hoepffner et Marion Ubaud-Bergeron, « *l'avis du Conseil d'Etat du 15 septembre 2022 marque, à cet égard, une évolution sensible : celle de l'autonomisation de l'imprévision avec le régime des modifications contractuelles* »¹⁰¹. Une telle évolution avait déjà été amorcée par la circulaire du 30 mars 2022¹⁰², même si elle ne faisait pas explicitement référence à la convention d'indemnisation.

En effet, selon l'avis susmentionné du Conseil d'Etat en date du 15 septembre 2022 :

« Les parties peuvent conclure, sur le fondement de la théorie de l'imprévision, une convention d'indemnisation dont le seul objet est de compenser les charges extracontractuelles subies par le titulaire ou le concessionnaire en lui attribuant une indemnité¹⁰³ afin qu'il puisse poursuivre l'exécution du contrat pendant la période envisagée. Celle-ci ne peut être que temporaire et la convention doit précisément la fixer. La convention d'indemnisation, qui permet de maintenir un certain équilibre contractuel en indemnisant l'opérateur économique qui, malgré la situation tout à fait exceptionnelle à laquelle il est confronté, poursuit la prestation initialement prévue, n'a ni pour objet ni pour effet de modifier les clauses du marché ou du contrat de concession ni les obligations contractuelles

¹⁰¹ H. HOEPFFNER, M. UBAUD-BERGERON, « La théorie de l'imprévision : retour vers le futur », *AJDA* 2022, p. 2156.

¹⁰² L. RICHER, « L'imprévision et les marchés publics. Réflexions à partir de la circulaire du 27 mars 2022 », *AJDA*, 2022, p. 1497 ; G. ECKERT, « Retour sur la théorie administrative de l'imprévision », *Rev. CMP* 2022, Repère 9.

¹⁰³ CE, 17 janv. 1951, *Hospices de Montpellier*, n° 97613.

*récioproques des parties, ni d'affecter la satisfaction des besoins de l'autorité contractante, qu'elle vise précisément à préserver. »*¹⁰⁴

La Haute juridiction administrative rappelle ensuite que :

*« Pour compenser les charges extracontractuelles causées par des circonstances imprévisibles, extérieures aux parties et bouleversant l'économie du contrat, le juge administratif peut octroyer une indemnité d'imprévision. »*¹⁰⁵

Ainsi, le Conseil d'Etat souligne que le juge du contrat n'est pas en mesure de modifier lui-même les stipulations du contrat et les obligations réciproques des parties ni se substituer à l'autorité administrative pour réviser les tarifs et, éventuellement, en fixer de nouveaux¹⁰⁶, contrairement au juge judiciaire en application de l'article 1195 nouveau du Code civil relatif à l'imprévision en droit privé des obligations.

Cependant, l'indemnité d'imprévision peut se combiner avec une modification du contrat si cette dernière n'a pas été de nature à résorber la totalité du préjudice d'imprévision subi par le titulaire, afin également de prévenir toute nouvelle demande indemnitaire¹⁰⁷. Partant, le droit à indemnité de l'entrepreneur au titre de l'imprévision n'a pas à respecter les conditions propres à la modification contractuelle. Or, comme le souligne le Professeur François Lichère, l'argumentation de la Haute juridiction est fragile en se reposant sur la configuration du Code de la commande publique et l'intention du législateur (ou plutôt le silence de celui-ci), ainsi que sur la qualification de charge extracontractuelle dont l'utilité n'est que procédurale. Ces éléments ne sauraient être opposables à l'application du droit européen. Ceci est d'autant plus critiquable que, comme le relève l'auteur sur le pragmatisme de la CJUE, *« toute indemnisation par le cocontractant d'événements affectant le contrat équivaut à une modification du contrat »*¹⁰⁸. Ainsi, le risque contentieux serait très important et la CJUE pourrait ne pas suivre

¹⁰⁴ CE, avis consultatif, 15 sept. 2022, *précité*, point 22.

¹⁰⁵ *Ibid.*, point 23.

¹⁰⁶ Voir la fiche technique de la DAJ : https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/crisesanitaire/FT_modification_contrats_en_cours.pdf?v=166-3844107, page consultée le 14 décembre 2022.

¹⁰⁷ Par ailleurs, contrairement aux modifications du contrat, il s'agit d'un véritable droit du titulaire à indemnisation dont il peut se prévaloir devant le juge administratif en l'absence d'accord avec l'administration sur le principe et/ou sur l'objet et le montant d'une modification du contrat, sur une indemnité conventionnelle ou sur une combinaison de ces deux solutions pour compenser les pertes anormales, c'est-à-dire la part du déficit subi excédant les pertes maximales raisonnablement envisagées par les parties lors de la conclusion du contrat.

¹⁰⁸ F. LICHERE, « La modification des contrats de la commande publique en cas de circonstances imprévisibles : entre liberté contractuelle et insécurité juridique », *art. cit.*

le Conseil d'Etat sur ce point, même si elle pourrait peut-être « sauver » le régime de l'imprévision grâce à la notion de modification non substantielle.

b. Les modalités de versement de l'indemnité

Dans son avis du 15 septembre 2022, le Conseil d'Etat estime que :

« Cette convention d'indemnisation [...] ne peut être regardée comme une modification d'un marché ou d'un contrat de concession au sens des dispositions du 3° des articles L. 2194-1 et L. 3135-1 et de celles des articles R. 2194-5 et R. 3135-5 du code de la commande publique »¹⁰⁹.

La convention d'indemnisation peut être ainsi être une convention *ad hoc* qui n'est pas une transaction au sens et pour l'application des dispositions des articles L. 423-2 et R. 423-3 du Code des relations entre le public et l'administration.

Concernant l'inscription de l'indemnité d'imprévision dans le décompte général du marché, dans son avis précité, le Conseil d'Etat souligne que l'indemnité d'imprévision n'a pas à figurer dans le décompte général et définitif dans la mesure où elle a pour objet de compenser les charges extracontractuelles subies par le titulaire et ne peut ainsi être regardée comme une conséquence financière de l'exécution du marché¹¹⁰. Il y a là une différence avec l'indemnité pour sujétions d'imprévision et il est probable que la pratique continuera à inscrire ces indemnités dans le DGD¹¹¹, d'autant qu'une telle inscription pourrait ne pas être perçue comme une illégalité.

Enfin, le Conseil d'Etat rappelle que la fin du contrat, quelle qu'en soit le motif, ne fait pas obstacle à l'octroi d'une indemnité d'imprévision. En effet, il considère que le bouleversement de l'économie du contrat à la suite de circonstances imprévisibles peut n'être établi qu'après complète exécution du marché et que l'indemnité due éventuellement aux entrepreneurs à raison des charges extracontractuelles qu'ils ont eu à supporter peut être utilement réclamée par ces derniers qu'après notification du décompte général et définitif.

¹⁰⁹ CE, avis consultatif, 15 sept. 2022, *précité*, point 22.

¹¹⁰ *Ibid.*, point 28.

¹¹¹ Cette hypothèse ressort également dans les enquêtes qualitative et quantitative menées par la Chaire dans le cadre du présent rapport. Pour en savoir plus, voir la Partie 3 sur la synthèse des enquêtes.

Implicitement, et contrairement à la précédente circulaire du 31 mars 2022, cela revient à admettre que l'indemnité d'imprévision peut être versée avant la fin de l'exécution du contrat.

On peut regretter que le Conseil d'Etat n'ait pas posé des critères permettant d'apprécier la charge laissée au cocontractant de la personne publique, alors que la circulaire du 29 septembre 2022 interprétant cet avis a précisé qu'elle peut varier entre 5 et 25 % des surcoûts et se contente d'évoquer « *les éventuels profits dégagés par l'entreprise dans le cadre du contrat en dehors de la période d'imprévision* »¹¹². Ici encore, la Chaire avait proposé, dès le printemps 2021, de préciser davantage les critères de répartition. Pour les concessions, il était proposé d'écrire dans le Code que :

« Le titulaire a droit à une indemnisation couvrant de 80 à 95 % du déficit selon le risque que le cocontractant aurait dû normalement envisager de supporter au moment de la conclusion du contrat, son comportement une fois les circonstances intervenues, les bénéfices passés et les perspectives de bénéfices. »

Pour les marchés, il était prévu d'écrire que :

*« Cette indemnité couvre de 80 à 95 pour cent de ces surcoûts, déterminée en fonction du montant du marché et du comportement du titulaire une fois les circonstances intervenues. »*¹¹³

Sous-section 2 : Les formes de modification du contrat

Dans cette sous-section, seront analysées, dans un premier temps, les sources de la modification du contrat (§I.), puis, dans un second temps, les formalités de publicité (§II.).

§I. Les sources

La modification d'un contrat de la commande publique s'opère, classiquement, de deux manières soit par la voie unilatérale, soit par la voie conventionnelle. Pour autant, une troisième

¹¹² CE, avis consultatif, 15 sept. 2022, *précité*, point 5.

¹¹³ CHAIRE DE DROIT DES CONTRATS PUBLICS, *Crise sanitaire et contrats publics, précité*, p. 153.

« source » de modification peut être appréhendée en pratique, le contrat lui-même. En effet, dans le cadre de son exécution, le contrat peut lui-même générer des modifications comme, par exemple, la mise en œuvre d'une clause de révision. Dans un tel cas, à chaque facturation et sans besoin de modification conventionnelle ou unilatérale – sauf à considérer que la facturation est une modification provoquée par le titulaire –, le marché évolue de lui-même par la mise en œuvre de la clause de révision. En outre, le contrat peut, par nature, admettre des modifications, notamment pour les marchés à prix unitaires où le marché évolue, s'adapte en fonction des quantités réellement mises en œuvre (avec éventuellement une procédure de demande d'autorisation de poursuivre les travaux). Dans ce cas, il n'y a ni modification unilatérale ni modification conventionnelle, le contrat admet, eu égard à la nature de ses prix et leur mise en œuvre, des modifications quantitatives et financières à la hausse comme à la baisse. Cette « source » de modification n'est, finalement, que le résultat de l'exécution du contrat initial sans renégociation (pour reprendre le terme utilisé par les économistes pour caractériser une modification contractuelle) véritable des obligations réciproques des parties.

Ainsi, l'analyse de l'état du droit se concentrera sur les sources classiques de modification que constituent, d'une part, la modification unilatérale (A.) et, d'autre part, la modification conventionnelle (B.).

A. La modification unilatérale

La modification unilatérale du contrat peut être imposée par la personne publique (1.) ou provoquée par le cocontractant (2.).

1. Imposée par la personne publique

Le 4^{ème} alinéa de l'article L. 6 du Code de la commande publique dispose que :

« 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 ».

L'administration dispose, en effet, de la faculté de modifier le contrat unilatéralement. Cette faculté trouve son fondement dans le pouvoir d'organisation du service public¹¹⁴, qui lui est reconnue en vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs¹¹⁵. D'ailleurs, le pouvoir de modification unilatérale du contrat peut être exercé par l'administration même en l'absence de toute prescription législative, réglementaire ou contractuelle et il peut l'être pour tout contrat administratif, quel qu'il soit¹¹⁶. La modification unilatérale ne peut en aucun cas bouleverser l'économie du contrat comme l'énonce désormais l'article L. 6 du Code de la commande publique, reprenant la jurisprudence traditionnelle¹¹⁷. Il conviendrait alors d'obtenir le consentement renouvelé de l'entreprise avant que ne soit envisagé le moindre bouleversement de l'économie du contrat. C'est d'ailleurs une différence significative avec l'avenant, qui ne rencontre de telles limites qu'en raison des règles de publicité et de mise en concurrence¹¹⁸.

Quant à son objet, un débat doctrinal s'est installé concernant la possibilité de modifier n'importe quelle clause du contrat par voie unilatérale¹¹⁹. Il est certain que le pouvoir de modification unilatérale peut être exercé à l'égard des clauses définissant la nature, l'étendue et les conditions d'exécution des prestations¹²⁰, mais le point de savoir si les clauses financières peuvent être modifiées unilatéralement est discuté. En pratique, la modification unilatérale intervient la plupart du temps par l'intermédiaire d'un ordre de service pour les marchés publics. En outre, l'ensemble des CCAG de 2021 prévoient désormais, sur le modèle du CCAG-Travaux, que les prestations supplémentaires ou modificatives ayant une incidence financière sont demandées par l'acheteur au moyen d'un ordre de service mentionnant provisoirement les prix nouveaux retenus, après consultation du titulaire. Ces prix provisoires décidés par l'acheteur sont alors utilisés pour le règlement des acomptes dans l'attente de la fixation des

¹¹⁴ L. RICHER, F. LICHERE, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 12^e éd., 2021, § 498, p. 263 ; voir aussi : G. PELLISSIER, concl. sur CE, 9 mars 2018, *Compagnie des parcs et passeurs du Mont-Saint-Michel*, n° 409972, *BJCP* 2018, n° 119, p. 257 : « la personne publique, qui demeure responsable envers ses administrés, par-delà le mode de gestion choisi, de la qualité du service rendu, doit pouvoir l'adapter à l'intérêt général ».

¹¹⁵ CE, 2 févr. 1983, *Union des transports publics régionaux et urbains*, n° 34027, Lebon p. 33, *RFDA* 1984 p. 45 note F. Llorens, *RDP* 1984 p. 212 note J.-M. Auby ; CE 27 octobre 2010, *Syndicat intercommunal des transports publics de Cannes*, n° 318617, *BJCP* nov.-déc. 2010 p. 417 concl. B. Dacosta, *RJEP* avr. 2011 p. 18 concl. B. Dacosta, *Dr. adm.* janv. 2011 p. 26 note F. Brennet, *CMP* janv. 2011 p. 25 note W. Zimmer.

¹¹⁶ M. UBAUD-BERGERON, *Droit des contrats administratifs*, préc., § 716, p. 370.

¹¹⁷ CE, 23 juin 1920, *Briançon*, n° 56514, Lebon p. 624 ; CE 14 février 1934, *Sté d'entreprise coopérative française*, n° 9673 et 11673, Lebon p. 222 ; CE 17 février 1978, *Cie française d'entreprises*, n° 99193, Lebon p. 88 ; CE, 14 mars 1980, *CITEM*, n° 03417.

¹¹⁸ Ainsi, en l'absence de clause de révision de prix ou de réexamen, une modification du prix porterait atteinte aux conditions de la mise en concurrence (CE, 15 février 1957, *Etablissement Dickson*) ; CE, Sect. 11 juillet 2008, *Ville de Paris*, n° 312354, *BJCP* 2008 p. 361 concl. N. Boulouis ; CE 9 mars 2018, *Compagnie des parcs et passeurs du Mont-Saint-Michel*, n° 409972, *BJCP* 2018, n° 119, p. 254 concl. G. Pellissier.

¹¹⁹ L. RICHER, F. LICHERE, *Droit des contrats administratifs*, préc., § 502, p. 264-265.

¹²⁰ CE, 6 mars 1989, *Union des transporteurs en commun de voyageurs des Bouches-du-Rhône*, n° 34015 ; CE, 22 février 2008, *Sté NTA*, n° 274669.

prix définitifs. En outre, les CCAG prévoient qu'en l'absence de valorisation d'un ordre de service prescrivant des prestations supplémentaires ou modificatives, le titulaire peut refuser d'exécuter l'ordre de service concerné¹²¹. Une question se pose à ce sujet car l'ordre de service est un acte qui relève de l'exécution du contrat. En tant qu'expression du pouvoir de direction, il devrait être pris par un organe de la personne publique, mais il est souvent délégué au maître d'œuvre¹²².

D'un point de vue indemnitaire, les opérateurs économiques préféreront parfois la modification unilatérale, plutôt que l'avenant imposé par le pouvoir adjudicateur. En effet, comme le souligne le Professeur Nicolas Gabayet :

*« Certaines entreprises préfèrent « subir » une modification unilatérale du contrat par le biais d'un ordre de service, dont le coût sera dûment rémunéré au titre du principe de l'équation financière, que voir le pouvoir adjudicateur procéder à la modification par voie d'avenant au risque, en cas de bouleversement de l'économie du contrat ou de changement de son objet, que la personne publique doive passer un nouveau marché et qu'une nouvelle procédure de publicité et de mise en concurrence soit organisée. »*¹²³

Enfin, s'agissant des indemnités pour sujétions techniques imprévues, elles peuvent être considérées comme une modification unilatérale du contrat provoquée par le cocontractant. En effet, selon l'avis du Conseil d'Etat du 15 septembre 2022 :

*« L'indemnité d'imprévision visant, ainsi qu'il a été dit, à compenser les charges extracontractuelles subies par le titulaire, elle ne peut être regardée comme une conséquence financière de l'exécution du marché. Dès lors, qu'elle soit allouée par décision unilatérale de l'autorité administrative, négociée dans le cadre d'une convention d'indemnisation ou octroyée par le juge administratif, elle n'a pas à être inscrite dans le décompte général et définitif, à la différence des indemnités allouées à l'entrepreneur au titre des sujétions imprévues (CE, 31 juillet 2009, Société Campenon Bernard et autres, n° 300729). »*¹²⁴

En matière de concession, bien que la question ne soit pas définitivement résolue, la tendance est à admettre la modification unilatérale des clauses tarifaires, ce qui aboutit à un

¹²¹ Voir la notice CCAG 2021 de la DAJ.

¹²² H. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, préc., p. 376.

¹²³ N. GABAYET, *L'aléa dans les contrats publics en droit anglais et droit français*, LGDJ, 2015, p. 338.

¹²⁴ CE, avis consultatif, 15 sept. 2022, précité, point 28.

transfert des usagers au concédant, puisque le préjudice causé par la modification doit être indemnisée.

2. Provoquée par le cocontractant

La théorie jurisprudentielle des travaux indispensables peut être interprétée, dans une certaine mesure, comme une modification unilatérale à l'initiative du cocontractant de l'administration. Certes, en pratique, un avenant pourrait, *a posteriori*, encadrer l'indemnisation des travaux indispensables, mais cela n'est pas nécessaire à l'indemnisation de l'entreprise, comme le précise le Professeur Jean-François Lafaix¹²⁵. L'opérateur économique peut en effet solliciter une indemnisation parce que les travaux sont indispensables, même sans décision ou avenant¹²⁶, sauf à ce que l'autorité contractante se soit opposée préalablement et de manière précise à la réalisation des travaux en cause¹²⁷. Cette hypothèse peut donc conduire à ce que les prestations soient augmentées, ce qui équivaut à une modification du contrat. Il conviendra, en outre, de vérifier qu'une telle modification est conforme au cadre posé par les directives et transposé désormais par le code¹²⁸. Les travaux qui sont non seulement utiles, mais « *indispensables à la bonne exécution des ouvrages compris dans les prévisions du marché* »¹²⁹ doivent ainsi être indemnisés. Ce qui rend ces travaux indispensables tient à la nécessité de les exécuter pour réaliser l'ouvrage selon les règles de l'art¹³⁰. Ces travaux indispensables n'ont pas à être imprévisibles au moment de la conclusion du marché, mais sont indemnifiables, même dans le cadre d'un marché forfaitaire¹³¹.

¹²⁵ J.-F. LAFaix, « Modification du contrat », in *Encyclopédie du droit de la commande publique*, éd. EFE, 2019.

¹²⁶ CAA Douai, 6 mai 2019, *Sté Généton*, n° 16DA00898, par. 9.

¹²⁷ CE, 27 mars 2020, n° 426955.

¹²⁸ L. RICHER, F. LICHERE, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 277.

¹²⁹ CE, Sect., 17 oct. 1975, *Commune de Canari*, n° 93704.

¹³⁰ CAA Lyon, 31 janv. 2019, *Société Ribière Entreprise Générale*, n° 16LY03829, par. 13 ; CAA Marseille, 25 févr. 2019, *Sté Sèle*, n° 17MA02870, par. 9 ; CAA Nancy, 19 mars 2019, *Société Eurovia Alsace Lorraine*, n° 17NC02166, par. 2.

¹³¹ CE, 14 juin 2002, *Ville d'Angers*, n° 219874 ; CAA Marseille, 28 janv. 2019, *Société Méridionale de Coordination*, n° 16MA03553, par. 13 ; CAA Douai, 31 janv. 2019, *SAS Entreprise Villemonteil*, n° 16DA00448, par. 4.

B. La modification conventionnelle

La modification conventionnelle est souvent dénommée « avenant », quand bien même les directives européennes et le Code de la commande publique ne s’y réfèrent pas privilégiant le fond, à savoir la modification conventionnelle, sur la forme. A noter, qu’il peut arriver qu’un avenant ne soit que la concrétisation d’une volonté unilatérale, celle de la personne publique qui a toujours la possibilité d’adopter, à défaut, une modification unilatérale¹³². A ce titre, les conclusions du rapporteur public Marc Pichon de Vendeuil sur la décision *SIPPEREC* du 8 mars 2023 révèlent une pratique surprenante d’un syndicat intercommunal qui par trois délibérations approuve trois projets d’avenant à des contrats de concession tout en prévoyant, à défaut d’acceptation des avenants dans un délai de deux mois, la modification unilatérale de ces conventions¹³³.

Malgré tout, la terminologie « avenant » est largement utilisée dans la pratique car l’avenant constitue un contrat qui a pour objet de modifier un contrat en cours : il s’agit d’une « *convention modificatrice* »¹³⁴.

Suivant à la fois la pratique et la doctrine, cette étude distingue cinq typologies d’avenants : les avenants dits classiques (1.), les avenants interprétatifs (2.), les avenants transactionnels (3.), les avenants de régularisation (4.) et les avenants rétroactifs (5.).

1. Les avenants classiques

La conclusion d’un avenant est une modification conventionnelle qui repose sur l’accord de volontés entre les parties. Il s’agit, comme la conclusion du contrat initial, d’une expression de la liberté contractuelle des parties. Ainsi la « *faculté de modifier conventionnellement le contrat en cours d’exécution est un complément normal de la liberté contractuelle* »¹³⁵.

C’est l’organe compétent de la personne publique qui doit exprimer le consentement de la personne publique pour conclure un avenant, c’est-à-dire en principe l’assemblée délibérante

¹³² M. UBAUD-BERGERON, *Droit des contrats administratifs*, LexisNexis, 2eme éd., 2017, §709, p. 367

¹³³ Concl. M. PICHON DE VENDEUIL sur CE, 8 mars 2023, *SIPPEREC*, n° 464619. Pour un commentaire de cette décision, voir la Lettre juridique des contrats publics Mars-Avril 2023 du Pr. François LICHERE sur le site de la Chaire, p. 7.

¹³⁴ L. RICHER, F. LICHERE, *Droit des contrats administratifs*, 12eéd., LGDJ, 2021, § 466, p. 249 ; voir aussi : E. FATOME, « Les avenants », *AJDA*, 1998, p. 760.

¹³⁵ UBAUD-BERGERON M., *Droit des contrats administratifs*, préc., § 710, p. 367 ; v. aussi G. PELLISSIER, concl. sur CE, 9 mars 2018, *Compagnie des parcs et passeurs du Mont-Saint-Michel*, n° 409972, *BJCP* 2018, n° 119, p. 255.

pour une collectivité territoriale¹³⁶. En outre, l'avenant est parfois conclu après l'accomplissement d'une formalité procédurale particulière. Tel est le cas, par exemple, de tout projet d'avenant à un marché public entraînant une augmentation du montant global supérieure à 5 %. Lorsque ces avenants concernent des marchés publics qui sont soumis à la commission d'appel d'offres, le projet d'avenant doit être soumis pour avis à cette même commission. Lorsque l'assemblée délibérante est appelée à statuer sur un projet d'avenant, l'avis de la commission d'appel d'offres lui est préalablement transmis¹³⁷. Il en va de même, pour les concessions¹³⁸.

2. Les avenants interprétatifs

Les parties à un contrat de la commande publique peuvent conclure un avenant interprétatif au regard du caractère lacunaire du contrat. Ce faisant, dans son avis du 26 avril 2018 relatif à diverses questions de droit des concessions dans le contexte résultant de l'annonce, le 17 janvier 2018, par le Premier ministre de la décision du Gouvernement de renoncer au projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes et de procéder à un réaménagement de l'aéroport de Nantes-Atlantique¹³⁹, le Conseil d'Etat se prononce sur la possibilité d'interpréter un contrat par l'entremise d'un avenant en ces termes :

*« Si elles entendent se prémunir contre les risques juridiques encourus par une telle application des stipulations combinées du V de l'article 4.D et du II de l'article 81 du cahier des charges, les parties devraient **convenir d'une interprétation du contrat** conduisant à ce que l'évaluation du manque à gagner subi par le concessionnaire du fait d'une résiliation unilatérale du contrat prenne en compte la situation particulière créée par l'absence d'exécution par ce dernier de ses obligations financières et, notamment, par la faiblesse très inhabituelle des investissements de ses actionnaires, à hauteur de seulement 9 millions d'euros sur sept ans. »¹⁴⁰*

Cet avis du Conseil d'Etat traitant, par un effet d'opportunité, de la question des avenants interprétatifs est assez largement isolé. En effet, les arrêts du Conseil d'Etat portant

¹³⁶ CGCT, art. L. 1414-4 et L. 1411-6.

¹³⁷ CGCT, art. L. 1414-4.

¹³⁸ CGCT, art. L. 1411-6.

¹³⁹ CE, avis, 2 avr. 2018, n° 394398.

¹⁴⁰ *Ibid.*, cons. 24.

sur des avenants interprétatifs sont rares. Une décision, bien qu'inédite, pouvait, en tout état de cause, laisser penser que le Conseil d'Etat reconnaissait déjà l'effet obligatoire des avenants interprétatifs¹⁴¹. L'avis du Conseil d'Etat du 26 avril 2018 identifie pertinemment deux règles impératives susceptibles d'affecter la légalité de l'avenant interprétatif. Il s'agit de celle prohibant les clauses entraînant « *au détriment de l'État, une disproportion manifeste entre l'indemnité ainsi fixée et le montant du préjudice* » et de celle imposant la prise en compte, dans le calcul de l'indemnité de résiliation, d'une éventuelle prise en charge par le concessionnaire actuel de prestations de la future concession¹⁴². Selon un auteur, le recours à la technique de l'avenant interprétatif ne semble pas être la meilleure solution dès lors qu'il risque d'être conditionné, en cas de contentieux, à l'« interprétation » du juge, revenant à interpréter un avenant lui-même interprétatif¹⁴³.

3. Les avenants transactionnels

Dans un premier temps, une attention particulière sera apportée sur la distinction entre avenant transactionnel et protocole transactionnel **(a.)**, pour ensuite, dans un second temps, se focaliser sur le régime contraignant de l'avenant transactionnel **(b.)**.

a. La distinction entre avenant transactionnel et protocole transactionnel

Un avenant transactionnel permet de mettre fin à des difficultés passées en modifiant le contrat pour l'avenir. Le recours à la transaction par avenant ou par protocole est possible lors de la rupture d'un contrat ou en cas de poursuite des relations contractuelles. Cependant, les deux ne sont pas représentés à égalité dans la jurisprudence, puisque 70 arrêts de tribunaux administratifs et de cours administratives d'appel évoquent des protocoles transactionnels contre un seul avenant transactionnel évoqué dans un arrêt de la Cour administrative d'appel de Bordeaux en date du 30 novembre 2019¹⁴⁴.

¹⁴¹ CE, 29 janv. 2003, *Société d'équipement et d'entretien des réseaux communaux*, n° 246879, inédit.

¹⁴² CE, 26 mars 2018, n° 401060, *Société Balineau* : JurisData n° 2018-004515 ; Lebon T. 2018 ; *JCP A* 2018, act. 324 ; *JCP A* 2018, 2180, comm. S. Hul ; Contrats-Marchés publ. 2018, comm. 104, note J.-P. Pietri ; *AJCT* 2018, p. 388, obs. P. Grimaud et O. Villemagne ; *AJ Contrat* 2018, p. 239, obs. J.-D. Dreyfus.

¹⁴³ R. CARIN, « L'avenant interprétatif, pis-aller de la détermination des conséquences indemnitaires de la résiliation précoce des concessions ? », *JCP A*, n°23, 10 juin 2019.

¹⁴⁴ CAA Bordeaux, 30 déc. 2019, n° 19BX03235.

Concernant l'avenant transactionnel, il permettrait de remédier aux déséquilibres nés de l'exécution du contrat. En outre, des avenants transactionnels peuvent être recherchés pour tirer les conséquences financières de la suspension d'un marché ou de la prise en charge des surcoûts dans le respect des règles encadrant tant les transactions que les modifications des marchés en cours¹⁴⁵.

La distinction entre l'avenant transactionnel et le protocole transactionnel pourrait également s'observer en raison du mode de résolution du litige dans le cas où cet avenant résulte d'une médiation et non d'une transaction, considérant qu'un accord résultant d'une médiation ne relève pas du même régime juridique qu'un protocole transactionnel¹⁴⁶. Dans ses conclusions sur l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Bordeaux du 30 décembre 2019 précité, le rapporteur public tente de déterminer le régime d'un avenant transactionnel conclu entre une collectivité territoriale et un de ses cocontractants à l'issue d'une médiation. Il ressort de son analyse que l'« *accord post-médiation* », selon les termes de l'auteur (visant l'avenant transactionnel), et la transaction ont en commun la possibilité de résoudre amiablement un différend par la voie d'un contrat écrit résultant d'un consentement libre et éclairé mutuel et dont l'objet doit être licite. En outre, les deux ont un équivalent à la notion d'autorité de la chose jugée *inter partes* et ont force obligatoire. Ils peuvent tous deux faire l'objet d'une homologation devant le juge, qui peut déclarer la nullité de l'accord ou de la transaction en cas de refus. Toutefois, les deux outils se distingueraient en ce que l'accord post-médiation (en l'espèce, l'avenant transactionnel) ne peut porter atteinte à des droits dont les parties n'ont pas la libre disposition. La transaction, quant à elle, ne peut ni méconnaître une règle d'ordre public, ni constituer une libéralité et doit contenir des concessions réciproques et équilibrées. Le contrôle du juge administratif serait alors plus restreint dans le cadre d'un accord post-médiation, un avenant transactionnel, que dans une transaction¹⁴⁷.

b. Le régime contraignant de l'avenant transactionnel

Il y a certaines règles à respecter lors de la conclusion d'avenant transactionnel au regard de l'encadrement des modifications contractuelles. Ainsi, selon la CJUE qui se prononçait avant

¹⁴⁵ J. DABRETEAU, « Après la crise sanitaire : préconisations concernant l'exécution des contrats », *CP*, 2020, n° 211, p. 59.

¹⁴⁶ N. NORMAND, « Transaction ou accord, attention au terme choisi », concl. sur CAA Bordeaux, 30 déc. 2019, n° 19BX03235, Bordeaux Métropole, *AJDA*, 2020, p. 632.

¹⁴⁷ *Idem*.

les nouvelles directives, les modifications substantielles étaient prohibées dans le cadre d'un avenant transactionnel¹⁴⁸. En outre, le juge administratif est amené à vérifier qu'une transaction ne méconnaît pas dans son contenu des règles d'ordre public, dont les règles de publicité et de mise en concurrence préalables font partie. S'agissant des circonstances imprévues et d'après un auteur, la transaction n'est possible qu'à la condition que le fond du litige résulte des circonstances réellement imprévisibles et ne peut résulter d'un simple aléa économique ou de la seule carence de l'acheteur public dans la définition de ses besoins¹⁴⁹. Par ailleurs, ce même auteur s'interroge sur la possibilité d'insérer dans des clauses de réexamen la possibilité de modifier le contrat par voie de protocole transactionnel en cas de litige¹⁵⁰. Seulement, de telles clauses seraient vraisemblablement trop générales et donc ne répondraient pas à l'exigence de clarté et de précision à laquelle est attachée leur légalité. De plus, prévoir dès la conclusion du contrat l'intervention d'un litige pourrait *a priori* être perçu négativement par les opérateurs économiques. Concrètement, les opérateurs économiques y semblent favorables tant ceci permet de réduire les contentieux. Il est intéressant de noter qu'en matière de transaction relative à une modification pour circonstances imprévues, celle-ci est conditionnée à ce que le fond du litige résulte des circonstances réellement imprévisibles. Elle ne peut provenir d'un simple aléa économique ou de la seule carence de l'autorité contractante dans la définition de ses besoins¹⁵¹. Enfin, puisqu'un avenant transactionnel emporte modification du contrat, celui-ci doit, sous certaines conditions (voir *infra*), être publié au *Journal officiel de l'Union européenne*.

4. Les avenants de régularisation

En droit des contrats administratifs, il est théoriquement possible, par principe, de conclure des avenants de régularisation pouvant même avoir pour objet de modifier des clauses réglementaires¹⁵², sans que cette rétroactivité ne puisse toutefois être opposable aux tiers¹⁵³. La jurisprudence admet très largement des avenants de régularisation : un avenant postérieur à la

¹⁴⁸ CJUE, 7 sept. 2016, *Finn Frogne A/S* ; CAA Paris, 17 avr. 2007, *Sté Kéolis*, n° 06PA02278.

¹⁴⁹ G. LE CHATELIER, « Liberté de transiger et respect des règles de la commande publique », *AJCT*, 2017, p. 435.

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ G. LE CHATELIER, « Liberté de transiger et respect des règles de la commande publique », *AJCT*, 2017, p. 435.

¹⁵² CE, 18 juin 1968, *Association de gestion de l'internat Saint-Joseph*, Rec. CE p. 378 ; CE, Ass., 31 mai 1985, *Ministre de l'Education national c. Association d'éducation populaire Notre-Dame à Arc-lès-Gray*, n° 55925.

¹⁵³ CE, Ass., 5 mai 1961, *Ville de Lyon*, Rec. CE p. 394 ; CE, sect., 19 nov. 1999, *Fédération syndicale FO des travailleurs des Postes*, n° 176261.

réception peut régulariser des opérations antérieures et en tirer des conséquences financières¹⁵⁴ ; et une demande de paiement de travaux supplémentaire constitue une réclamation, à défaut d'avenant de régularisation¹⁵⁵.

5. Les avenants rétroactifs

Par principe, « aucune disposition législative ou réglementaire, non plus qu'aucun principe général du droit, ne fait obstacle à ce que des stipulations d'un contrat produisent des effets rétroactifs entre les parties, à condition que ces effets ne s'étendent pas à des personnes qui ne seraient pas parties au contrat »¹⁵⁶. En conséquence les parties peuvent, par exemple, prévoir une date d'entrée en vigueur d'un contrat d'affermage antérieure à la date de signature et à la date de transmission au contrôle de légalité¹⁵⁷.

Et ce qui vaut pour les parties lors du contrat initial vaut pour les avenants. Ainsi :

*« Aucun principe d'ordre public ne s'oppose à ce qu'un avenant à un marché fixe une date de fin des travaux antérieure à sa signature ; que la circonstance que cette date soit antérieure à la date à laquelle cet avenant a été transmis au préfet en vertu des dispositions des articles L. 2131-1 et L. 2131-2 du code général des collectivités territoriales est sans incidence sur la validité de cet avenant, dès lors qu'aucune stipulation de cet avenant ne prévoyait une entrée en vigueur antérieure à cette transmission »*¹⁵⁸.

La jurisprudence a fixé deux limites à ces possibilités de rétroactivité. L'une n'est que la manifestation de l'effet relatif des contrats, puisque les clauses de rétroactivité sont inopposables aux tiers comme le Conseil d'Etat l'a rappelé dans l'arrêt de section précité.

La deuxième concernait les conséquences de l'obligation de transmission au contrôle de légalité préfectoral. Initialement, la clause qui fixait une date de commencement d'exécution antérieure à cette transmission rendait le contrat illégal dans son ensemble¹⁵⁹. Mais, par la suite,

¹⁵⁴ CAA Paris, 18 mai 2006, *Société Axima*, n° 03PA00115.

¹⁵⁵ CAA Marseille, 27 décembre 2019, 17MA02943.

¹⁵⁶ CE, Sect., 19 nov. 1999, *Fédération syndicale Force Ouvrière des travailleurs des Postes et télécommunications*, Leb. p. 3.

¹⁵⁷ CE, 14 mai 2008, *Madame Daviet*, n° 284362.

¹⁵⁸ CE, 2 oct. 2002, *Entreprise Joseph Gross*, n° 219659.

¹⁵⁹ CE, 4 févr. 1991, *Ville de Caen*, 71956, Rec. t. 755.

il a été jugé qu'une telle stipulation rétroactive, applicable aux seules parties au contrat, ne fait pas obstacle à l'exercice du contrôle de légalité et est sans effet sur la régularité du contrat¹⁶⁰.

§II. Les formalités de publicité

Depuis le 1^{er} avril 2019, dans un souci de transparence de la commande publique, et quelle qu'en soit la forme, certaines modifications doivent, conformément aux directives européennes, faire l'objet par l'autorité contractante d'une publication d'un avis de modification au *Journal officiel de l'Union européenne*¹⁶¹. Cette obligation concerne tous les marchés publics ou les concessions passés selon une procédure formalisée à la suite de modification devenues nécessaires par des circonstances imprévues ou dans le cas de travaux, services ou fournitures supplémentaires¹⁶². Cependant, l'absence de sanction en cas de non-respect de cette obligation la prive d'un certain effet utile.

Point de droit comparé¹⁶³ : En Autriche, l'absence de publication d'un avis modificatif de marché obligatoire par l'autorité contractante est sanctionnée d'une amende de 50 000 €.

Par ailleurs, pour l'ensemble des modifications des contrats de la commande publique en cours d'exécution, l'arrêté du 22 mars 2019 relatif aux données essentielles dans la commande publique¹⁶⁴ prévoit que les données essentielles relatives aux modifications des marchés publics ou des concessions doivent être mises à disposition sur le profil acheteur de l'autorité contractante¹⁶⁵ au plus tard dans les deux mois à compter de la date de notification ou

¹⁶⁰ CE, 14 mai 2008, *Daviet*, 284362, *BJCP* 2008, n° 60, p. 347, concl. Dacosta.

¹⁶¹ En Italie, une publication au *Journal officiel italien* est également imposée en sus de celle au *JOUE*.

¹⁶² CCP, art. R. 2196-10 et R. 3135-10.

¹⁶³ Pour en savoir plus, voir la Partie 2 sur le droit comparé.

¹⁶⁴ JORF, n° 0077 du 31 mars 2019, NOR : ECOM1831542A.

¹⁶⁵ Les données essentielles devront être, à partir du 1^{er} janvier 2024 pour les marchés publics et les concessions notifiés à compter de cette date, disponibles sur le portail national des données ouvertes, à l'exception de celles

de signature de la modification contractuelle, à l'exception pour les marchés publics des modifications résultant du déclenchement d'une clause de révision des prix.

Pour les modifications des marchés publics, doivent être alors communiquées les informations suivantes :

- la date de publication des données relatives à la modification apportée au marché public initial ;
- l'objet de la modification apportée au marché public¹⁶⁶ ;
- la durée modifiée du marché public ;
- le montant hors taxes modifié en euros du marché public ;
- le nom du nouveau titulaire, en cas de changement de titulaire
- le numéro d'identifiant du nouveau titulaire, en cas de changement de titulaire ;
- la date de notification par l'acheteur de la modification apportée au marché public.

En outre, l'arrêté du 22 décembre 2022 relatif aux données essentielles des marchés publics¹⁶⁷ ajoute l'obligation à partir du 1^{er} janvier 2024, pour tous les marchés notifiés à compter de cette date, de publier les données essentielles relatives à la modification de l'acte spécial de sous-traitance des marchés publics sur le portail national des données ouvertes au plus tard deux mois à compter de la date de notification de la modification du marché public.

Pour les modifications des concessions, les données devant être communiquées sont quant à elles :

- la date de publication des données relatives aux modifications apportées au contrat de concession ;
- l'objet de la modification du contrat de concession¹⁶⁸ ;

dont la divulgation violerait un secret protégé par la loi ou porterait atteinte à la sûreté de l'Etat ou à la sécurité publique. Voir : Arrêté du 22 décembre 2022 relatif aux données essentielles des marchés publics, NOR : ECOM2235715A, JORF n°0001 du 1 janvier 2023, texte n° 8 ; Arrêté du 22 décembre 2022 relatif aux données essentielles des contrats de concession, NOR : ECOM2235716A, JORF n°0001 du 1 janvier 2023, texte n° 9.

¹⁶⁶ Cet élément ne sera plus exigé à partir du 1^{er} janvier 2024 pour les marchés publics notifiés à compter de cette date. En effet, l'arrêté du 22 décembre 2022 relatif aux données essentielles des marchés publics précité le remplace par le numéro d'identification de la modification. En termes de clarté et de transparence, ce choix peut questionner dès lors que ces numéros d'identification ne sont pas connus des non-spécialistes.

¹⁶⁷ Arrêté du 22 décembre 2022 relatif aux données essentielles des marchés publics, NOR : ECOM2235715A, JORF n°0001 du 1 janvier 2023, texte n° 8.

¹⁶⁸ Cet élément ne sera plus exigé à partir du 1^{er} janvier 2024 pour les concessions notifiées à compter de cette date. En effet, l'arrêté du 22 décembre 2022 relatif aux données essentielles des concessions précité le remplace par le numéro d'identification de la modification. A l'instar de l'arrêté du 22 décembre 2022 pour les marchés

- la durée modifiée du contrat de concession ;
- la valeur globale hors taxes modifiée en euros du contrat de concession ;
- la date de signature de la modification du contrat de concession.

Ces données essentielles devant aujourd’hui être systématiquement accessibles au public ne seront probablement pas sans conséquence sur les demandes présentées par les administrés de communication des documents administratifs que constituent les modifications des marchés ou des concessions, encore faut-il que la demande soit suffisamment précise pour que l’acheteur public ou l’autorité concédante soit contrainte d’y répondre favorablement¹⁶⁹. A ce titre, pour la Commission d’accès aux documents administratifs, est imprécise une demande de communication de « *l’ensemble des prix nouveaux existant sur [un] marché [déterminé]* » est « *trop imprécise pour permettre à l’administration d’identifier les documents souhaités* »¹⁷⁰. De même, une autorité contractante peut refuser la demande de communication « *de l’ensemble des avenants, dès qu’ils seront établis* » et « *de l’ensemble des ordres de services, dès qu’ils seront établis* » puisque seuls des documents existants peuvent être communiqués¹⁷¹.

publics, en terme de clarté et de transparence, ce choix peut là encore questionner dès lors que ces numéros d’identification ne sont pas connus des non-spécialistes.

¹⁶⁹ Pour des exemples de demandes imprécises, voir : CADA, avis du 17 déc. 2015, *Mairie de Saint-Florent*, n° 20155615 ; CADA, avis du 17 déc. 2015, *Collectivité territoriale de Corse*, n° 20155593 ; CADA, avis du 6 juin 2019, *Direction régionale de l’environnement, de l’aménagement et du logement de Bourgogne-Franche-Comté (DREAL 25)*, n° 20190790.

¹⁷⁰ CADA, avis du 17 déc. 2015, *Mairie de Saint-Florent*, n° 20155615 ; CADA, avis du 17 déc. 2015, *Collectivité territoriale de Corse*, n° 20155593 ; CADA, avis du 6 juin 2019, *Direction régionale de l’environnement, de l’aménagement et du logement de Bourgogne-Franche-Comté (DREAL 25)*, n° 20190790.

¹⁷¹ CADA, avis du 17 déc. 2015, *Mairie de Saint-Florent*, n° 20155615.

SECTION 2 : LA MODIFICATION DES PARTIES AU CONTRAT

Dans le cadre de la modification des parties à un contrat de la commande publique, le regard sera porté, d'une part, sur la substitution d'opérateurs économiques (**Sous-section 1.**) et, d'autre part, sur la substitution d'autorités contractantes (**Sous-section 2.**).

Sous-section 1 : La substitution d'opérateurs économiques

La substitution d'opérateurs économiques peut être le fait de modifications par application d'une clause de transfert (§I.), ou de modifications par application du régime légal (§II.). Le cas des groupes d'entreprises doit également être évoqué ici (§III.).

§I. Les modifications par application d'une clause de transfert

L'alinéa 1^{er} de l'article R.2194-6 du Code de la commande publique dispose que le marché peut être modifié lorsqu'un nouveau titulaire se substitue au titulaire initial du marché en application d'une clause de réexamen ou d'une option conformément aux dispositions de l'article R. 2194-1. Une telle hypothèse requiert que la cession du contrat soit prévue par une clause claire, précise et non-équivoque. Cette clause doit indiquer les conditions dans lesquelles il peut être fait usage de la possibilité de cession. Cependant, une telle possibilité soulève un problème d'interprétation. En effet, elle peut être comprise comme impliquant seulement de stipuler le principe de la cession et non, à l'avance, l'identité du cessionnaire¹⁷². Ainsi, il est nécessaire de rédiger consciencieusement ces clauses, car une prévision de cession à un

¹⁷² N. SYMCHOWICZ, R. LAURET, « La question de la modification des marchés publics dans les nouvelles directives », *BJCP*, n° 95, juil.-août 2014, p. 267-268.

opérateur économique préalablement désigné risquerait de violer les règles de mise en concurrence. En effet, selon le Professeur Jean-François Lafaix, le fait de « *prévoir un principe d'interdiction des cessions tout en prévoyant qu'une clause générale de cession suffit à la rendre licite revient à laisser le résultat de la mise en concurrence entre les mains des parties au contrat, alors que les règles de modification ont précisément pour but d'empêcher qu'il en soit ainsi* »¹⁷³. Ainsi, la Direction des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances a rappelé, dans une note relative aux modifications, que :

*« Même dans l'hypothèse où le changement de cocontractant est prévu dans le cadre d'une clause de réexamen, la cession peut être regardée comme irrégulière si ce changement intervient immédiatement après la conclusion du contrat et avant même le début de l'exécution des prestations sans motif légitime, dans la mesure où l'identité du titulaire est un élément déterminant du contrat. L'acheteur ou l'autorité concédante devra donc s'assurer que les modalités de cession prévues dans les documents initiaux ne visent pas à contourner les obligations de publicité et de mise en concurrence. »*¹⁷⁴

Point de droit comparé¹⁷⁵ : Aux Pays-Bas, sont couramment insérés des clauses appelées par la doctrine « *reserve bench* » ou « *waiting-room* »¹⁷⁶, dont l'objectif est de permettre à un pouvoir adjudicateur de résilier le marché en cas de situations prédéterminées (par exemple : non-exécution du marché, rupture contractuelle, faillite, etc.) et de conclure le marché avec un l'un des candidats ayant participé à la procédure de passation du contrat à céder. En cas de défaillance du titulaire, le contrat est donc réattribué sans nouvelle procédure de passation, mais en suivant simplement l'ordre de classement des offres issu de la procédure initiale.

¹⁷³ J.-F. LAFAIX, « Modification du contrat », in *Encyclopédie du droit de la commande publique*, éd. EFE, 2019.

¹⁷⁴ Voir la fiche technique de la DAJ de Bercy sur la modification des contrats en cours d'exécution, page consultée le 15 décembre 2022.

¹⁷⁵ Pour en savoir plus, voir la Partie 2 sur le droit comparé.

¹⁷⁶ E. PLAS, W.A. JANSSEN, « Contract modifications in the Netherlands: Understanding the law, jurisprudence and practice », in D.-C. DRAGOS, K.-M. HAONEN, B. NEAMTU et S. TREUMER (dir.), *Contract Changes. The Dark Side of EU Procurement Law*, Cheltenham, Elgar, 2023, p. 237

§II. Les modifications en cas de restructuration

L'alinéa 2 de l'article R.2194-6 du Code de la commande publique pose des conditions de substitution d'un nouveau titulaire au titulaire initial en des termes identiques à celles qui figurent au point (ii) de l'Article 72(1)(d) de la Directive 2014/24 :

« Dans le cas d'une cession du marché, à la suite d'une opération de restructuration du titulaire initial, à condition que cette cession n'entraîne pas d'autres modifications substantielles et ne soit pas effectuée dans le but de soustraire le marché aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Le nouveau titulaire doit remplir les conditions qui avaient été fixées par l'acheteur pour la participation à la procédure de passation du marché initial. »¹⁷⁷

Selon le Professeur Nicolas Gabayet, la seconde condition (le fait que le changement de titulaire n'ait pas pour but de soustraire le marché aux obligations de publicité et de concurrence), semble présenter peu de risques de violation, tant il paraît improbable que la personne publique ait le moindre contrôle sur l'évolution structurelle du cocontractant¹⁷⁸. La restructuration de celui-ci (la faillite, le rachat, etc.), qui est l'élément déclencheur du transfert du contrat est nécessairement subie par l'organisme adjudicateur. Dès lors, comment ce transfert pourrait-il avoir pour but de violer les obligations de publicité et de concurrence ?

De façon surprenante, la Direction des affaires juridiques du ministère des finances, se référant implicitement à l'arrêt *Pressetext*, évoque également l'hypothèse dans laquelle « le nouveau cocontractant est en relation de quasi-régie avec l'entreprise cédante ». La cession du contrat s'analyserait alors comme une simple réorganisation administrative¹⁷⁹, alors qu'encore une fois, l'hypothèse du changement de cocontractant dû à une restructuration de l'opérateur économique ne tient pas à la volonté de l'Administration.

Quoi qu'il en soit, le nouveau titulaire doit remplir les conditions qui avaient été fixées par l'acheteur ou l'autorité concédante pour la participation à la procédure de passation du

¹⁷⁷ CCP, art. R.2194-6, al. 2.

¹⁷⁸ N. GABAYET, « Change of the identity of the contractual partner », in D.-C. DRAGOS, K.-M. HALONEN, B. NEAMTU et S. TREUMER (dir.), *op. cit.*, p. 41.

¹⁷⁹ Fiche technique de la DAJ de Bercy, préc., p. 8.

contrat initial. Autrement dit, le nouveau titulaire doit remplir les critères de sélection qualitative établis initialement. Il convient de souligner qu'un changement de sous-traitant, même lorsque la possibilité en est prévue dans le contrat, peut, dans des cas exceptionnels, constituer une modification de l'un des éléments essentiels du contrat de concession lorsque le recours à un sous-traitant plutôt qu'à un autre a été, compte tenu des caractéristiques propres de la prestation en cause, un élément déterminant de la conclusion du contrat, ce qu'il appartient en tout état de cause à la juridiction de renvoi de vérifier¹⁸⁰.

La Cour de justice de l'Union européenne a récemment précisé le champ de la restructuration d'un opérateur économique pouvant donner lieu à un transfert de contrat sans nouvelle procédure de passation. La Cour admet que la succession d'une entreprise à une autre dans le cadre d'une restructuration puisse se limiter au seul contrat de commande publique concerné, sans exiger que l'ensemble de l'activité du titulaire cédant ne soit reprise par le nouveau cessionnaire¹⁸¹.

Un auteur a pu justifier qu'un changement d'actionnariat au sein de la personne morale titulaire du contrat n'équivaut pas une substitution de contractant : en dépit d'ambiguïtés dans l'arrêt *Pressetext* (et dans un considérant des directives de 2014), les directives doivent clairement être interprétées comme n'assimilant pas changement d'actionnariat à changement de contractant¹⁸².

Il reste qu'en droit français, le champ de ce qui peut constituer une restructuration au sens des directives reste à déterminer¹⁸³. La situation est d'ailleurs similaire dans plupart des États-membres¹⁸⁴. Sur ce point, l'Espagne a la particularité de prévoir deux régimes différents, selon que la « restructuration » consiste en une fusion de l'opérateur économique avec une autre entité, ou une faillite. Dans le premier cas, il peut y avoir transfert à la nouvelle entité née de la fusion, à condition que celle-ci satisfasse les capacités définies dans la procédure de passation initiales, dans le second, le contrat doit être résilié¹⁸⁵.

¹⁸⁰ CJUE, 13 avr. 2010, *Wall AG*, aff. C-91/08 ; *CMP* 2010. Chron. 222, note Zimmer ; *Dr. adm.* 2010, no 109, note Noguellou.

¹⁸¹ CJUE, 3 févr. 2022, *Advania Sverige AB and Kammarkollegiet v Dustin Sverige AB*, aff. C-461/20.

¹⁸² L. RICHER, « Retour sur la cession des contrats de la commande publique », *AJDA* 2021 p.1183 et s.

¹⁸³ Sur cette notion voir L. Richer, *AJDA* 2014, p. 1925.

¹⁸⁴ N. GABAYET, art. cit., p. 42.

¹⁸⁵ Art. 214.2(b) de la Loi sur les contrats du secteur public ; N. GABAYET, art. préc., p. 42 ; P. VALCALELFERNANDEZ, « Contract changes in the Spanish system on public procurement », *in ibid.*, p. 225.

§III. Le cas particulier des groupements d'entreprises

Bien que ni les directives, ni le droit français, ni celui de la plupart des États-membres ne traitent spécifiquement de cette hypothèse, le cas particulier dans lequel le titulaire du contrat est un groupement d'opérateurs économiques semble poser un problème spécifique. Il s'agit du changement de composition du groupement. Celui-ci doit-il être analysé comme un cas de changement d'identité du cocontractant ?

En l'état du droit positif écrit, seul le droit italien apporte une réponse. L'article 48 du Code des contrats publics italien prévoit ainsi l'interdiction de la poursuite de l'exécution du contrat en cas de retrait de l'un des membres du groupement, sauf dans les hypothèses de faillite ou de liquidation¹⁸⁶. Si c'est l'entreprise à la tête du groupe qui se retire, un autre opérateur doit être nommé pour remplir la même fonction au sein du groupe (article 80(5) du Code des contrats publics)¹⁸⁷, alors que si c'est un autre membre du groupe qui quitte celui-ci, l'opérateur à la tête du groupe doit trouver son remplaçant ou se charger lui-même de la part des obligations qui lui incombent¹⁸⁸.

En France, le Conseil d'Etat a récemment censuré une cour qui n'avait pas jugé qu'il y avait changement de cocontractant et obligation de remise en concurrence en cas de changement d'un membre du groupement, en raison de l'absence de personnalité juridique du groupement : « *La substitution, au cours de l'exécution d'un marché passé avec un groupement d'opérateurs économiques, lequel n'est pas doté de la personnalité juridique, d'un ou de plusieurs des membres de ce groupement par un ou plusieurs autres opérateurs économiques constitue une modification du titulaire du marché qui ne peut valablement avoir lieu sans mise en concurrence que dans les cas prévus par les dispositions de l'article L. 2194-1 du code de la commande publique, citées au point 4, et précisés par les dispositions réglementaires citées au point 5* »¹⁸⁹.

A noter, cependant, que le CCAG-Travaux de 2021 prévoit la possibilité de changer le mandataire d'un groupement par avenant à la suite d'une défaillance du mandataire initial :

¹⁸⁶ B. BIANCARDI, R. CARANTA et P. PATRITO, « Contract changes in Italy », in D.-C. DRAGOS et autres (dir.), *op. cit.*, p. 184 ; N. Gabayet, art. préc., p. 44.

¹⁸⁷ *Ibid.*

¹⁸⁸ *Ibid.*

¹⁸⁹ CE, 16 mai 2022, *SHAM*, n°459408.

« **52.7.2.** *Si le mandataire ne se conforme pas aux obligations qui lui incombent en tant que représentant et coordonnateur des autres membres du groupement, il est mis en demeure d'y satisfaire suivant les modalités définies à l'article 52.1.*

Si cette mise en demeure reste sans effet, le maître d'ouvrage invite les membres du groupement à désigner un autre mandataire parmi les autres membres du groupement, dans le délai de trente jours.

En l'absence de désignation dans ce délai, le cocontractant exécutant la part financière la plus importante à réaliser d'ici la fin du marché à la date de cette modification devient le nouveau mandataire du groupement.

Le nouveau mandataire, une fois désigné, est substitué par avenant à l'ancien dans tous ses droits et obligations.

52.7.3. *Lorsque le mandataire est défaillant, non seulement dans son rôle de mandataire, mais aussi dans l'exécution des travaux qui lui sont attribués dans l'acte d'engagement, les stipulations suivantes s'appliquent.*

Si les autres membres du groupement l'acceptent expressément, un des membres du groupement peut être substitué au mandataire dans l'exécution des prestations qui lui sont attribuées dans l'acte d'engagement. Un nouveau mandataire est alors désigné selon les modalités fixées à l'article 52.7.2.

Faute de l'accord des autres membres du groupement, le maître d'ouvrage est tenu de passer un nouveau marché pour la réalisation de la part des travaux non exécutée par le mandataire. Dans ce cas :

- si les autres membres du groupement en expriment le souhait, ils peuvent poursuivre leurs travaux dans le cadre d'un groupement réduit à eux seuls. Un nouveau mandataire est alors désigné selon les modalités fixées à l'article 52.7.2.

Le marché est alors modifié par avenant pour désigner la part des prestations exclues du marché, celles restant à fournir par chacun des membres du groupement ainsi réduit, et le nouveau mandataire de ce groupement ;

- si les membres du groupement ne souhaitent pas poursuivre l'exécution des travaux, le maître d'ouvrage résilie la totalité du marché. »

Sous-section 2 : La substitution d'autorités contractantes

La substitution d'autorités contractantes peut occasionner des changements sans conséquences sur le périmètre du contrat (§I.), ou des changements affectant le périmètre du contrat (§II.).

§I. Les changements sans conséquence sur le périmètre du contrat

La cession peut résulter de la loi¹⁹⁰, ce qui ne laisse pas le choix aux parties. Dans ce cas, le transfert de compétence entraîne le « *transfert de contrat* »¹⁹¹ du fait de la substitution d'une personne publique à une autre personne publique. Ce transfert de compétence et de contrat se fonde sur les dispositions de l'article L.5211-4-1 du Code général des collectivités territoriales¹⁹² qui dispose que le transfert de compétences d'une commune à un établissement public de coopération intercommunale entraîne le transfert du service ou de la partie de service chargé de sa mise en œuvre. Les modalités des transferts de compétences sont définies par « *décision conjointe* », précise l'article 72 de la loi NOTRe, de la commune et de l'EPCI, sans autre précision en cas de désaccord¹⁹³. La loi prévoit néanmoins, préalablement à la décision, l'obligation d'établir une fiche d'impact décrivant notamment les effets du transfert sur l'organisation¹⁹⁴, notamment à la suite du transfert d'un contrat. Cette fiche est à rapprocher du nouvel article L. 5211-39-2, issu de la loi n° 2019-1461 du 27 décembre 2019¹⁹⁵, instituant une obligation d'élaboration d'un document, présentant une estimation des incidences financières et sur le personnel pour le ou les EPCI concernés et leurs communes membres, préalablement à chacune des opérations de modification de périmètre. La nature de ce « document » n'est pas précisée, mais on peut considérer qu'il est comparable à une fiche d'impact¹⁹⁶.

¹⁹⁰ Spécialement en cas de transfert de compétences à un EPCI.

¹⁹¹ M. UBAUD-BERGERON, *Droit des contrats administratifs*, LexisNexis, 2eéd., 2017, § 738, p. 381.

¹⁹² CGCT, art. L.5211-4-1.

¹⁹³ Même si ces transferts s'effectuent de plein droit pour les agents titulaires et non titulaires exerçant en totalité leurs fonctions au sein du service transféré.

¹⁹⁴ Aussi les conditions de travail, ainsi que sur la rémunération et les droits acquis des fonctionnaires et des agents territoriaux non titulaires concernés.

¹⁹⁵ CGCT, art. L. 5211-39-2, issu de la loi no 2019-1461 du 27 décembre 2019.

¹⁹⁶ Celle de l'article L. 5211-4-1 du CGCT est une fiche d'impact commune, dès lors qu'elle doit être annexée à la décision comme « tous les accords conclus préalablement à la décision ». De même, on peut penser que c'est le projet de décision et non la décision elle-même, accompagnée de ses annexes, qui doit être soumis à l'avis du ou

Une illustration jurisprudentielle intéressante est donnée par le Conseil d'Etat dans un arrêt du 9 juin 2020¹⁹⁷, dans lequel il considère que rien ne s'oppose à ce qu'une collectivité qui a vocation à exercer la compétence nécessaire à la conclusion et l'exécution d'un contrat de la commande publique engage elle-même la procédure de passation du contrat, alors même qu'elle n'est pas encore compétente à cette date pour le signer. Pour ce faire, il lui incombe seulement, dès le lancement de la procédure de passation, de faire savoir que le contrat ne sera signé qu'après être devenue compétente pour le conclure. Enfin, le Conseil d'Etat précise qu'une personne publique peut également conclure un contrat au terme d'une procédure menée par une autre personne publique à laquelle elle se substitue de plein droit à la date de la signature du contrat. En définitive, les acheteurs publics non encore compétents peuvent tout à fait lancer et conduire la procédure de passation à condition toutefois de veiller à ne signer le contrat qu'une fois la délégation de compétence attribuée et surtout le faire savoir dès le lancement de la procédure.

§II. Les changements affectant le périmètre du contrat

Il peut arriver que le transfert du contrat entre deux personnes publiques, par exemple à la suite d'un transfert de compétences à un EPCI, conduise à fusionner plusieurs contrats existants. En pareil cas, il conviendra de vérifier que cette modification remplit les critères de modification des contrats. Il est probable alors que les critères de circonstances imprévues ou de travaux ou services devenus nécessaires pourront être invoqués, avec toutefois la limite de 50 % pour les pouvoirs adjudicateurs qui pourraient poser problème dans certains cas.

des comités techniques compétents. L'ensemble tend à réduire les risques de contentieux, mais ne peut les éliminer à ce stade, pas plus que pour une « mise à disposition », en cas de non-transfert de l'agent, soit en raison de son refus, soit en raison du partage de son activité entre la commune et l'EPCI. Celle-ci est néanmoins réglée cette fois « par convention » entre la commune et l'EPCI.

¹⁹⁷ CE, 9 juin 2020, n°436922.

SECTION 3 : LES CONSEQUENCES D'UNE MODIFICATION ILLEGALE

Les directives européennes attendent des Etats membres qu'ils instaurent dans leur droit national des dispositifs permettant la résiliation d'un marché public ou d'une concession par l'autorité contractante particulièrement lorsque, en vertu des règles relatives à la modification, le contrat a fait l'objet d'une modification substantielle illégale¹⁹⁸. En effet, pour les marchés publics, l'article 73 de la directive 2014/24/UE dispose :

« Les États membres veillent à ce que les pouvoirs adjudicateurs aient la possibilité, au moins dans les circonstances ci-après et dans les conditions déterminées par le droit national applicable, de résilier un marché public en cours lorsque :

a) le marché a fait l'objet d'une modification substantielle qui aurait requis une nouvelle procédure de passation de marché en vertu de l'article 72 [...]. »¹⁹⁹

Quant aux concessions, une formulation similaire se retrouve dans l'article 44 a) de la directive 2014/23/UE :

« Les États membres veillent à ce que les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices aient la possibilité, dans les conditions déterminées par le droit national applicable, de résilier une concession en cours lorsqu'au moins une des conditions suivantes est remplie :

¹⁹⁸ Dir. 2014/23/UE, art. 44, a) ; Dir. 2014/24/UE, art. 73, a) ; Dir. 2014/25/UE, art. 90, a).

¹⁹⁹ La formulation de l'article 90 de la directive 2014/25/UE sur les marchés des entités adjudicatrices dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux est identique.

a) une modification de la concession a eu lieu, laquelle aurait requis une nouvelle procédure d'attribution de concession conformément à l'article 43 [...]. »²⁰⁰

En somme, en cas de modification qui aurait requis une nouvelle procédure de passation, l'acheteur public ou l'autorité concédante pourrait résilier unilatéralement le contrat en cours d'exécution. Cependant, la transposition des directives européennes de 2014 en droit français se limite à l'hypothèse de la résiliation du marché public ou de la concession par l'autorité contractante quand la poursuite de l'exécution du contrat mettrait en œuvre une modification illégale, en amont de la modification, et non quand la modification a déjà intégré le contrat, comme le prévoit les directives²⁰¹. Dans sa rédaction actuelle, le Code de la commande publique limite donc les cas de résiliation d'un marché ou d'une concession²⁰² et ne prévoit pas celle prévues par les directives. Mais cette liste n'est aucunement exhaustive puisque la jurisprudence en prévoit d'autres. En effet, le Conseil d'Etat admet la possibilité de la résiliation du contrat pour cause d'illégalité :

« Dans le cas particulier d'un contrat entaché d'une irrégularité d'une gravité telle que, s'il était saisi, le juge du contrat pourrait en prononcer l'annulation ou la résiliation, la personne publique peut, sous réserve de l'exigence de loyauté des relations contractuelles, résilier unilatéralement le contrat sans qu'il soit besoin qu'elle saisisse au préalable le juge. »²⁰³

²⁰⁰ A noter pour les concessions que cette disposition ne fait pas référence à la notion de « modification substantielle » à l'inverse des dispositions analogues des directives 2014/24/UE et 2014/25/UE.

²⁰¹ CCP, art. L. 2195-6 : « L'acheteur peut résilier le marché lorsque l'exécution du contrat ne peut être poursuivie sans une modification contraire aux dispositions prévues au chapitre IV du présent titre » ; CCP, art. L. 3136-6 : « L'autorité concédante peut résilier le contrat de concession lorsque l'exécution du contrat ne peut être poursuivie sans une modification qui méconnaîtrait les dispositions du chapitre V du présent titre ». Sur ce point, il s'agit de résilier le contrat avant toute modification qui serait nécessairement illégale pour que le projet puisse aboutir. La modification est intellectuellement anticipée. Dans le même sens, voir : F. LICHERE et V. LAMY, « *Contract changes in France* », in D. DRAGOS, K.-M. HALONEN, S. TREUMER et B. NEAMTU (dir.), *Contract Changes. The Dark Side of EU Procurement Law*, Royaume-Uni, Edward Elgard Publishing, 2023. D'autres cas de résiliation sont prévus par le Code de la commande publique en particulier en cas de force majeure (CCP, art. L. 2195-2 et L. 3136-2), ou lorsque le cocontractant en cours d'exécution est placé dans un cas d'exclusion des procédures de passation (CCP, art. L. 2195-4 et L. 3136-4, conformément aux directives européennes) ou encore, dans le cas exclusif des contrats administratifs, en cas de faute grave du cocontractant ou pour un motif d'intérêt général (CCP, art. L. 2195-3 et L. 3136-3). De même, la résiliation est possible à la suite d'une reconnaissance par la Cour de justice de l'Union européenne d'un manquement grave aux obligations prévues par le droit européen des marchés publics et des concessions lors de la passation du contrat (CCP, art. L. 2195-5 et L. 3136-5).

²⁰² CCP, art. L. 2195-1 et L. 3136-1.

²⁰³ CE, 10 juill. 2020, *Société Comptoir Négoce Equipements*, n° 430864. Le Conseil d'Etat précise ensuite : « Après une telle résiliation unilatéralement décidée pour ce motif par la personne publique, le cocontractant peut prétendre, sur un terrain quasi-contractuel, pour la période postérieure à la date d'effet de la résiliation, au remboursement de celles de ses dépenses qui ont été utiles à la collectivité envers laquelle il s'était engagé. Si l'irrégularité du contrat résulte d'une faute de l'administration, le cocontractant peut, en outre, sous réserve du

Il n'est pas sûr pour autant que le juge considèrerait être en présence d'une irrégularité grave. En outre, l'intérêt d'une autorité contractante à résilier un contrat au motif d'une modification illégale alors même qu'elle l'a décidée relativise la portée de cette jurisprudence. La sanction de la modification illégale est alors inefficace.

Enfin, en cas de contentieux devant le juge administratif portant sur la légalité d'un avenant, le droit français semble, au regard de la jurisprudence *Béziers 2* appliquée aux modifications des contrats, privilégier la préservation du contrat dans sa rédaction antérieure à la modification illégale²⁰⁴.

Dès lors, en théorie, lorsque les parties procèdent à une modification illégale, elles s'exposeraient *a priori* à une sanction de résiliation de la modification litigieuse. En pratique, la situation est bien différente tant les obstacles sont nombreux pour y parvenir. Outre la nécessité pour un tiers d'être informé d'une modification (voir *supra*), tant les parties que les tiers ne verront pas leur prétention aboutir soit en raison de la fermeture du prétoire à leur revendication, soit du fait de l'office du juge parfois trop limité, d'autres fois trop important, privant d'effet utile un recours en contestation de la validité d'une modification contractuelle (§I).

Cependant, si la modification illégale n'est pas systématiquement résiliée ou annulée, elle peut conduire les parties sur un chemin plus périlleux tant les conséquences peuvent être regrettables pour elles. En effet, une modification illégale peut, dans certains cas, intéresser le juge pénal dans le cadre de poursuites à l'encontre de l'autorité contractante pour délit d'octroi d'avantages injustifiées (ou délit de favoritisme) et à l'encontre de l'opérateur économique pour délit de recel de favoritisme (§II).

partage de responsabilités découlant le cas échéant de ses propres fautes, prétendre à la réparation du dommage imputable à la faute de l'administration. Saisi d'une demande d'indemnité sur ce second fondement, il appartient au juge d'apprécier si le préjudice allégué présente un caractère certain et s'il existe un lien de causalité direct entre la faute de l'administration et le préjudice. »

²⁰⁴ F. LICHERE et V. LAMY, *art. cit.*.

§1. La contestation de la validité d'une modification considérée comme illégale

La solution dépendra, en premier lieu, de la nature du contrat de commande publique. Si celui-ci est de droit privé, la contestation par des tiers dépendra du point de savoir s'il s'agit d'une cause de nullité absolue et la contestation par une partie, du point de savoir s'il s'agit d'une nullité relative. Mais, comme il sera vu pour les contrats administratifs, il est peu probable qu'un tiers demande la nullité d'un contrat motif pris que sa modification serait illégale et il en va aussi des parties au contrat de droit privé ainsi modifié par consentement mutuel.

Si le contrat de la commande publique est administratif, les recours en contestation de validité d'une modification d'un contrat sont ouverts, sous conditions, aux tiers (**B.**), mais la position classique du Conseil d'Etat demeure de restreindre les actions contentieuses des parties aux seuls recours indemnitaires (**A.**).

A. L'absence de recours en validité ouvert aux parties

La modification d'un contrat, qu'elle soit unilatérale ou conventionnelle ne peut en aucun cas faire l'objet d'une demande en annulation ou résiliation par les parties.

Tout d'abord, s'agissant des modifications unilatérales, les parties au contrat ne peuvent pas assigner l'autre contractant devant le juge aux fins d'annulation d'un acte d'exécution du contrat, mais seulement aux fins d'indemnisation des dommages-intérêts résultant de ladite modification comme l'a réaffirmé l'arrêt *Société les Fils de Mme Géraud* :

« Considérant que si une partie à un contrat administratif peut, eu égard à la portée d'une telle mesure d'exécution, former devant le juge du contrat un recours de plein contentieux contestant la validité de la résiliation de ce contrat et tendant à la reprise des relations contractuelles, ce juge, saisi par une partie d'un litige relatif à une mesure d'exécution du contrat autre qu'une résiliation, peut seulement rechercher si cette mesure est intervenue dans des conditions de nature à ouvrir droit à indemnité. »²⁰⁵

²⁰⁵ CE, 15 nov. 2017, *Sté Les Fils de Madame Géraud*, n° 402794 : *Contrats-Marchés publ.* 2018, comm. 18, obs. J.-P. Piétri ; *CP* 183/2018, p. 65, obs. A. Fourmon. Voir également : L. RICHER et F. LICHERE, *op. cit.*, p. 350.

Il ferme ainsi une porte ouverte par un tribunal administratif²⁰⁶.

Cette restriction assure à la personne publique un moyen d'adapter ses projets en cours d'exécution au regard de l'évolution de l'intérêt général et des services publics dont elle a la charge²⁰⁷.

Ensuite, concernant les modifications conventionnelles, les demandes en annulation par les parties n'auraient que peu de sens dès lors qu'elles sont à l'origine de la modification, et ce quand bien même la jurisprudence *Société Les Fils de Madame Géraud (précitée)* pourrait probablement s'appliquer aux mesures d'exécution convenues par les parties. Les parties n'auraient donc, théoriquement encore, que peu d'intérêts véritables à contester devant le juge la validité d'une telle modification, sauf à s'inquiéter d'un risque de poursuites pénales à leur encontre. Au-delà, le caractère rétroactif de l'annulation engendrerait des conséquences trop importantes pour les parties qui préfèreraient une résiliation de l'avenant, valable donc uniquement pour l'avenir.

La position du Conseil d'Etat quant à l'impossibilité pour une partie de contester la légalité d'une modification unilatérale soulève quelques interrogations depuis sa récente décision *Centre hospitalier d'Ajaccio*²⁰⁸ par laquelle est admis le pouvoir pour une autorité contractante d'écarter pour l'avenir une clause qu'elle estimerait illégale ou abusive d'un

²⁰⁶ Céline FRACKOWIAK, « L'action en rétablissement de l'état antérieur du contrat : bon Béziers de Lille », *AJDA* 2013 p. 1115.

²⁰⁷ D'autant que, étant lié au pouvoir d'organisation du service public, la personne publique ne peut renoncer à son pouvoir de modification unilatérale (un privilège de l'administration rappelé à l'article L. 6 du Code de la commande publique) : CE, 3 mai 1974, *Sté concessionnaire du garage parking St-Honoré c. Ville de Paris*, n° 82319. Pour une réflexion doctrinale sur la pertinence d'une évolution des régimes de contestation des actes d'exécution d'un contrat, voir : H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, 3^e édition, Paris, Dalloz, coll. « Cours Dalloz Série Droit public », 2022, p. 991-992.

²⁰⁸ CE, 13 juin 2022, n° 453769 n° 453770, *Centre hospitalier d'Ajaccio* : Lebon T. ; *JCP A* 2022, 2236, comm. F. Lichère. Récemment, le Conseil d'Etat a confirmé cette jurisprudence dans CE, 8 mars 2023, *SIPPEREC*, n° 464619 : « 3. En vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs, la personne publique contractante peut unilatéralement apporter des modifications à un tel contrat dans l'intérêt général, son cocontractant étant tenu de respecter les obligations qui lui incombent en vertu du contrat ainsi modifié tout en ayant droit au maintien de l'équilibre financier du contrat. La personne publique peut ainsi, lorsqu'une clause du contrat est affectée d'une irrégularité tenant au caractère illicite de son contenu et à condition qu'elle soit divisible du reste du contrat, y apporter de manière unilatérale les modifications permettant de remédier à cette irrégularité. Si la clause n'est pas divisible du reste du contrat et que l'irrégularité qui entache le contrat est d'une gravité telle que, s'il était saisi, le juge du contrat pourrait en prononcer l'annulation ou la résiliation, la personne publique peut, sous réserve de l'exigence de loyauté des relations contractuelles, résilier unilatéralement le contrat sans qu'il soit besoin qu'elle saisisse au préalable le juge.

4. En jugeant que la modification unilatérale d'un contrat concédant un service public ne saurait être mise en œuvre au seul motif de purger le contrat de stipulations illicites, alors que, ainsi qu'il vient d'être dit, la personne publique peut modifier une clause illicite de manière à remédier à son irrégularité si celle-ci est divisible du reste du contrat, pour en déduire qu'il existait un doute sérieux sur la légalité de la délibération dont la suspension lui était demandée, le juge des référés de la cour administrative d'appel de Paris a commis une erreur de droit. »

contrat administratif en cours d'exécution²⁰⁹. Or, cette reconnaissance prétorienne d'écarter une clause pour l'avenir entraîne nécessairement un changement dans le contrat, une modification qui, selon la clause an cause, peut avoir de fortes répercussions sur la mise en concurrence initiale et, plus encore, sur le consentement initial du titulaire ou du concessionnaire. Sans oublier que l'économie du contrat peut en être bouleversé, en particulier lorsque ladite clause est indivisible du reste du contrat. A ce titre, aucune solution n'est apportée au regard de la jurisprudence *Société Comptoir Négoce* sur la résiliation par l'acheteur ou l'autorité concédante d'un contrat illégal²¹⁰, quant aux suites à donner à la mise à l'écart pour l'avenir d'une clause considérée par l'autorité contractante comme illégale lorsque celle-ci est indivisible du reste du contrat. La logique commanderait, au regard du risque de bouleversement de l'économie du contrat (le retrait de la clause impliquerait une modification substantielle non-autorisée) et de l'illégalité *ad initio* du contrat du fait de ladite clause, que le contrat puisse être résilié unilatéralement dans son ensemble. En outre, ce pouvoir dépend de l'appréciation de l'autorité contractante qu'elle porte sur une clause d'un contrat dont elle est partie et rédactrice. L'absence de contestation juridictionnelle sur la validité d'une telle décision emporte donc de nombreux doutes, même s'il est compréhensible que le Conseil d'Etat tienne à maintenir la portée de sa décision *Béziers 2*²¹¹ n'ouvrant droit, par principe, qu'à des recours indemnitaires aux cocontractants dans le cadre du contentieux des mesures d'exécution d'un contrat. Le Professeur François Lichère souligne cependant que :

« Toutefois, les conséquences potentielles de la décision d'écarter une clause sur l'équilibre général d'un contrat nous paraissent devoir justifier une nouvelle exception à ce principe, après celle relative à la contestation de la décision de résiliation. Car modifier un contrat pour un motif d'intérêt général n'équivaut pas à le modifier au motif d'une prétendue illégalité d'une clause sur laquelle les parties s'étaient mises d'accord. L'intérêt général est en quelque sorte extérieure aux parties quand l'illégalité d'une clause est intrinsèque au contrat. Puisque cette jurisprudence s'inscrit dans la suite logique de l'arrêt Société Comptoir Négoce, laquelle a pour contrepoint la possibilité pour le cocontractant de demander

²⁰⁹ L'annulation d'une clause, avec effet rétroactif donc, est un pouvoir exclusif de l'office du juge du contrat.

²¹⁰ CE, 10 juill. 2020, *Sté Comptoir Négoce Equipements*, n° 430864 : Lebon, p. 281 ; *JCP A* 2020, act. 431 ; *JCP G* 2020, 929 ; *Contrats-Marchés publ.* 2020, comm. 257, note Ph. Rees.

²¹¹ CE, Sect., 21 mars 2011, *Commune de Béziers*, n° 304806 : *RFDA* 2011, 507, concl. E. Cortot-Boucher, note D. Pouyaud ; *BJCP* 2011, n° 76, 170, concl. E. Cortot-Boucher ; *ADJA* 2011, 670, chron. A. Lallet ; *Dr. adm.* 2011, 46, note F. Brenet et E. Melleray.

l'annulation de la résiliation pour motif d'illégalité, il faut suivre la même logique d'un point de vue contentieux pour la clause écartée pour illégalité. »²¹²

Ce cas particulier, qui en l'espèce concernait une convention relative à la participation d'un médecin à un service public hospitalier mais pouvant s'appliquer à tout contrat administratif, nécessiterait donc des éclairages par les juridictions administratives.

En définitive, si l'intérêt pour les parties de demander l'annulation ou la résiliation d'une modification illégale est limité, il en est autrement des tiers qui, dans certains cas, pourraient présenter un intérêt à la résiliation ou l'annulation d'une modification illégale.

B. Les recours en contestation ouverts aux tiers

Les contestations par les tiers de la validité d'une modification conventionnelle doivent être distinguées de celles d'une modification unilatérale. En effet, si la modification unilatérale en elle-même ne peut faire l'objet d'aucun recours contentieux²¹³, le contentieux des actes détachables comme la décision de refus d'une modification unilatérale ou la décision de refus d'annuler une modification unilatérale relève du recours pour excès de pouvoir dont l'issue n'aura pas automatiquement d'effets sur le contrat dans son ensemble²¹⁴. Mais dans la mesure où le Conseil d'Etat a transformé le recours pour excès de pouvoir contre le refus de résilier en recours de plein contentieux²¹⁵, il pourrait en aller de même, à l'avenir, du refus de modifier.

Au contraire, une modification conventionnelle peut être contestée par le préfet, dans le cadre d'un déferé préfectoral éventuellement assorti d'une demande de suspension²¹⁶, ou par les tiers dans les conditions d'intérêt donnant qualité à agir de la jurisprudence *Département du Tarn-et-Garonne*²¹⁷ (notamment les candidats évincés).

Le recours contre un avenant qui modifie substantiellement un marché public ou une concession, fonctionne de la même manière que le recours pour contester la validité du contrat

²¹² F. LICHERE, « Du pouvoir exorbitant d'écarter une clause illégale », *JCP A*, 2022, n° 34, 2236.

²¹³ H. HOEPFFNER, *op. cit.*, p. 988.

²¹⁴ Voir par exemple : CE, 29 avril 1987, *Commune d'Eliaucourt*, n° 51022.

²¹⁵ CE, Sect., 30 juin 2017, *Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche (SMPAT)*, n°398445.

²¹⁶ CE, 28 juill. 1995, *Préfet de la Région Île-de-France c. Sté de gérance Jeanne d'Arc*, n° 143438.

²¹⁷ Sur l'application de la jurisprudence *Département du Tarn-et-Garonne* aux modifications apportées aux contrats conclus initialement avant le 4 avril 2014, voir : CE, 20 nov. 2020, *Association Trans 'Cub*, n° 428156.

initial. La jurisprudence *Département du Tarn-et-Garonne* ouvre le recours de pleine juridiction à tout tiers qui justifie d'un intérêt suffisamment direct et certain affecté par la conclusion du contrat ou de certaines de ses clauses. Cependant, une telle action contentieuse emporte rarement l'annulation ou la résiliation du contrat, la préservation de la stabilité des relations contractuelles étant privilégiée par le juge administratif à travers diverses conditions restrictives. Tout d'abord, les requérants ne peuvent soulever que des vices en lien direct avec l'intérêt lésé qu'ils revendiquent, ce qui conduit à une limitation des moyens de recours. Ensuite, l'office du juge de plein contentieux en ce domaine offre un large panel de solutions allant de la poursuite de l'exécution du contrat, lorsqu'elle est possible et éventuellement sous réserve de mesures de régularisation prises unilatéralement par l'autorité contractante ou consensuellement entre les parties, au prononcé de la résiliation du contrat éventuellement avec effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, voire jusqu'au prononcé de l'annulation lorsque le juge constate l'illégalité du contenu du contrat ou un vice d'une particulière gravité tenant notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement. La résiliation ou l'annulation du contrat ne sont alors que des solutions de dernier recours quand la poursuite de la relation contractuelle est devenue inconcevable. Aussi, la solution privilégiée est celle de la résiliation de l'avenant avec un retour au contrat dans ses termes directement antérieurs à la modification illégale.

Point de droit comparé²¹⁸ : En Allemagne et en Autriche, la modification illégale contamine l'intégralité du contrat. Ainsi, celui-ci sera soit résilié avec effet immédiat par l'autorité contractante, dans la limite des prestations déjà exécutées, lorsque le contrat a déjà été partiellement ou intégralement exécuté, soit annulé par celle-ci lorsque le contrat n'a pas été exécuté ou que les prestations exécutées peuvent être restituées en valeur.

La majorité des Etats membres de l'Union européenne ont une approche plus souple, similaire à la France, où la résiliation ou

²¹⁸ Pour en savoir plus, voir la Partie 2 sur le droit comparé.

l'annulation ne concerne que la modification elle-même et non
le contrat en son ensemble.

La distinction de régime entre les recours en contestation de la validité d'une modification unilatérale et une modification conventionnelle par un tiers ne saurait tenir, selon la Professeure Hélène Hoepffner, depuis l'unification des régimes juridiques des modifications opérée par le Code de la commande publique, d'autant que ceci « *pourrait conduire à des stratégies consistant pour les parties à préférer modifier leur contrat par le biais d'un acte modificatif unilatéral afin d'éviter tout risque contentieux* »²¹⁹, éventuellement après discussion et accord officieux entre les parties. L'auteur propose de :

« [...] *requalifier l'acte unilatéral modificatif en acte détachable et ouvrir à son encontre la voie du recours pour excès de pouvoir, le cas échéant en l'adaptant ainsi que cela a été fait pour les actes d'approbation ou de créer une action en rétablissement de l'état antérieur du contrat, c'est-à-dire un recours de plein contentieux* »²²⁰.

§II. Le risque pénal d'une modification illégale

Si la qualification de modification substantielle a une telle importance, et de manière plus générale la question de la légalité d'une modification, c'est, au-delà des possibles résiliations ou annulations des avenants, en raison de l'éventualité de constituer, pour l'autorité contractante, un délit d'octroi d'avantages injustifiés (ou délit de favoritisme)²²¹ et, pour son cocontractant, de délit de recel de favoritisme²²². Tel est par exemple le cas de travaux non initialement prévus dans le marché initial et ne relevant pas des modifications autorisées²²³ ou celui du versement d'une avance supérieure à ce qui est prévu par le Code de la commande

²¹⁹ *Idem.*

²²⁰ *Idem.*

²²¹ Code pénal, art. 432-14.

²²² Pour la Cour de cassation, le délit de recel de favoritisme est caractérisé à l'égard de celui qui bénéficie en connaissance de cause du produit provenant de l'attribution irrégulière d'un marché ou d'un avenant illégal. Voir par exemple : Cass., Crim., 5 mai 2004, n° 03-85.503 P : *AJ pénal* 2004. 285, obs. Girault.

²²³ Cass., Crim., 29 juin 2011, n° 10-87.498 P : *Gaz. Pal.* 2011. 2. 2222, note Lasserre Capdeville ; *ibid.* 3444, note Dreyer.

publique ou les documents contractuels²²⁴. La prudence est donc de rigueur lors des modifications contractuelles pour éviter toute poursuite pour délit de favoritisme ou de délit de recel de favoritisme puisque le raisonnement, implicitement validé par la Cour de cassation, semble, selon le Professeur Florian Linditch, consisterait alors à ce que « *des aménagements trop favorables au titulaire, bien qu'ils surviennent en cours d'exécution du contrat peuvent également traduire le favoritisme* »²²⁵. Insistant sur les risques pénaux, l'auteur ajoute :

« [...] *si les candidats potentiels avaient pu connaître les aménagements ultérieurs du contrat, ils auraient bâti leur offre différemment. On peut comprendre en effet qu'exécuter un contrat différent de celui mis en concurrence, altère définitivement celle-ci. Des avenants trop avantageux, des contrôles d'exécution laxistes, peuvent même constituer le second temps d'un stratagème qui consistera à organiser une mise en concurrence sur la base d'un cahier des charges rigoureux, ceci afin de décourager les concurrents ou de les contraindre à remettre une offre moins concurrentielle.* »²²⁶

Il existe même des condamnations pénales pour délit de favoritisme dans le cadre de modifications de marchés à procédure adaptée où un avenant d'un marché de travaux représentait certes 25 % du montant initial du marché mais s'avérait être d'un montant de seulement 17 996 euros. Le juge pénal a considéré qu'il n'y avait pas, en l'espèce, de justification à une modification de plus de 15%²²⁷.

Les conséquences d'une modification illégale sont alors non négligeables. Sans compter les répercussions médiatiques et politiques qu'emportent les condamnations pour délit d'octroi d'avantages injustifiés de la part des autorités contractantes, les effets sur les opérateurs économiques condamnés pour le délit de recel de favoritisme ne sont pas moins problématiques puisque l'ultime sanction (non-pénale) est l'exclusion de toute procédure de passation d'un

²²⁴ Cass., Crim., 9 sept. 2020, n° 19-85.374 : *JCP G* 2020. 1072, obs. J.-M. Brigant ; *Gaz. Pal.* nov. 2020, obs. E. Dreyer ; *Contr. Marchés publ.* 2021, chron. 6, obs. F. Linditch. Dans cette affaire, la Cour de cassation estime qu'un tel versement d'avances constitue une modification substantielle du contrat puisqu'elle introduit une condition qui, si elle avait été incluse dans la procédure de passation initiale, aurait attiré davantage d'opérateurs économiques ou permis l'admission d'autres opérateurs économiques ou permis le choix d'une offre autre que celle retenue.

²²⁵ F. LINDITCH, « Un an de droit pénal de la commande publique », *Contr. Marchés publ.*, 2021, n° 10, chron. 6.

²²⁶ *Idem.*

²²⁷ CA Grenoble, 15 mars 2022, note F. Lichère « Du bon usage du droit de la commande publique par le juge pénal : réflexions sur un arrêt appliquant le délit de favoritisme à des marchés à procédure adaptée », *JCP A*, n°2159, p. 42 à 44.

contrat de la commande publique²²⁸, à condition que la décision pénale soit devenue définitive et ne fasse pas l'objet d'un appel pendant²²⁹.

En définitive, ce ne sont pas tant les risques contentieux devant le juge administratif qui peuvent inquiéter les acheteurs publics, les autorités concédantes et les opérateurs économiques, mais plutôt les poursuites et condamnations pénales pouvant résulter d'une modification illégale.

²²⁸ CCP, art. L. 2141-1 et L. 3123-1.

²²⁹ CE, 2 nov. 2022, *Ministre des armées c. Sté Icare*, n° 464479 : « [...] une personne dont le jugement l'ayant condamnée à une peine d'exclusion des marchés n'est pas exécutoire en raison de l'appel formé à son encontre ne peut être exclue, pour ce motif, de la procédure de passation du marché ».

**APPROCHES
EUROPEENNES DE LA
MODIFICATION DES
CONTRATS PUBLICS**

*Analyse de droit comparé européen sur les réglementations
encadrant la modification des contrats de la commande publique*

INTRODUCTION

Intérêt commun des juristes européens. La réglementation des modifications en cours d'exécution des contrats de marchés publics ou de concessions suscite de plus en plus l'intérêt des juristes et de la doctrine en Europe tant le droit de l'Union européenne fut, jusqu'aux décisions de la Cour de justice de l'Union européenne (en particulier *Pressetext*²³⁰ et *Wall AG*²³¹) et l'adoption des directives de 2014²³², silencieux sur ce point. Le droit des marchés publics et des concessions était principalement abordé sous l'angle d'une passation des contrats publics respectueuse de la libre et égale concurrence, laissant de côté la phase d'exécution contractuelle²³³. Le risque de novation d'un contrat public à la suite d'une modification nécessaire, pour préserver les principes fondamentaux de la commande publique, la passation d'un nouveau marché ou d'une nouvelle concession. Encore faut-il déterminer clairement et précisément les circonstances susceptibles d'emporter un tel effet novatoire.

Or, si les dispositions des trois directives de 2014 apportent quelques éclairages et un commencement d'harmonisation en la matière au sein des Etats membres de l'Union européenne, elles ne sauraient établir un cadre juridique commun clair, prévisible et sécurisé. Les incertitudes sont nombreuses, notamment en ce qui concerne la notion de modification substantielle et la caractérisation d'une modification non-substantielle, ou l'appréhension de la mauvaise exécution contractuelle en tant que modification, ou encore les conséquences du dépassement du montant ou du volume maximum des accords-cadres.

²³⁰ CJUE, 3^e ch., 19 juin 2008, aff. C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, ECLI:EU:C:2008:351.

²³¹ CJUE, Gr. ch., 13 avr. 2010, aff. C-91/08, *Wall AG contre La ville de Francfort-sur-le-Main et Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH*, ECLI:EU:C:2010:182.

²³² Voir, spéc. : Directive 2014/23/UE, art. 43 et 44 ; Directive 2014/24/UE, art. 72 et 73 ; Directive 2014/25/UE, art. 89 et 90.

²³³ Avec la transposition de la Directive 2014/24/UE, le droit danois aborde pour la première fois la question des modifications contractuelles pour les marchés publics et les concessions. Auparavant, le *Danish Complaints Board for Public Procurement* traitait les litiges relatifs à la modification sous le prisme de la décision *Pressetext* de la CJUE, c'est-à-dire des principes généraux de transparence et d'égalité de traitement.

Périmètre de l'étude comparative. Aussi n'est-il pas surprenant que la doctrine européenne se soit récemment saisie de la question des évolutions apportées par les directives de 2014. Dans un ouvrage collectif intitulé *Contract changes: the dark side of EU directives*²³⁴, un état des lieux comparatif de la réglementation sur les modifications contractuelles est dressé afin d'évaluer, entre autre, la profondeur de l'harmonisation engagée par l'application des directives. L'analyse comparative du présent rapport s'intéresse ainsi aux systèmes juridiques des Etats européens, membres ou non de l'Union européenne, examinés dans cet ouvrage²³⁵, à savoir :

- les Etats membres de l'Union européenne : l'Allemagne, l'Autriche, le Danemark, l'Espagne, la Finlande, l'Italie, les Pays-Bas, la Pologne et la Roumanie ;
- un Etat non-membre de l'Union européenne : le Royaume-Uni²³⁶.

Si la présence d'Etats non-membres de l'Union européenne peut *a priori* surprendre, celle-ci se justifie au regard de l'influence du droit de l'Union européenne sur le droit du Royaume-Uni jusqu'à sa sortie de l'Union en février 2020. Le principal texte s'appliquant en la matière transpose les directives de 2014²³⁷ et n'a pas été remis en cause par les réformes *post-Brexit*²³⁸.

Transposition des directives de 2014. A ce propos, la transposition des articles 72 et 73 de la Directive 2014/24/UE, des articles 43 et 44 de la Directive 2014/23/UE et des articles 89 et 90 de la Directive 2014/25/UE est loin d'être uniforme au sein des anciens et actuels Etats membres de l'Union européenne. La tendance globale est à la transposition fidèle des directives pour les contrats de la commande publique dont la valeur estimée du montant excède les seuils européens de passation, avec éventuellement quelques restrictions supplémentaires. La Pologne est l'exemple même de la transposition pure et simple des dispositions de l'article 72 de la Directive 2014/24/UE aux articles 454 et suivants de la Loi sur les marchés publics (*Prawo zamówień publicznych*, 11 septembre 2019, entrée en vigueur le

²³⁴ D. DRAGOS, K.-M. HALONEN, S. TREUMER et B. NEAMTU (dir.), *Contract Changes. The Dark Side of EU Procurement Law*, Royaume-Uni, Edward Elgard Publishing, 2023, 256 p.

²³⁵ La présente étude constitue une synthèse de l'ouvrage collectif *Contract changes: the dark side of EU directives*, précité, complétée des recherches en droit comparé propres à la Chaire.

²³⁶ L'étude se limite à l'Angleterre, le Pays de Galles et l'Irlande du Nord.

²³⁷ *The Public Contracts Regulation*, 2015, n° 102, art. 72 et 73.

²³⁸ BUREAU DU CONSEIL DES MINISTRES, *Green Paper: Transforming Public Procurement*, 2020, disponible en ligne sur : <https://www.gov.uk/government/consultations/green-paper-transforming-public-procurement>. Pour aller plus loin, voir également : A. SANCHEZ-GRAELLS, « *The copy-out of Directive 2014/24/EU in the UK and its limited revision despite the imminence of Brexit* », *Public Procurement Law Review*, 2019, p. 195 ; P. TELLES, « *Public contract modifications in England, Wales, and Northern Ireland* », in *Contract changes: the dark side of EU directives*, précité.

1^{er} janvier 2021) traitant séparément les modifications substantielles (art. 454) et les modifications non-substantielles (art. 455). Si l'Allemagne semble transposer fidèlement le fond des directives de 2014, elle a préféré en modifier la structure en vue d'accroître sa lisibilité. Pour autant, certains développements ultérieurs dans la présente analyse attesteront de divergences entre le droit de l'Union européenne et le droit allemand²³⁹. Quoiqu'il en soit, l'Allemagne a transposé ces règles aux articles 132 (marchés publics) et 142 (concessions) de la loi contre les restrictions de concurrence (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* [GWB]), tout en laissant le soin aux *Länders* de fixer les règles relatives aux contrats dont la valeur estimée est inférieure aux seuils.

Par ailleurs, certains Etats membres ont préféré ne pas transposer certaines dispositions des directives, en particulier celles de l'article 72, 1), d), iii) de la Directive 2014/24/UE relatives à la prise en charge des obligations envers les sous-traitants en cas de reprise du contrat par le pouvoir adjudicateur. Tel est le cas du Danemark²⁴⁰, de la Finlande²⁴¹ et des Pays-Bas²⁴². Outre l'absence également de la transposition de cette disposition, le Royaume-Uni diverge du régime du droit de l'Union européenne avant même le *Brexit*. En effet, s'agissant des travaux, fournitures ou services supplémentaires sans qu'il ne soit possible de changer de titulaire, le *Public Contracts Regulations* de 2015 rend alternatives les conditions cumulatives de l'article 72, 1, b) de la Directive 2014/24/UE.

D'autres États ont opté pour une surtransposition de la directive parfois au seul plan du champ d'application matériel, en soumettant à ces règles de modification les contrats inférieurs aux seuils européens. Il y a ici lieu de mentionner l'Autriche, dont les dispositions de transposition – l'article 365 de la loi sur les marchés publics, *Bundesvergabegesetz* (BVergG) de 2018, et l'article 108 de la loi sur les concessions, *Bundesvergabegesetz Konzessionen* (BVergGKonz) de 2018 – s'appliquent quelle que soit la valeur du contrat. La situation est semblable en Roumanie, où l'article 221 de la loi n°98/2016 sur les marchés publics étend le champ d'application de la directive 2014/24 aux marchés dont la valeur excède 30 000 euros pour les fournitures et services et 100 000 euros pour les travaux. Un autre État membre de l'Union européenne procède à une surtransposition plus substantielle : l'Espagne. Traditionnellement, le droit espagnol autorisait largement les modifications pour des motifs

²³⁹ Voir *infra*, par exemple, les développements sur la notion de modification substantielle.

²⁴⁰ Loi sur les marchés publics du Danemark, art. 178 et s.

²⁴¹ *Laki julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista*, 29 déc. 2016, n° 1397, art. 136 et s.

²⁴² *Aanbestedingswet*, 2012 (modifiée en 2016), art. 2.163a et s. A noter, les dispositions des directives sur la résiliation d'une modification substantielle non autorisée n'ont pas été transposées car cette sanction était déjà prévue par le droit civil néerlandais.

d'intérêt public, ce qui aboutissait à des excès en pratique. L'Espagne a pris un virage serré en transposant la directive par la Loi n° 9/2017 du 8 novembre 2017 (*Ley de Contratos del Sector Publico*), qui interdit toute modification supérieure à 50 % de la valeur initiale du marché, y compris dans les hypothèses qui permettent d'aller au-delà dans la directive.

Enfin, le cas de l'Italie est plus particulier, puisqu'à côté d'une transposition fidèle de la directive à l'article 106 du *Codice dei contratti pubblici* issu du décret-loi n° 50/2016, d'autres règles antérieures relatives aux modifications ont également été codifiées, entraînant parfois des difficultés d'articulation entre les deux régimes. Par exemple, sont *a priori* contraire à la Directive 2014/24/UE les dispositions de l'article 106 dudit code autorisant la modification résultant de la prorogation technique du contrat sous les conditions initiales du marché uniquement en cas de circonstances exceptionnelles pour le temps strictement nécessaire à la conception et au lancement d'un nouvel appel d'offres (al. 11), ainsi que celle intervenant à la suite d'erreurs ou d'omissions commises par le pouvoir adjudicateur dans le projet exécutif pouvant compromettre partiellement ou totalement l'exécution des travaux (al. 2)²⁴³.

Unilatéralisme et consensualisme. En tout état de cause, l'ensemble des Etats examinés dans la présente étude comparative privilégient le consensualisme pour parvenir à une modification en cours d'exécution d'un contrat. Le droit roumain, d'ailleurs, est plutôt réticent à admettre un pouvoir de modification unilatérale des autorités publiques car si l'intérêt général peut limiter leur liberté contractuelle, il ne saurait justifier un abus par les pouvoirs adjudicateurs de leur position affectant l'équilibre contractuel initialement convenu²⁴⁴. A l'inverse, en Espagne, lorsque des motifs d'intérêts publics l'exigent, un pouvoir de modification unilatérale est reconnue aux pouvoirs adjudicateurs. Toutefois, parmi les organismes adjudicateurs, seules les personnes publiques disposent d'une telle compétence.

Droit applicable et juridictions compétentes. Quant au régime de droit public ou de droit privé applicable aux contrats de la commande publique, trois tendances se constatent sans pour autant qu'une seule ne coïncide avec l'approche française des contrats administratifs.

Premièrement, les contrats de marché public ou de concession peuvent être pleinement des contrats de droit privé relevant du juge de droit commun, comme au Royaume-Uni, en Pologne et aux Pays-Bas. Une particularité pour ce dernier est à souligner avec l'existence

²⁴³ L'erreur ou l'omission du pouvoir adjudicateur ne doit pas être manifeste avant la signature du contrat et se révéler lors de l'exécution du contrat.

²⁴⁴ D. CIMPEAN, D. DRAGOS et B. NEAMTU, « *Contract Changes in the Romanian Law* », in *Contract changes: the dark side of EU directives*, précité, à paraître.

d'une commission consultative qui peut intervenir en amont, la *Commissie van Aanbestedingsexperts* (CvAE), bien que ses avis ne soient nullement contraignants.

Deuxièmement, les contrats de marché public ou de concession peuvent être des contrats administratifs soumis à la juridiction de tribunaux administratifs spécialisés comme en Espagne, ou en Roumanie.

Troisièmement, un régime hybride peut se dessiner. Tel est le cas de l'Allemagne, où les règles de passation sont de droit public alors que l'exécution relève d'un régime de droit privé : des réclamations peuvent être portées devant une autorité administrative indépendante, le *Vergabekammern*, dont les décisions relèvent de la compétence du tribunal judiciaire. La Finlande et l'Autriche proposent un système plus hétérogène puisque le contentieux de l'exécution des contrats est porté devant des juges spécialisés, sauf s'agissant des demandes indemnitaires qui sont du ressort du juge civil. Au Danemark aussi, la compétence juridictionnelle est éclatée : le juge civil est compétent pour les litiges entre les parties, mais les tiers ne peuvent saisir qu'un organe spécifique, la Commission danoise des plaintes pour les marchés publics. Enfin, en Italie, si le juge administratif est compétent au stade de la passation, le juge civil l'est pour l'exécution, sauf s'agissant des contentieux de l'exécution qui affectent la mise en concurrence et dont les modifications font partie.

Thèmes abordés. Malgré le socle commun constitué par les directives européennes de 2014, la multiplicité des approches de la réglementation relative aux modifications des marchés publics ou des concessions en cours d'exécution contractuelle relativise l'harmonisation en la matière sans pour autant rejeter toute utilité et pertinence d'une étude de droit comparé. Au contraire, ceci ne fait qu'accroître son intérêt afin de s'enrichir des expériences et des interprétations des autres systèmes juridiques européens. Partant, l'analyse comparative se focalisera sur la notion de modification substantielle (§I.), la modification provenant de la substitution de cocontractant (§II.), le traitement réservé au non-respect des stipulations contractuelles (§III.), les modifications pour circonstances imprévues (§IV.), les conséquences du dépassement de la valeur maximale du montant ou du volume des accords-cadres (§V.) et les sanctions pouvant être prononcées à l'encontre une modification illégale (§VI.). Enfin, une attention particulière sera portée sur la surveillance des opérations de modification des contrats publics et les obligations de transparence (§VII.) dans chacun des Etats étudiés.

PLAN DE LA PARTIE

§I. La notion de modification substantielle.....	103
§II. La modification résultant de la substitution de cocontractant.....	110
§III. L'approche du non-respect des clauses du contrat comme modification contractuelle.....	116
§IV. La modification pour circonstances imprévues.....	125
§V. La modification résultant du dépassement de la valeur maximale du montant ou des quantités des accords-cadres.....	129
§VI. Les conséquences juridiques des modifications illégales.....	133
§VII. Le développement de la transparence en matière de modifications contractuelles.....	138

§I. LA NOTION DE MODIFICATION SUBSTANTIELLE

Absence de clarté de la notion. Initialement, la jurisprudence de la CJUE prohibe, par principe, toutes les modifications substantielles apportées à un contrat de marché public ou de concession en cours d'exécution, sauf à ce que des stipulations claires, précises et non-équivoques aient été insérées en ce sens dans le contrat initial²⁴⁵. Face à une interprétation assez restrictive du droit de l'Union européenne par la Cour de justice, les directives de 2014 entendent autoriser certaines modifications substantielles, sans en définir la substance²⁴⁶.

Majoritairement, les Etats membres de l'Union européenne étudiés se sont contentés de transposer les directives de 2014 sans apporter plus de précision à la notion de modification substantielle. En ce sens, le Danemark, l'Espagne, la Finlande, l'Italie, les Pays-Bas, la Pologne²⁴⁷ et la Roumanie n'apportent aucun élément utile à une tentative de clarification de la notion de modification substantielle et, partant, de modification non-substantielle. Lesdits systèmes s'essayaient alors à déterminer avec plus ou moins de succès cette notion par une approche au cas par cas. L'exemple spécifique de l'affaire *Finn Frogne* au Danemark est symptomatique du flou dans lequel le droit des marchés publics baigne dans ces Etats. Les juridictions nationales estimaient qu'une transaction pouvait modifier un contrat en cas de difficulté entre les parties et qu'une résiliation par transaction ne constituait pas une modification substantielle²⁴⁸. Seulement, sur ce même litige, la CJUE aura une analyse totalement contraire à celle des juges danois (voir *supra*)²⁴⁹.

²⁴⁵ Voir les décisions *Pressetext* et *Wall AG* précitées.

²⁴⁶ Directive 2014/23/UE, art. 43 ; Directive 2014/24/UE, art. 72 ; Directive 2014/25/UE, art. 89.

²⁴⁷ Le droit polonais est allée plus loin que les directives de 2014 en disposant que la modification substantielle peut résulter également d'une diminution considérable du champ d'application du contrat.

²⁴⁸ Commission danoise des plaintes, 3 nov. 2011, *Finn Frogne*.

²⁴⁹ CJUE, 7 sept. 2016, *Finn Frogne*, aff. C-549/14.

Le Royaume-Uni ne sont pas non plus épargnés par cette lacune dans la définition de la notion de modification substantielle. La Cour suprême appréhende la notion par la négative en déterminant ce qui ne constitue pas une modification substantielle. Tel est le cas, par exemple, d'une modification résultant de l'application d'une clause de réexamen claire, précise et non-équivoque²⁵⁰. Face aux demandes de clarification des acheteurs publics et des opérateurs économiques soucieux de sécuriser juridiquement leurs avenants, le gouvernement britannique a présenté fin 2020 un *Livre vert : Transformer les marchés publics* dans lequel la priorité était donnée, pour les modifications contractuelles, de préciser la notion de modification substantielle²⁵¹. Le projet n'a pour l'heure pas abouti.

Tentative de clarification par l'instauration d'un « test de substantialité ».

En Allemagne et en Autriche, toute modification substantielle par principe nécessite une nouvelle procédure de passation. A ce titre, une modification est considérée comme substantielle dès lors que le contrat modifié diffère considérablement du contrat initial. Si sur le fond, les droits allemand et autrichien sont conformes au droit de l'Union européenne, ils privilégient une approche différente en mettant l'accent sur l'obligation générale d'une nouvelle procédure de passation tandis que le droit européen insiste sur les exceptions à une telle reprise. Les articles 132, al. 1, 1-4 GWB et 365, al. 2, 1-4 BVergG 2018 listent de manière non-exhaustive les conditions dans lesquelles les modifications doivent être considérées comme substantielles, tandis que les alinéas suivants précisent de manière exhaustive les modifications non-substantielles. Partant, ces dispositions mettent en place un « test de substantialité » guidant en pratique le juge dans la détermination d'une modification substantielle (voir le schéma ci-après). Dans un premier temps, le raisonnement consiste à vérifier si la modification résulte de l'application d'une clause de révision claire, précise et non-équivoque. Dans l'affirmative, la modification est légale. Dans la négative, il convient de déterminer si la modification est autorisée par les dispositions des articles 132, al. 2 et 3 du GWB, en Allemagne, et 365, al. 3 du BVergG 2018, en Autriche, prévoyant les modifications pour circonstances qu'un acheteur diligent n'aurait pu prévoir, ou pour travaux, fournitures ou services supplémentaires imprévus devenus nécessaires à la poursuite du projet, ou encore pour substitution de cocontractant ou enfin en cas de modification d'un faible montant. Si la modification intervient dans le champ d'application de ces dispositions, alors sa validité est reconnue. Au contraire, si tel n'est pas le cas, la modification ne sera qualifiée de substantielle

²⁵⁰ *Edenred (UK Group) Ltd v. HM Treasury* [2015] UKSC 45.

²⁵¹ BUREAU DU CONSEIL DES MINISTRES, *Green Paper: Transforming Public Procurement*, précité, 2020.

que si elle répond à l'une des conditions de l'article 132, al. 1^{er} du GWB, en Allemagne, ou de l'article 365, al. 2 du BVergG 2018, en Autriche, à savoir :

- la modification introduit des conditions qui, si elles s'étaient appliquées à la procédure de passation de marché initiale, aurait permis l'admission d'autres candidats ou soumissionnaires, ou aurait permis l'acceptation d'une autre offre, ou encore aurait suscité l'intérêt d'autres participants à la procédure de passation de marché ;
- la modification modifie l'équilibre économique du marché public en faveur du contractant d'une manière qui n'est pas envisagée dans le contrat initial ;
- le changement élargit considérablement la portée du marché public ;
- un nouveau contractant remplace le contractant dans des cas autres que ceux prévus par les articles 132, al. 2, n. 4 du GWB et 365, al. 3, n. 3 du BVergG 2018.

Par conséquent, la qualification de modification substantielle emporte automatiquement, en droits allemand et autrichien, son illégalité et l'annulation du contrat.

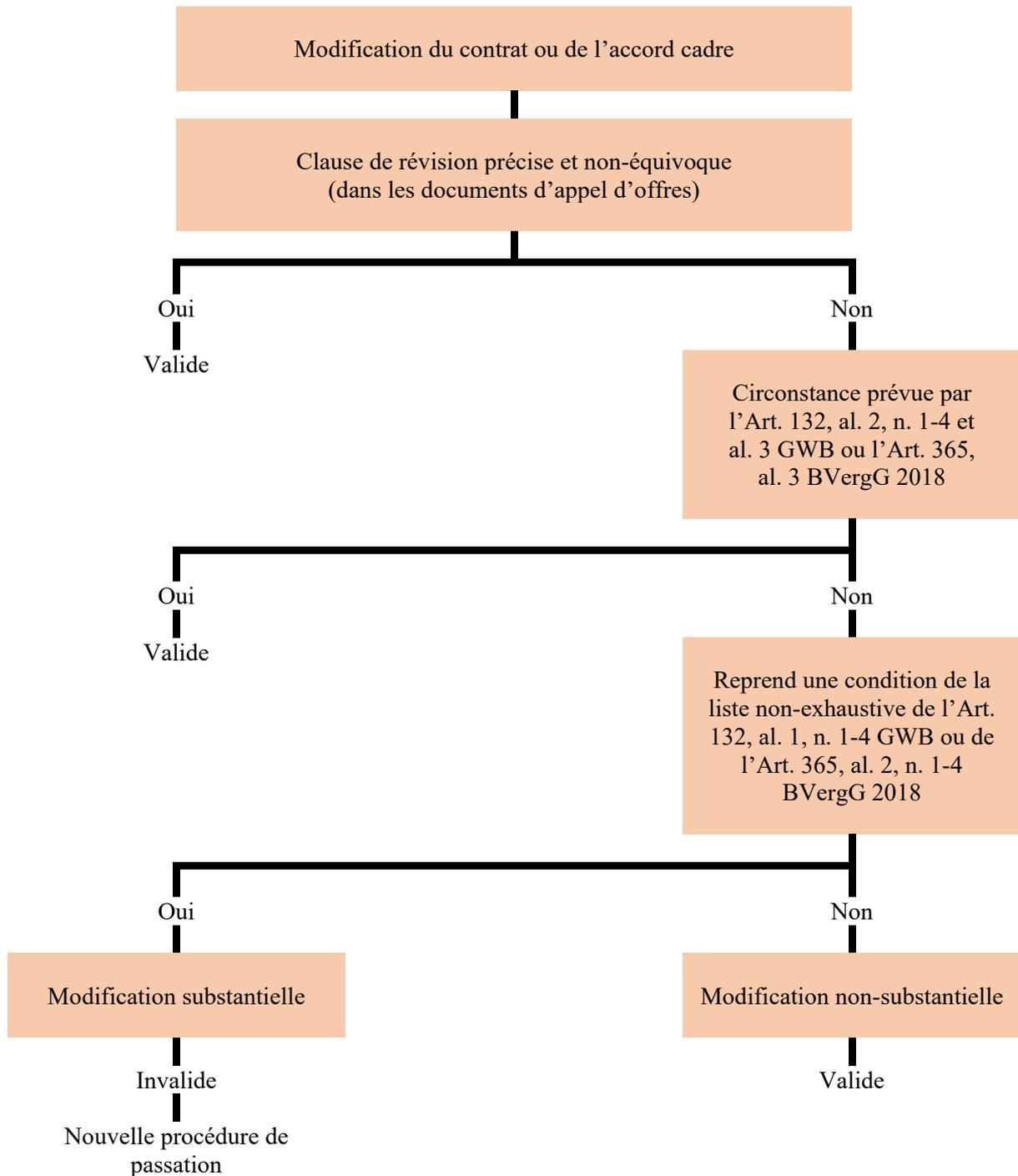


Figure 2.1 : Schéma présentant la détermination d'une modification substantielle par le « Test de substantialité » en droit allemand et autrichien des contrats publics

Allemagne*	Autriche*
Art. 132, al. 1 GWB – Modifications substantielles	Art. 365, al. 1 et 2 BVergG 2018 – Modifications substantielles
<p>1. Les modifications substantielles apportées à un marché public pendant la durée du marché nécessitent une nouvelle procédure de passation. Les modifications qui changent considérablement le marché initialement attribué sont substantielles. Les modifications sont substantielles en particulier si :</p> <p>1. la modification introduit des conditions qui, si elles s'étaient appliquées à la procédure de passation de marché initiale,</p> <p>a) aurait permis l'admission d'autres candidats ou soumissionnaires,</p> <p>b) aurait permis l'acceptation d'une autre offre, ou</p> <p>c) aurait suscité l'intérêt d'autres participants à la procédure de passation de marché,</p> <p>2. la modification modifie l'équilibre économique du marché public en faveur du contractant d'une manière qui n'est pas envisagée dans le contrat initial ;</p> <p>3. le changement élargit considérablement la portée du marché public, ou</p> <p>4. un nouveau contractant remplace le contractant dans des cas autres que ceux prévus au paragraphe 2, première phrase, point 4.</p>	<p>(1) Les modifications substantielles des marchés et des accords-cadres pendant la durée de leur exécution ne sont autorisées qu'après une nouvelle procédure de passation. Une modification d'un contrat ou d'un accord-cadre est substantielle si elle a pour conséquence que le contrat ou l'accord-cadre est sensiblement différent du contrat ou de l'accord-cadre initial.</p> <p>(2) Sans préjudice du paragraphe 3: en tout état de cause, une modification est considérée comme une modification substantielle si l'une des conditions suivantes est remplie:</p> <p>1. la modification introduit des conditions qui, si elles s'étaient appliquées à la procédure de passation de marché initiale :</p> <p>a) l'admission de candidats autres que ceux sélectionnés à l'origine, ou</p> <p>b) aurait permis l'acceptation d'une offre autre que celle initialement acceptée, ou</p> <p>c) aurait suscité l'intérêt d'autres participants à la procédure de passation de marché, ou</p> <p>2. la modification modifie l'équilibre économique du contrat ou de l'accord-cadre en faveur du contractant d'une manière qui n'est pas prévue dans le contrat ou l'accord-cadre initial, ou</p> <p>3. la modification prolonge ou réduit considérablement la portée du contrat ou de l'accord-cadre, ou</p> <p>4. un nouveau partenaire contractuel remplace le contractant auquel le pouvoir adjudicateur avait initialement attribué le marché dans d'autres que ceux visés au paragraphe 3 Z 3 dans le cas des cas envisagés.</p>
Art. 132, al. 2 et 3 GWB – Modifications autorisées	Art. 365, al. 3 BVergG 2018 – Modifications autorisées
<p>2. Sans préjudice du paragraphe 1, la modification d'un marché public sans la mise en œuvre d'une nouvelle procédure de passation est autorisée lorsque :</p> <p>1. les documents de marché originaux prévoient des clauses ou des options de réexamen claires, précises et non-équivoque contenant des informations sur la nature, la portée et les conditions d'éventuelles modifications du contrat, sans modifier la nature globale du marché ;</p> <p>2. des fournitures, des travaux ou des services supplémentaires sont devenus nécessaires qui n'étaient pas prévus dans les documents de marché originaux et un changement d'entrepreneur</p> <p>a) ne peut avoir lieu pour des raisons économiques ou techniques, et</p> <p>b) entraînerait des difficultés importantes ou des coûts supplémentaires importants pour le pouvoir adjudicateur ;</p> <p>3. la modification est devenue nécessaire en raison de circonstances que le pouvoir adjudicateur ne pouvait pas prévoir dans le cadre de son devoir de diligence et la modification ne modifie pas la nature globale du marché, ou</p> <p>4. un nouvel entrepreneur remplace l'entrepreneur précédent</p> <p>a) sur la base d'une clause de réexamen visée au point 1;</p> <p>b) en raison du fait qu'une autre société qui satisfait aux exigences d'adéquation initialement établies remplace l'entrepreneur initial en tout ou en partie au cours d'une restructuration d'entreprise, par exemple par voie de prise de contrôle, de fusion, d'acquisition ou d'insolvabilité, à condition que cela n'entraîne pas d'autres changements importants au sens du paragraphe 1, ou</p> <p>c) en raison du fait que le pouvoir adjudicateur assume lui-même les obligations du contractant principal vis-à-vis de ses sous-traitants.</p> <p>Dans les cas visés à la phrase 1 points 2 et 3, le prix ne peut être augmenté de plus de 50 % de la valeur de la commande initiale. Dans le cas de plusieurs modifications successives du contrat, cette limitation s'applique à la valeur de chaque modification individuelle, à condition que les modifications ne soient pas apportées dans le but de contourner les dispositions de la présente partie.</p> <p>3. La modification d'un marché sans procéder à une nouvelle procédure de passation est également autorisée si la nature globale du marché ne change pas et la valeur du changement</p> <p>1. ne dépasse pas les seuils respectifs conformément au § 106 et</p> <p>2. ne dépasse pas 10 % de la valeur initiale du marché pour les marchés de fournitures et de services et pas plus de 15 % pour les marchés de travaux. Dans le cas de plusieurs modifications consécutives, la valeur totale des changements est déterminante.</p>	<p>(3) Les modifications suivantes des contrats et des accords-cadres doivent être considérées comme des modifications non-substantielles :</p> <p>1. Modifications du montant de la commande, à condition qu'elles</p> <p>a) les plus pertinentes, au § 12 Paragraphe 1 ou § 185 Paragraphe 1 les seuils, et</p> <p>b) 10 % du montant initial du marché pour les marchés de fournitures et de services ou 15 % du montant du marché initial pour les marchés de travaux ne pas dépasser. Le caractère général du contrat ou de l'accord-cadre ne peut pas changer à la suite des modifications. En cas de plusieurs changements successifs, leur valeur est déterminée sur la base de la valeur nette cumulée des changements successifs.</p> <p>2. Des modifications qui, quelle que soit leur valeur, sont prévues dans les documents d'appel d'offres originaux dans des clauses de modification contractuelle claires, précises et formulées sans ambiguïté. Ces clauses précisent la portée et la nature des modifications ou options possibles ainsi que les conditions dans lesquelles elles peuvent s'appliquer et ne prévoient aucune modification ou option susceptible de modifier la nature globale du contrat ou de l'accord-cadre.</p> <p>3. Si un nouvel entrepreneur remplace l'entrepreneur auquel le client a initialement attribué le contrat, en raison de :</p> <p>a) une clause de modification contractuelle clairement formulée conformément au paragraphe 3 Z 2 ou</p> <p>b) le fait qu'un autre entrepreneur qui répond aux critères d'admissibilité établis à l'origine remplacera l'entrepreneur initial en tout ou en partie au cours d'une restructuration d'entreprise – y compris l'acquisition, la fusion, l'acquisition ou l'insolvabilité – à condition que cela n'entraîne pas d'autres modifications importantes du contrat et ne serve pas à contourner l'application des dispositions de la présente loi fédérale, ou</p> <p>c) le fait que le Client assume lui-même les obligations du Contractant envers ses sous-traitants.</p> <p>4. Modifications qui, quelle que soit leur valeur, ne sont pas considérées comme des modifications importantes au sens du paragraphe 1 et 2.</p> <p>5. Services supplémentaires de l'entrepreneur initial qui sont devenus nécessaires et qui n'étaient pas prévus dans les documents d'appel d'offres originaux lors d'un changement d'entrepreneur</p> <p>a) ne peut avoir lieu pour des raisons économiques ou techniques, et</p> <p>b) entraînerait des difficultés importantes ou des coûts supplémentaires considérables pour l'entité adjudicatrice.</p> <p>6. Si les conditions suivantes sont remplies :</p> <p>a) le changement est devenu nécessaire en raison de circonstances qu'une entité adjudicatrice remplissant son devoir de diligence ne pouvait pas prévoir, et</p> <p>b) le caractère général de la commande ne change pas à la suite de la modification.</p> <p>Dans le cas de contrats et d'accords-cadres conclus après qu'une procédure a été effectuée conformément aux dispositions de la partie 2 de la présente loi fédérale, dans le cas du n° 5 ou 6 la valeur totale des services supplémentaires ne dépasse pas 50% de la valeur de la commande initiale. Si plusieurs modifications successives sont apportées, cela s'applique à la valeur de chaque modification. De telles modifications successives ne peuvent être apportées dans le but de contourner l'application des dispositions de la présente loi fédérale.</p>

* Traduction par DeepL sous contrôle des chercheurs de la Chaire.

Figure 2.2 : Tableau présentant en Français les dispositions du GWB et du BVergG 2018 utiles au « Test de substantialité » en droits allemand et autrichien

Limite des approches allemande et autrichienne. La grille d'analyse en droits allemand et autrichien semble *a priori* utile dans la détermination d'une modification substantielle. En suivant une logique de propositions, les distinctions entre les diverses catégories de modifications gagnent en clarté. Cependant, ce chemin intellectuel présente des obstacles non négligeables à une transposition en droit français, à la lumière tant des directives de 2014 que du Code de la commande publique et de la jurisprudence du Conseil d'Etat. En procédant par élimination, l'approche germanique considèrerait chaque catégorie comme liée. Les catégories ne seraient donc pas autonomes les unes des autres. Dès lors, une situation ne pourrait donner lieu à plusieurs circonstances de modifications et aucune modification substantielle ne serait autorisée. S'ils s'inscrivent dans la droite lignée de la jurisprudence *Presstext précitée*, ces éléments reposant sur une prohibition absolue des modifications substantielles ne réceptionnent pas les innovations apportées par les directives de 2014 ouvrant la possibilité à l'autorisation de certaines modifications substantielles²⁵². En attestent les récentes décisions du Conseil d'Etat²⁵³ et l'avis consultatif de sa section administrative du 15 septembre 2022²⁵⁴. Par ailleurs, le raisonnement allemand et autrichien n'éclaire finalement pas plus la notion de modification substantielle et, surtout non-substantielle au point qu'elle ne nous apporte pas, en droit français, de réponse sur ce qui peut constituer ou non une modification non-substantielle. Cette principale lacune du modèle germanique est accentuée par le nombre réduit de décisions contentieuses en la matière. D'où la difficulté d'évaluer la pertinence de celle-ci pour une meilleure compréhension des notions de modification substantielle et de modification non-substantielle en droit français. Toutefois, il pourrait être intéressant de continuer à focaliser notre regard sur les droits allemand et autrichien afin d'observer leur réaction lorsqu'ils prendront acte des apports des directives de 2014 restreignant la portée des arrêts *Presstext* et *Wall AG* précités.

Apport de l'étude comparative. Finalement, aucun des systèmes analysés ne parvient à clarifier la notion de modification substantielle. Les incertitudes du droit français ne sauraient donc trouver de réponse satisfaisante chez ses voisins européens. Par ailleurs, l'étude comparative révèle une lacune non négligeable dans l'édiction des directives de 2014 à savoir le possible sentiment des institutions européennes de devoir codifier la décision *Presstext* de

²⁵² F. LICHERE et L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 12^e édition, Paris, LGDJ, 2021, p. 525-528.

²⁵³ Voir par exemple : CE, 15 nov. 2017, *Commune d'Aix-en-Provence*, n° 409728, *BJCP* 2018, n° 116, concl. HENRARD ; JCP A 2017, n° 51, note C. CHAMARD-HEIM et F. LICHERE.

²⁵⁴ CE, Ass., avis relatif aux possibilités de modification du prix ou des tarifs des contrats de la commande publique et aux conditions d'application de la théorie de l'imprévision, 15 sept. 2022, n° 405540, points 4 et 15, *JCP E* 2022, n° 41, 1335, note F. LICHERE ; JCP A 2022, n° 40, 2277, note F. LINDITCH.

la CJUE sans rechercher d'autres pistes de réflexion comme, par exemple, les notions de bouleversement de l'économie du contrat ou de la dénaturation de l'objet du contrat que le droit français connaît. La terminologie européenne « substantiel » est alors source d'une insécurité juridique difficile à résoudre en l'état actuel du droit.

§II. LA MODIFICATION RESULTANT DE LA SUBSTITUTION DE COCONTRACTANT

Dispositions de la Directive 2014/24/UE. La substitution de cocontractant est une hypothèse prévue à l'article 72, 1, d) de la Directive 2014/24/UE. Celle-ci ne peut intervenir que dans trois cas alternatifs : soit en application d'une clause de réexamen, soit à la suite d'une succession universelle ou partielle à condition que cela n'entraîne pas de modification substantielle et n'aboutisse pas à se soustraire à la directive, soit lorsque le pouvoir adjudicateur assume les obligations du cocontractant à l'égard des sous-traitants.

Clause de réexamen. La directive prend soin de préciser que le changement de cocontractant peut se faire par le jeu de la clause de réexamen prévue à son article 72, 1, a). Dans la majeure partie des cas, les dispositions de la directive sont fidèlement transposées par les États et n'ont pas encore donné lieu à une jurisprudence notable. Tel est le cas au Royaume-Uni où la jurisprudence n'a eu à traiter que de la clause de révision générale de l'article 72, 1, a) de la Directive 2014/24/UE dans une logique cependant transposable au changement de cocontractant²⁵⁵. De même, les droits polonais et roumain transposent fidèlement la directive. Cependant, l'application de telles clauses est extrêmement rare en pratique, d'autant qu'en Roumanie les cahiers de clauses types n'en prévoient aucune.

Les autres États disposent d'une jurisprudence plus abondante et plus restrictive sur la question. Le droit finlandais, tout d'abord, exige en plus d'une rédaction claire, précise et non-équivoque de la clause de réexamen le consentement du pouvoir adjudicateur et la satisfaction

²⁵⁵ *Edenred (UK Group) Ltd v. HM Treasury* [2015] UKSC 45, précitée.

aux exigences de sélection initiales du marché par le nouveau titulaire²⁵⁶. L'Allemagne, de son côté, étend l'application des clauses de réexamen claires, précises et non-équivoque à tout changement de sous-traitants par des clauses de recours à d'autres sous-traitants non mentionnés dans l'offre initiale²⁵⁷. En outre, dans le cadre d'un marché public attribué à deux opérateurs économiques, la résiliation du contrat avec un seul des cocontractants du fait de la difficulté de gérer l'exécution d'un contrat bi-attributaire constitue une substitution de cocontractant et une modification substantielle en affectant l'équilibre économique du contrat²⁵⁸. Par ailleurs, aux Pays-Bas, la jurisprudence demeure assez fluctuante. Certains tribunaux judiciaires ont une interprétation souple des exigences de clarté et de précision de la clause, tandis que le CvAE a une interprétation plus stricte et davantage conforme aux prescriptions de la directive et de la CJUE²⁵⁹. Une telle interprétation restrictive se retrouve d'ailleurs dans la jurisprudence autrichienne et italienne, le cas de cette dernière s'expliquant du fait de l'existence, avant la transposition de la directive, de restrictions au nom de la lutte contre les organisations criminelles. De plus, le droit italien rejette toute substitution de cocontractant dès lors que les lacunes du cocontractant ou du groupement le sont dès l'offre initiales²⁶⁰. Les juridictions danoises se révèlent, quant à elles, tout aussi restrictives, au point de n'avoir pour l'heure validé aucune clause de réexamen. En effet, au Danemark, les cas ouvrant droit à la substitution de cocontractant par le déclenchement d'une clause de réexamen nécessitent la réunion de trois conditions : le respect des critères initiaux de sélection, l'absence de modification substantielle et l'absence de volonté de contourner les règles de la commande publique²⁶¹. Seulement, aucune précision n'est donnée quant aux modalités à suivre pour trouver le nouveau titulaire. Quoiqu'il en soit, en pratique, les pouvoirs adjudicateurs danois privilégient la résiliation du contrat pour une remise en concurrence.

La réglementation espagnole, pour finir, semble la plus restrictive en pratique. Effectivement, en Espagne, ont été ajoutés aux dispositions transposées à l'article 214 de la *Ley de Contratos del Sector Publico* quatre conditions supplémentaires à la validité d'une substitution de cocontractant par application d'une clause de réexamen, à savoir :

²⁵⁶ MAO:207/18 ; MAO:652/15. A titre d'exemple de clauses de réexamen recevables, en Finlande, voir : CCAG des marchés publics informatiques (JIT 2015), art. 15.1 et 15.2.

²⁵⁷ VwGH, 18 août 2017, Ra 2017/04/0022, *Atlantsanierung*.

²⁵⁸ VwGH, 13 nov. 2013, Ra 2012/04/0022, *Kraftfahrtechnische Überprüfungen*.

²⁵⁹ A noter, toutefois, que depuis le 1^{er} janvier 2021 et l'entrée en vigueur de la Loi néerlandaise sur la confirmation des entreprises en faillite, l'enclenchement des clauses de réexamen est soumis, dans le cadre d'une liquidation, non seulement au plan de liquidation mais à l'introduction des procédures d'insolvabilité.

²⁶⁰ *Consiglio di Stato*, 27 mai 2021, n° 10 ; *Consiglio di Stato*, 08 févr. 2019, n° 946.

²⁶¹ DCB, 27/06/2017, *CFD v. Den Nationale Tolkenmyndighed*.

- L'existence d'une autorisation préalable et expresse du pouvoir adjudicateur, sachant que son silence gardé pendant deux mois vaut acceptation à la demande d'autorisation ;
- L'exécution d'au moins 20 % du contrat déjà effectuée ou, dans le cas d'une concession, l'exécution d'au moins un cinquième de la durée du contrat, à l'exception des cas de substitution résultant d'une procédure d'insolvabilité du titulaire du marché ou du concessionnaire ;
- La satisfaction des exigences initiale de l'appel d'offres par le nouveau cocontractant ;
- La certification du transfert dans un acte public.

En outre, la jurisprudence espagnole précise que les droits et obligations découlant du contrat ne peuvent pas être transférés à un tiers si les qualités techniques ou personnelles du cocontractant initial ont été la raison déterminante de l'attribution du marché, non plus si le transfert constitue une restriction de la concurrence²⁶².

Clause *waiting-room* en droit civil néerlandais. A ce stade, une attention particulière doit être portée sur l'ingénierie contractuelle néerlandaise. Aux Pays-Bas, sont couramment insérés des clauses de « banc des remplaçants » (*reserve bench*) ou de salle d'attente (*waiting-room*) dont l'objectif est de permettre à un pouvoir adjudicateur de résilier le marché en cas de situations prédéterminées (par exemple : non-exécution du marché, rupture contractuelle, faillite, etc.) et de conclure le marché avec un autre soumissionnaire considéré jusqu'alors en attente, dans l'ordre de classement des offres lors de la passation du contrat. Régies par le droit civil, ces clauses n'ont pas été remises en cause par les directives de 2014.

Succession universelle ou partielle. Les dispositions de l'article 72, 1, d), iii) de la Directive 2014/24/UE rendent possible la substitution de cocontractant :

« à la suite d'une succession universelle ou partielle du contractant initial, à la suite d'opérations de restructuration de société, notamment de rachat, de fusion, d'acquisition ou d'insolvabilité, assurée par un autre opérateur économique qui remplit les critères de sélection qualitative établis initialement, à condition que cela n'entraîne pas d'autres modifications substantielles du marché et ne vise pas à se soustraire à l'application de la présente directive ».

Là encore, la majorité des États étudiés a transposé fidèlement cette disposition et ne connaît pas de jurisprudence particulièrement marquante en la matière, comme l'attestent les

²⁶² STSJ, Madrid, 12 mars 2020, 2452/2020, ECLI:ES:TSJM:2020:2452.

cas de l'Allemagne, de l'Autriche, du Danemark²⁶³, de l'Italie²⁶⁴, de la Pologne, de la Roumanie et du Royaume-Uni²⁶⁵.

Dans certains États, la doctrine considère que les textes spécifiques applicables aux faillites d'entreprise peuvent entrer en confrontation avec la loi sur les marchés publics ayant fidèlement transposé la directive ou, à tout le moins, que se posent d'importantes questions d'harmonisation, comme en Finlande ou aux Pays-Bas. En effet, le droit finlandais prévoit que l'administrateur judiciaire peut, selon des circonstances prévues par la loi finlandaise sur les faillites, poursuivre l'exécution du contrat même si le pouvoir adjudicateur souhaite le résilier. Toutefois, ceci n'est pas possible si le contrat comprend des exigences spécifiques pour le titulaire comme des qualifications personnelles.

Enfin, le cas de l'Espagne est sur ce point aussi particulier puisque l'article 98 de la *Ley de Contratos del Sector Publico* précise que si le nouveau cocontractant ne répond pas aux exigences initiales fixées par le marché s'agissant des candidats, le contrat peut être résilié aux torts de l'entrepreneur initialement titulaire. En outre, la Cour suprême a rappelé que la loi n'exige ni autorisation préalable ni consentement ultérieur du pouvoir adjudicateur lors d'un transfert résultant de la cession à la société mère de tous les actifs du cocontractant avec subrogation des droits dans ses contrats en cours d'exécution, le contrôle du pouvoir adjudicateur portant uniquement sur la vérification de la satisfaction des exigences initiales de solvabilité du nouveau contractant²⁶⁶.

Cas spécifique italien des groupements d'opérateurs économiques. En Italie, la substitution de cocontractant dans le cadre de groupements d'opérateurs économiques suppose la distinction de deux situations :

- la substitution concerne le dirigeant du groupement (le *mandatario*) : le changement n'est possible que si le *mandatario* est défaillant (c'est-à-dire pour une personne morale en situation de liquidation administrative ou judiciaire ou faisant l'objet d'une procédure d'insolvabilité ou de la perte des exigences du *Codice dei contratti pubblici* ou des restrictions des lois anti-mafia ; pour une personne physique en cas de décès,

²⁶³ Dans la décision *CFD v. Den Nationale Tolkemyndighed précitée*, la substitution de cocontractant sera invalidée en raison de l'augmentation importante du prix caractérisant une modification substantielle.

²⁶⁴ L'administrateur judiciaire peut demander la suspension du marché pour évaluer l'opportunité pour les créanciers de poursuivre la mise en œuvre du contrat ou d'accepter sa résiliation avec substitution de cocontractant. Voir : TJ, Rome, 8 janv. 2019, (2019) 8-9 Fallimento 1074.

²⁶⁵ L'affaire de la faillite de la société Carillion en 2018 a entraîné, en Angleterre, la succession d'une centaine de contrats publics et la résiliation d'une centaine d'autres par l'administrateur judiciaire en charge de sa liquidation.

²⁶⁶ STS 2434/2018, 26 juin 2018, ECLI:ES:TS:2018:2434.

d'incapacité ou d'interdiction d'exercice, ou encore de la perte des exigences du *Codice dei contratti pubblici* ou des restrictions des lois anti-mafia) et si le nouvel opérateur dispose de toutes les qualifications exigées initialement ;

- la substitution d'un autre membre du groupement (un *mandanti*) : le *mandatario* est tenu, lorsqu'il n'indique pas de successeur possédant les qualifications nécessaires, d'exécuter directement les obligations de l'ancien membre non-remplacé ou par l'intermédiaire des autres membres du groupement à condition d'avoir les qualifications requises. Dans ces deux situations, la substitution se fait au sein du groupement et si cela est impossible, l'exclusion du groupement est ordonnée ainsi que la résiliation du contrat²⁶⁷. Une telle position est fortement critiquée en pratique puisqu'elle impose *de facto* aux autres membres du groupement d'assurer les conséquences de situations qui leur sont proprement extérieures mais affectant un de leur membre, quand bien même l'absence de toute faute de leur part. Autant dire, qu'une telle situation n'est pas financièrement supportable pour les petites et moyennes entreprises.

Pouvoir adjudicateur assumant les obligations du contractant à l'égard des sous-traitants. Cette troisième hypothèse se rencontre encore moins souvent dans la pratique. Sa transposition est rendue optionnelle par la directive, si bien que les États peuvent simplement être classés en deux catégories : ceux l'ayant transposée (Espagne²⁶⁸, Roumanie, Pologne²⁶⁹, Pays-Bas, Autriche et Italie) et ceux ne l'ayant pas transposée (Royaume-Uni, Finlande et Danemark). Pour autant dans les États l'ayant transposée, la pratique étant si exceptionnelle, l'absence de contentieux en la matière ne permet pas d'établir de quelconques conclusions sur la pertinence ou l'utilité du dispositif.

Apport de l'étude comparative. Finalement, la comparaison souligne la diversité d'approche des systèmes européens dans le traitement des substitutions de cocontractants en cours d'exécution d'un marché ou d'une concession. Elle témoigne, là encore, de l'inquiétude ressentie par les institutions européennes d'un contournement des règles de passation prévues par les directives au point de limiter les possibilités de transfert de contrat sans répondre à un véritable besoin social. Pour autant, l'étude comparative relève une technique intéressante, celle

²⁶⁷ *Consiglio di Stato*, Ass., 25 janv. 2022, n° 2.

²⁶⁸ En outre, les pouvoirs adjudicateurs espagnols doivent vérifier que les titulaires des marchés ou les concessionnaires règlent effectivement leurs sous-traitants et doivent, si tel n'est pas le cas, les sanctionner.

²⁶⁹ Précisément, à la lecture des articles 455 et 465, alinéa 1^{er} de la loi polonaise sur les marchés publics, ce cas de substitution n'est pas un véritable changement de cocontractant, mais un transfert des paiements dus directement au sous-traitant pour les travaux fournis au maître d'œuvre de travaux.

des Pays-Bas, avec des clauses de *waiting-room* garantissant tant la sécurité juridique de la substitution de cocontractant que les respects des principes fondamentaux de la commande publique. En outre, ces clauses assurent la satisfaction des conditions personnelles du nouveau titulaire pour exécuter le contrat, sans nouvelle vérification nécessaire.

§III. L'APPROCHE DU NON-RESPECT DES CLAUSES DU CONTRAT COMME MODIFICATION CONTRACTUELLE

Absence d'harmonisation au niveau européen. Le droit de l'Union européenne sur la question de la réglementation du non-respect des clauses du contrat est assez lacunaire pour ne pas dire presque muet. La justification de ce silence tient en ce que le non-respect des stipulations contractuelles ne concernerait point les règles de mise en concurrence et donc la passation du contrat, mais uniquement l'exécution de celui-ci. Pour autant, la question des modifications à la suite de difficultés d'exécutions et d'inexécutions contractuelles a été traitée par le juge européen dans l'arrêt *Finn Frogne*²⁷⁰, où la Cour de justice estime qu'un accord transactionnel consécutif à de telles difficultés ne doit pas avoir pour effet de modifier substantiellement le contrat initial. La logique est connue : il s'agit de vérifier que la modification consécutive à l'accord transactionnel mettant fin au litige entre les parties n'a pas pour conséquence de modifier le contrat à un point tel que s'il avait revêtu ces atours lors de la procédure de passation, d'autres entreprises que celles qui ont effectivement soumissionné auraient pu être intéressées par l'attribution du contrat. Il s'agit finalement d'une question de passation qui naît du fait de circonstances d'exécution. Encore faut-il préciser que le régime applicable à l'affaire *Finn Forgne* était celui des directives de 2004 et non des dernières directives de 2014.

²⁷⁰ CJUE, 7 sept. 2016, *Finn Frogne*, aff. C-549/14, précitée.

Ni la directive sur les marchés publics de 2014, ni la directive « Recours » ne réglementent la question de la légalité du non-respect des clauses contractuelles au regard des règles encadrant les modifications des contrats de marché public ou de concession en cours d'exécution. Si les articles 72 et 73 de la directive 2014/24/UE sur les marchés publics prévoient le droit pour une autorité contractante de résilier un contrat en raison de modifications illégales, et si la directive « Recours » suggère l'annulation du marché en raison de la violation des règles de l'appel d'offres, la réglementation relative au non-respect (ou à la non-conformité) des stipulations du contrat demeure à la discrétion des pouvoirs nationaux. Or, les approches divergent d'un Etat à un autre allant de l'ignorance par la législation des marchés publics de la problématique (priviliégiant alors le contractualisme) à la sanction radicale de résiliation du contrat prévue par le droit des marchés publics, en passant par une approche plus modérée d'un droit des marchés publics reposant sur la libre volonté des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices de sanctionner ou non la non-conformité des clauses d'un contrat²⁷¹.

Approche minimaliste ou contractualiste. La majorité des Etats européens étudiés n'ont pas réglementé la question de la non-conformité dans leur législation nationale sur les marchés publics, laissant le droit commun y répondre. Plus précisément, l'encadrement des modifications opérées par une non-conformité lors de l'exécution du contrat est traitée de manière minimale en ne prévoyant aucune règle spéciale au bénéfice du droit civil des contrats et, surtout, des stipulations du contrat lui-même. Sont concernés par cette approche minimaliste ou contractualiste l'Allemagne, l'Autriche, la Finlande, la Roumanie et le Royaume-Uni.

L'Allemagne et l'Autriche abordent la question de manière similaire. Le non-respect des clauses du contrat ne constitue pas en lui-même une modification contractuelle au sens du droit des marchés publics allemand et autrichien, en particulier en ce qui concerne les retards et les garanties. D'ailleurs, en Autriche, la loi dispose de la possibilité d'insérer dans les contrats des clauses dites de refuge. Ces clauses autorisent certaines non-conformité, peu importe la modification du contrat qui en résulterait²⁷². En tout état de cause, la sanctions seront déterminées par le droit civil ou le contrat en fonction du manquement. En cas de mauvaise exécution, l'objectif sera de compenser le préjudice subi par l'autorité contractante ou de résoudre la non-conformité (par exemple : réduction du prix ou remplacement des produits). Dans le cas d'une défaillance du cocontractant, l'exécution forcée ou la résiliation avec un délai

²⁷¹ Cette classification s'inspire partiellement de celle proposée par les universitaires D. Kingler et P. Telles dans : D. KINGLER et P. TELLES, « *Non-compliance with contract terms: a comparative view on (non)regulation and remedies* », *Copenhagen Business School Law Research Paper Series* n° 22-03, 24 mars 2022.

²⁷² BVergG, 2018, art. 365, al. 3, 4.

de grâce pourra être demandée par l'acheteur public. Une indemnisation pourra également être exigée en cas de défaillance résultant de la seule faute du titulaire ou du concessionnaire. S'agissant du cas plus extrême de l'impossibilité totale d'exécution par le cocontractant, les obligations seront déclarées caduques et l'autorité contractante pourra résilier le contrat et exiger le remboursement de la contrepartie perdue ainsi que des dommages-intérêts en cas de faute du débiteur.

La situation n'est pas très différente au Royaume-Uni où les clauses du contrat peuvent prévoir diverses solutions pour résoudre une mauvaise exécution par le cocontractant notamment en exécutant en lieu et place de cocontractant et à ses frais ou en forçant l'exécution conforme des obligations non-respectées. En outre, le contrat peut prévoir que l'acheteur public puisse attribuer directement et sans modification le marché à un autre opérateur économique en cas de manquements graves ou répétés du titulaire du marché ou de la concession. Des dommages-intérêts peuvent également être demandés en cas de faute du cocontractant. Le contractualisme est, sans surprise, le principe dans ces pays de *Common law* tel que les contrats de longue durée doivent impérativement comporter des clauses de révision pour répondre à chaque situation pouvant affecter la bonne exécution du contrat.

Par ailleurs, une spécificité est à souligner avec la Finlande. En effet, la pratique contractuelle finlandaise prévoit des clauses de non-exclusivité des cocontractants et des clauses accordant à l'acheteur public le pouvoir de réduire les commandes auprès du titulaire. Partant, le pouvoir adjudicateur peut conclure un nouveau marché pour des prestations identiques à celles convenus dans un autre marché en cours d'exécution, sans devoir résilier ce dernier en amont, non plus risquer d'engager sa responsabilité contractuelle envers celui-ci²⁷³. Sinon, le pouvoir adjudicateur peut, sans qu'il s'agisse là d'une obligation, résilier avec effet immédiat le contrat pour non-respect de ses clauses²⁷⁴ ou exiger le remplacement des fournitures non-conformes²⁷⁵. En l'absence de clauses claires, précises et non-équivoques favorables à la non-conformité, les tribunaux jugeront ces manquements comme d'éventuelles modifications illégales en application de *Finn Frogne*.

Enfin, le droit roumain apparaît comme celui le plus hermétique au sujet en renvoyant simplement aux stipulations du contrat et à l'autonomie des volontés. Il appartient alors aux parties de fixer les règles relatives à la non-conformité et à ses conséquences. Généralement, la

²⁷³ CA Turku, S15/1280.

²⁷⁴ KHO 2019:132.

²⁷⁵ MAO:603/18.

solution privilégiée est la renégociation du contrat afin d'assurer l'achèvement du projet, la résiliation n'intervenant qu'à titre de menace ou en dernier recours si le cocontractant persiste dans sa défaillance ou que la renégociation n'aboutit pas. Si les contrats ne prévoient pas de telles clauses, les juges appliquent strictement la décision *Finn Frogne* considérant souvent la non-conformité comme une modification illégale²⁷⁶.

L'approche minimaliste ou contractualiste a le mérite de la simplicité en laissant la liberté contractuelle et l'autonomie des volontés s'exprimer, loin de tout carcan juridique spécifique aux marchés publics. Seulement, elle souffre d'un risque d'insécurité juridique au regard du droit européen en ne faisant que peu de place, pour ne pas dire aucune, au principe d'égalité cher à la CJUE.

Approche volontariste. Deux des Etats examinés adoptent alors une position intermédiaire privilégiant non pas l'obligation de sanctionner la non-conformité, mais le volontariat des autorités contractantes : le Danemark et l'Espagne. Les droits danois et espagnol prévoient la simple possibilité pour les autorités contractantes de sanctionner ou non certains manquements aux stipulations contractuelles par le titulaire du marché.

Premièrement, au Danemark, le non-respect de certaines clauses pourrait être considéré théoriquement comme une modification substantielle. Pour autant, la loi danoise ne régit pas cette problématique et n'impose donc aucune obligation spécifique à la charge de l'acheteur public²⁷⁷. L'intérêt de la question ressort ces dernières années principalement pour les clauses sociales et environnementales. En 2018, l'Autorité de la concurrence danoise (*Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen*) a édicté des lignes directrices sur les différents moyens offerts à un acheteur public en vue du respect desdites clauses²⁷⁸. Or, dans ces lignes directrices, aucune obligation n'incombe aux autorités contractantes quant aux sanctions à prendre en réponse à une non-conformité lors de la phase d'exécution contractuelle. Le contrat doit comporter des clauses spécifiquement prévues pour sanctionner de tels manquements. Les sanctions préconisées sont alors principalement des pénalités contractuelles, des indemnités ou la

²⁷⁶ CA, Timisoara, 20 juin 2017, n° 3789.

²⁷⁷ En outre, la Commission danoise des plaintes compétente en matière de passation des marchés publics et des concessions se refuse de l'être pour les questions relatives au contrat lui-même et à son exécution, sauf en cas de modification substantielle. Encore faudrait-il qu'elle soit saisie en ce sens ce qui ne semble pour l'heure pas être encore arrivé. Voir : C. RISVING HAMER, « *Modification of contracts in Denmark* », in *Contract changes: the dark side of EU directives*, précité.

²⁷⁸ Voir les lignes directrices du *Konkurrence-og Forbrugerstyrelsen* édictées le 19 décembre 2018 sur le site officiel : <https://www.kfst.dk/nyheder/kfst/ok-nyheder/2018/20181219-ny-udgave-af-vejledning-om-sociale-klausuler-i-udbud/>.

résiliation du marché ou de la concession. Seulement, le déclenchement de ces sanctions reste à la libre appréciation de l'autorité contractante d'autant que la résiliation du contrat peut avoir des répercussions sur les chances futures de remporter d'autres contrats de la commande publique en cas de déficiences significatives ou persistantes du cocontractant lors de l'exécution d'une obligation fondamentale du marché ou de la concession.

Secondement, en Espagne, l'article 211.1 de la Loi sur les contrats du secteur public dispose de la possibilité de résilier un marché ou une concession en cas de non-respect d'une obligation principale du contrat (son objet même) ou de ses obligations essentielles à condition que celles-ci aient été identifiées de manière claire, précise et non-équivoque dans les documents d'appel d'offres. Cette résiliation emporte la perte de la garantie du cocontractant et le versement d'une indemnité à l'autorité contractante en cas de dommages dépassant le montant de la garantie²⁷⁹. Le titulaire du marché ou le concessionnaire a droit au paiement des prestations entièrement exécutées²⁸⁰. Toutefois, avant de procéder à la résiliation, le contrat peut prévoir des clauses stipulant d'autres sanctions en cas de non-conformité, notamment des sanctions financières dans des clauses pénales. La résiliation est appliquée en dernier recours, d'autant plus qu'une telle sanction constitue un motif recevable d'exclusion du cocontractant défaillant des procédures de passation futures. Néanmoins, plusieurs arrêts témoignent qu'il n'est pas rare que l'acheteur public maintienne une attitude de passivité absolue face à des manquements répétés par son cocontractant, malgré les atteintes au principe d'égalité devant la commande publique²⁸¹.

Si l'approche volontariste a le mérite de s'ouvrir à une réglementation des conséquences du non-respect des clauses contractuelles propre aux marchés publics et aux concessions, la faiblesse du dispositif tient en l'absence d'effet obligatoire pour les autorités contractantes de sanctionner les manquements de leurs cocontractants. Dès lors, le défaut de l'approche minimaliste ou contractualiste se retrouve dans l'approche volontariste, à savoir la suspicion de la violation du principe d'égalité de la commande publique dont la CJUE se veut le porte-étendard. Aussi trois Etats membres de l'Union européenne ont-ils préféré renforcer leur arsenal juridique pour garantir le principe d'égalité.

Approche rigoriste. Une minorité d'Etats ont fait le choix d'une rigueur juridique par laquelle le non-respect des clauses contractuelles est réglementé par la législation des

²⁷⁹ *Ley de Contratos del Sector Publico*, n° 9/2017, art. 213.3.

²⁸⁰ *Idem*.

²⁸¹ *Tribunal Supremo*, 3 déc. 2020, n°s 4013/2020, 4025/2020, ECLI:ES:TS:2020:4013, ECLI:ES:TS:2020:4025.

marchés publics ou la jurisprudence en le sanctionnant d'une résiliation ou annulation du contrat suivie de sa remise en concurrence. Tels sont les cas de l'Italie, de la Pologne et des Pays-Bas.

Le Code des contrats publics italien (*Codice dei contratti pubblici*), tout d'abord, dispose en son article 108 les cas où le pouvoir adjudicateur doit résilier le marché en raison de la non-conformité des conditions du marché, en particulier en cas de manquements graves du cocontractant²⁸² ou de retard résultant de sa négligence²⁸³. Le cocontractant défaillant n'a alors droit qu'au paiement des prestations correctement exécutées, sans préjudice des frais supplémentaires engendré par la résiliation du contrat²⁸⁴. La justification de l'approche italienne est double. D'une part, la multiplication des faits de corruption ou de favoritisme liés à la mafia a nécessité une réglementation plus stricte du non-respect des termes des contrats publics pour y faire face. D'autre part, les opérateurs économiques préfèrent la sanction de résiliation à la solution plus douce de l'avenant transactionnel. En effet, en Italie, les transactions sont appréhendées, comme un aveu de culpabilité d'une faute professionnelle grave des cocontractants pouvant les pénaliser dans le cadre d'appels d'offres futurs.

La Pologne, ensuite, traite de manière similaire la problématique. A défaut de législation en cette matière, la jurisprudence polonaise exige des autorités contractantes qu'elles résilient le contrat et le remettent en concurrence en cas de non-respect de ses clauses. Tel fut le cas, par exemple, de la construction d'une partie de l'autoroute S7 dont la résiliation du contrat fut prononcée en décembre 2020 à la suite de graves manquements de l'entrepreneur. Un nouveau cocontractant fut désigné en juillet 2021 à l'issue d'un nouvel appel d'offres²⁸⁵. Toutefois, à la différence de la pratique italienne, il peut arriver que la non-conformité donne lieu à la

²⁸² *Codice dei contratti pubblici*, art. 108, 3 : « Lorsque le directeur des travaux ou la personne chargée de l'exécution du marché, si elle a été désignée, constate un manquement grave aux obligations contractuelles du cocontractant, de nature à compromettre sa bonne exécution, il adresse à la personne chargée de la procédure un rapport circonstancié, accompagné des documents nécessaires, indiquant l'estimation des travaux correctement exécutés, dont le montant peut être attribué à l'entrepreneur. Il formule également une communication des griefs au cocontractant, en lui impartissant un délai qui ne peut être inférieur à quinze jours pour la présentation de ses contre-arguments au responsable de la procédure. Une fois que lesdits contre-arguments ont été acquis et évalués négativement, ou que le délai a expiré sans que le contractant ait répondu, le pouvoir adjudicateur, sur proposition du responsable de la procédure, déclare la résiliation du marché. » [Notre traduction]

²⁸³ *Codice dei contratti pubblici*, art. 108, 4 : « Si, en dehors des cas prévus au paragraphe 3, l'exécution des prestations est retardée en raison d'une négligence du cocontractant par rapport aux dispositions du contrat, le directeur des travaux ou le responsable unique de l'exécution, s'il en a été désigné un, fixe un délai qui, sauf en cas d'urgence, ne peut être inférieur à dix jours, dans lequel le cocontractant doit exécuter les prestations. Une fois le délai expiré, et après avoir établi un rapport contradictoire avec le contractant, si l'inexécution persiste, le pouvoir adjudicateur résilie le marché, sans préjudice du paiement de pénalités. » [Notre traduction]

²⁸⁴ *Codice dei contratti pubblici*, art. 108, 5.

²⁸⁵ P. BOGDANOWICZ, « Contract modifications in Poland – Much ado about nothing? », in *Contract changes: the dark side of EU directives*, précité.

conclusion d'un avenant transactionnel. A ce titre, la Haute juridiction administrative polonaise estime qu'un tel avenant transactionnel ne saurait constituer une modification substantielle lorsque sa portée est limitée à une seule situation imprévisible survenue au cours de l'exécution du contrat et par lequel l'autorité contractante a entendu réduire les pénalités contractuelles infligée au titulaire du marché²⁸⁶.

Enfin, aux Pays-Bas, la rigueur est depuis peu devenue le principe dans la sanction de la non-conformité au nom du principe d'égalité irrigant le droit des marchés publics²⁸⁷. En cas de non-respect des clauses du contrat, l'acheteur public est dans l'obligation de résilier le contrat afin de procéder à un nouvel appel d'offres. Telle est la solution d'une jurisprudence en trois actes du tribunal du district de La Haye relative à un même marché public de fourniture de sel de voirie conclu en avril 2017 par le Département des travaux publics (*Rijkswaterstaat*)²⁸⁸. Le produit fourni par le cocontractant ne répondait pas aux exigences du contrat. Malgré un premier avertissement du pouvoir adjudicateur, le titulaire du marché réitère lors d'une seconde livraison. La réception fut refusée par le Département des travaux publics en raison de la non-conformité des propriétés et de la taille des grains de sel routier livrés. Saisi en référé par un candidat évincé aux fins d'injonction de résiliation du contrat au motif d'une modification substantielle du marché eu égard notamment à la non-conformité des produits livrés, le tribunal du district de La Haye a, dans un premier temps, estimé que le droit des marchés publics implique une limitation de l'autonomie contractuelle des autorités contractantes dans l'exécution du contrat en raison du principe d'égalité de traitement des candidats. Toutefois, du fait du déclenchement des clauses pénales du contrat par l'acheteur en raison de la violation des stipulations contractuelles par le fournisseur, le tribunal a considéré que le contrat était correctement exécuté par les parties. En outre, s'il était concevable qu'une indulgence persistante de la part du Département des travaux publics puisse conduire à une modification substantielle, cette situation n'était pas encore établie et ne justifiait pas une quelconque obligation de résiliation du marché par l'acheteur public²⁸⁹. Une telle précision est

²⁸⁶ Cour suprême administrative, 21 mai 2021, I GSK 1758/18.

²⁸⁷ Classiquement, la question était abordée sous l'angle du droit civil qui s'applique à l'exécution du contrat en droit néerlandais. Le droit civil ne reconnaît alors aucune obligation de résilier en situation de non-conformité, seulement la possibilité. Les récentes jurisprudence du tribunal du district de La Haye de 2017 et 2018 admettent exceptionnellement l'application du droit des marchés publics justifiant, au nom du principe d'égalité, une telle obligation en cas de non-respect des clauses contractuelles.

²⁸⁸ La Chaire entend remercier Sophie Prent pour l'ensemble des précisions apportées sur cette affaire que Chris Jansen qualifiait de « Trilogie du sel de voirie ». Voir les décisions : Rb. Den Haag (vzr.), 21 Déc. 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15465, JAAN 2018/46 ; Rb. Den Haag (vzr.), 25 avr. 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:4940, JAAN 2018/125 ; Rb. Den Haag (vzr.), 12 Sept. 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:10933, JAAN 2018/226.

²⁸⁹ Rb. Den Haag (vzr.), 21 Déc. 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15465, JAAN 2018/46.

d'importance pour la suite de la série judiciaire. En effet, après avoir pris connaissance d'une transaction entre le pouvoir adjudicateur et son cocontractant par laquelle la fourniture de sel routier non-conforme est autorisée en échange d'une pénalité contractuelle et d'une indemnité, le même candidat évincé a de nouveau saisi en référé le tribunal du district de La Haye aux fins d'enjoindre à l'acheteur de résilier le contrat litigieux pour modification substantielle illégale. Le Département des travaux publics fut contraint de résilier ledit marché²⁹⁰. Contestant cette décision de résiliation, le cocontractant a réclamé la reprise des relations contractuelles devant le tribunal du district de La Haye. A cette occasion le tribunal a clairement affirmé l'obligation de résiliation d'un marché public en cas de non-conformité en vertu du droit des marchés publics et du principe d'égalité qui imposent d'examiner avec rigidité et rigueur la conformité ou non de l'exécution aux exigences fixées dans les documents d'appel d'offres²⁹¹. Pour autant, tout manquement aux stipulations du contrat n'emporte pas en soi une modification substantielle du marché justifiant sa résiliation. Une telle sanction n'est réservée qu'aux situations les plus graves et ne trouverait pas d'application en cas du non-respect des délais en particulier en présence de clauses pénales attestant que les parties ont anticipé cette situation²⁹².

Apport de l'étude comparative. La tendance affichée par l'étude comparative quant à l'appréciation de la non-conformité comme source de modification d'un contrat souligne le manque d'intérêt des directives de 2014 pour la phase d'exécution contractuelle d'un marché public ou d'une concession. Du fait de l'absence d'harmonisation et de la multiplicité d'approches de chaque Etat européen, un même problème juridique pourrait conduire à des réponses différentes selon le droit applicable au cas d'espèce donnant un poids variable au principe d'égalité de traitement des candidats, pilier du droit des marchés publics et des concessions des Etats membres de l'Union européenne et du Royaume-Uni. En faisant un parallèle avec les règles de passation, l'assimilation faite entre non-respect des termes du contrat et modification contractuelle par certains Etats peut s'entendre. En effet, le principe d'égalité de traitement des candidats impose, au stade du choix des offres, de rejeter celles qui ne correspondent pas aux spécifications exprimées dans les documents du marché. Selon cette

²⁹⁰ Plus précisément, le tribunal a partiellement débouté le requérant qui concluait également aux fins d'enjoindre à l'autorité contractante de procéder à un nouvel appel d'offres. La fin de la saison hivernale ne justifiait pas de l'utilité d'un nouvel appel d'offres. Voir : Rb. Den Haag (vzr.), 25 avr. 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:4940, JAAN 2018/125.

²⁹¹ Rb. Den Haag (vzr.), 12 Sept. 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:10933, JAAN 2018/226.

²⁹² Si E. Plas et W. A. Janssen admettent que la non-conformité d'un produit ne constitue pas une modification substantielle en cas de diminution du prix, la trilogie des sels de voirie peut remettre en cause une telle affirmation, surtout à la lecture de la dernière décision du tribunal du district de La Haye en date du 12 septembre 2018, précitée. Voir : W. A. JANSSEN et E. PLAS, « *Contract Modifications in the Netherlands: Understanding the Law, Jurisprudence and Practice* », in *Contract changes: the dark side of EU directives*, précité.

logique, il semblerait normal de considérer que le défaut d'exécution, qui donne donc lieu à une prestation, qui, par hypothèse, ne correspond pas aux besoins exprimés par l'autorité contractante soit considéré comme une modification. Concrètement, une telle assimilation pourrait être une solution sévère, d'autant que des mécanismes existent pour éviter de tels risques comme les clauses pénales.

§IV. LA MODIFICATION POUR CIRCONSTANCES IMPREVUES

Cadre européen. L'article 72, 1, c) de la directive 2014/24/UE, encadre les modifications rendues nécessaires par des circonstances imprévues qu'un pouvoir adjudicateur diligent ne pouvait pas prévoir à condition que la nature globale du contrat ne soit pas affectée, et que l'augmentation du prix résultant de chaque modification soit inférieure à 50 % du montant initial du marché ou de l'accord-cadre. Pour la transposition de cette disposition, plusieurs approches se constatent.

Tendance majoritaire à la transposition simple, dénuée de précisions. La plupart des États se sont contentés de transposer fidèlement la directive, sans y apporter de précisions supplémentaires. Tel est notamment le cas du Royaume-Uni où l'exécution appartient au domaine du droit commun²⁹³ et où les circonstances d'exécution sont en pratique traitées contractuellement, mais encore de la Finlande, du Danemark, de l'Allemagne²⁹⁴ et de l'Autriche²⁹⁵, du Danemark²⁹⁶ et de la Finlande²⁹⁷.

²⁹³ Le seul cas connu en marché public de circonstances imprévues en droit des marchés publics anglais serait, semble-t-il, la pandémie de Covid-19 en ce qu'elle pouvait, si l'inexécution résultait exclusivement de celle-ci, fonder l'application d'une clause de force majeure.

²⁹⁴ GWB, art. 121, al. 1^{er}.

²⁹⁵ BVergG 2018, art. 104, al. 3 ; P.4.2.1.3 ÖNORM B2110.

²⁹⁶ Loi danoise sur les marchés publics, art. 183. La jurisprudence n'apporte aucune précision supplémentaire et se contente de vérifier l'absence de modification substantielle. Voir, par exemple : DBC, 22 juin 2020, *PDC v. Region Hovedtaden*.

²⁹⁷ A titre d'exemple en droit finlandais, ne sont pas considérées comme des circonstances imprévues, d'une part, la variation de prix de matériels électroniques et informatiques du fait que celle-ci est courante dans ce secteur (FCCA, 2018, KKV/837/14.00.60/2018), non plus les difficultés de livraison de repas qui arrivaient systématiquement froids dès lors que le pouvoir adjudicateur avait par audit détecté d'éventuels problèmes de transport (MAO:65/19).

Tendance minoritaire à la clarification des directives. Par ailleurs, l'Espagne, la Pologne et la Roumanie ont fait le choix de préciser les directives européennes. Ainsi, en Espagne, l'article 205 de la *Ley de Contratos del Sector Publico* apporte quelques clarifications ou exigences supplémentaires. En particulier, la loi précise que la limite des 50 % est englobante et concerne la somme de l'ensemble des modifications successives apportées à un marché, et ne se limite donc pas à chaque modification prise isolément les unes des autres. A défaut, la modification risque l'annulation²⁹⁸.

De leur côté, la Roumanie et la Pologne ont recours à des instruments de droit souple pour apporter de telles précisions. Tout d'abord, en droit polonais, l'article 455, al. 1^{er}, 4) de la loi sur les marchés publics transpose simplement les dispositions de la Directive 2014/24/UE sur les modifications pour circonstances imprévues. Dans ses commentaires de la loi sur les marchés publics de juin 2021, l'Office polonais des marchés publics propose plusieurs circonstances imprévues recevables en ce qu'elles ne résultent pas de la vie économique normale, notamment des fluctuations habituelles des prix sur le marché de biens spécifiques, ou encore l'inflation. A son sens, sont des circonstances imprévues recevables un ralentissement économique soudain ou une disponibilité réduite des matières premières ou une augmentation significative des prix des matières premières²⁹⁹. En outre, le 24 mars 2022, cette autorité publique a publié une interprétation par laquelle il souligne que le conflit armé en Ukraine et ses conséquences économiques transfrontalières, qui se manifestent par exemple par la perturbation de la chaîne d'approvisionnement, l'indisponibilité des matériaux, l'augmentation des prix des matériaux et des coûts de main-d'œuvre, ainsi que le départ de Pologne de travailleurs citoyens ukrainiens, peut être qualifié de phénomène externe imprévisible à tout pouvoir adjudicateur diligent. Par ailleurs, l'Office précise que la modification résultant de circonstances imprévues est recevable même en présence de clause d'indexation ou de révision dès lors que son application serait insuffisant pour surmonter les effets de l'évènement imprévu. S'agissant de la Roumanie, l'article 221 de la loi sur les marchés publics de 2016 est formulé de façon analogue à l'article 72 de la Directive 2014/24/UE. L'instruction n° 3/2017 est venue préciser la notion d'imprévu. Partant, ce sont les circonstances postérieures à la date de la soumission des offres qui n'auraient pas pu être prévues par un soumissionnaire potentiel à cette

²⁹⁸ Tribunal administratif central de recours contractuels, 9 janv. 2020, 27/2020 relatif à la modification d'un accord-cadre de fourniture de vaccins.

²⁹⁹ En pratique, la notion de circonstances imprévues comprend principalement les cas de force majeure comme les inondations, les incendies, les éruptions volcaniques, les tremblements de terre, les grèves générales, les conflits armés, les blocus frontaliers ou portuaires, les pandémies ou des changements législatifs.

date ou qui n'auraient pas pu être identifiées par un pouvoir adjudicateur sur la base de ses connaissances et de son expérience technique, juridique et économique. Toutefois, un pouvoir adjudicateur ne peut justifier une modification en raison de circonstances imprévues provenant de son manque d'expérience ou de connaissances spécialisées dans le domaine du marché, ou du fait d'une coopération inadéquate avec d'autres décideurs ou acteurs institutionnels, d'un manque de contrôle sur la situation alléguée, d'une mauvaise planification des services ou des travaux et/ou des erreurs de conception, ou encore d'une préparation inadéquate de la manière de céder le marché par le pouvoir adjudicateur³⁰⁰. A titre d'illustration, en droit roumain, l'augmentation du salaire minimum peut être qualifié de circonstance imprévue, de même qu'une hausse excessive du prix des matériaux de construction.

Recours supplétif au droit civil aux Pays-Bas. Le cas des Pays-Bas est particulier. Le droit néerlandais des marchés publics ne précise pas outre mesure l'article 72 de la Directive 2014/24/UE. Pour autant, le droit civil néerlandais prend le relais. En effet, la théorie de l'imprévision, codifiées aux articles 6:258 à 6:260 du *Burgerlijk Wetboek*, permet aux juridictions civiles, saisies de moyens en ce sens, de modifier ou résilier un contrat s'il existe des circonstances exceptionnelles imprévues d'une nature telle que la poursuite de l'exécution du contrat dans ses conditions initiales ne peut raisonnablement s'opérer.

Contrariété du droit italien avec les directives. L'Italie, à travers l'article 106, §1, c) du *Codice dei contratti pubblici* prévoit bel et bien la modification pour circonstances imprévues, dont certaines conditions peuvent sembler contraire à la Directive 2014/24/UE. La notion de circonstance imprévue est objectivée : elle ne se réfère aucunement à « l'autorité diligente » ou à la « préparation diligente » du marché. Par exemple, entrent dans le champ d'application de cette disposition toute nouvelle loi ou réglementation, ou toute mesure édictée par une autorité en charge de protéger des « intérêts significatifs ». En outre, cette notion admet des modifications en cas d'erreurs ou d'omissions par le pouvoir adjudicateur lors du projet exécutif compromettant l'exécution des travaux. Or, une telle situation est courante en Italie en raison des découvertes d'artefacts archéologiques retardant les travaux et qui ouvrent droit à indemnisation et, en cas de force majeure, à résiliation³⁰¹. En revanche, ne sauraient être des circonstances imprévues des caractéristiques géologiques « imprévues » du sol puisqu'il incombe en droit italien à tout contractant potentiel d'évaluer lui-même ces risques³⁰².

³⁰⁰ HCCJ, 2019, décision n° 3371/2019.

³⁰¹ La Cour de Justice n'a pas encore été saisie de la conformité de cette exception italienne au regard des directives.

³⁰² Cass., Civ., 18 févr. 2008, n° 3932.

Données statistiques. Une étude comparative France, Allemagne et Royaume-Uni sur la période allant du 1^{er} au 31 octobre 2022 témoigne d'une importante proportion de modification pour circonstances imprévues ces derniers mois en France et au Royaume-Uni.

	FRANCE	ALLEMAGNE	ROYAUME-UNI
Prestations supplémentaires devenus nécessaires	14 (35 %)	30 (75 %)	15 (37,5 %)
Circonstances imprévues	26 (65 %)	10 (25 %)	25 (62,5 %) ³⁰³
TOTAL	40 (100 %)	40 (100%)	40 (100 %)

Figure 2.3 : Proportion des cas de modifications pour circonstances imprévues au regard des avis de modification publiés au JOUE entre le 1^{er} et le 31 octobre 2022

Alors que la France et le Royaume-Uni enregistre une proportion similaire de cas de modifications pour circonstances imprévues, l'Allemagne fait figure d'exception avec seulement 25 % de ces contrats qui ont fait l'objet d'un avis de modification sur ce fondement juridique. L'explication tient essentiellement en ce que les autorités contractantes allemandes ont modifié plus en amont dans l'année 2022 les contrats affectés par des circonstances imprévues, notamment l'inflation des prix accentuée par le conflit armé en Ukraine³⁰⁴.

³⁰³ Quatre modifications sont justifiées par la pandémie de la Covid-19 et l'inflation en résultant, accentuée par le conflit armé en Ukraine. Par ailleurs, sur les vingt-cinq modifications pour circonstances imprévues ayant fait l'objet d'un avis de publication au JOUE, trois attirent particulièrement l'attention en raison de l'augmentation extrêmement importante du prix du marché avec des augmentations allant de 340 % à 3 200 % du montant initial du marché.

³⁰⁴ Cette étude a aussi été l'occasion d'observer que de nombreux avis de modification publiés au JOUE pour les contrats d'autorités contractantes en France (12 sur 40 avis concernés) et au Royaume-Uni (14 sur 40 avis concernés) n'indiquent aucune modification du montant initial du marché alors même que certaines descriptions l'évoquent dans les justifications de la modification.

§V. LA MODIFICATION RESULTANT DU DEPASSEMENT DE LA VALEUR MAXIMALE DU MONTANT OU DES QUANTITES DES ACCORDS- CADRES

Position traditionnelle de la Cour de justice. Ces dernières années la position de la CJUE semble claire quant aux conséquences du dépassement de la valeur maximale du montant ou des quantités des accords-cadres, en témoignent les trois décisions de principe *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*³⁰⁵, *Simonsen & Weel*³⁰⁶ et *EPIC Financial Consulting GmbH*³⁰⁷. En effet :

« 66. [...] en concluant un accord-cadre, un pouvoir adjudicateur ne peut s'engager que dans la limite d'une quantité et/ou d'une valeur maximale des travaux, fournitures ou services concernés, de sorte que, une fois cette limite atteinte, cet accord-cadre aura épuisé ses effets (arrêt du 17 juin 2021, *Simonsen & Weel*, C-23/20, EU:C:2021:490, point 68).

67. Partant, [...] plus aucun marché ne peut être légalement attribué en application de l'article 33, paragraphe 2, de la directive 2014/24 sur la base d'un accord-cadre dont ladite limite a été dépassée et qui, dès lors, est privé d'effets, sauf si cette attribution ne modifie pas substantiellement ce dernier, au sens de l'article 72,

³⁰⁵ CJUE, 19 déc. 2018, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust et Coopservice*, C-216/17.

³⁰⁶ CJUE, 17 juin 2021, *Simonsen & Weel*, aff. C-23/20.

³⁰⁷ CJUE, 14 juill. 2022, *EPIC Financial Consulting GmbH*, aff. C-274/21 et C-275/21.

paragraphe 1, sous e), de la directive 2014/24 (voir, en ce sens, arrêt du 17 juin 2021, Simonsen & Weel, C-23/20, EU:C:2021:490, point 70).

68. [...] *l'article 33, paragraphe 3, de la directive 2014/24 doit être interprété en ce sens qu'un pouvoir adjudicateur ne peut plus se fonder, pour attribuer un nouveau marché, sur un accord-cadre dont la quantité et/ou la valeur maximale des travaux, fournitures ou services concernés qu'il fixe a ou ont déjà été atteinte(s), à moins que l'attribution de ce marché n'entraîne pas une modification substantielle de cet accord-cadre, ainsi que le prévoit l'article 72, paragraphe 1, sous e), de cette directive.* »³⁰⁸

Pour autant, en conditionnant l'attribution d'un marché subséquent au-delà des maximums de montant ou quantité d'un accord-cadre à l'absence de modification substantielle de ce-dernier par la conclusion dudit marché, la Cour de justice a ouvert une brèche pour les Etats membres qui n'associent alors pas systématiquement l'atteinte du maximum à l'épuisement des effets de l'accord-cadre, d'autant plus qu'aucun article des directives ne l'imposent. Aussi n'est-il pas surprenant que les systèmes étudiés dans la présente comparaison adoptent des solutions différentes face à une telle situation, bien qu'une majorité d'Etats membres y reconnaissent l'extinction des effets d'un accord-cadre.

Cas particulier du Royaume-Uni. Il convient tout d'abord d'exclure sur ce point le cas propre au Royaume-Uni. En raison du *Brexit*, les jurisprudences de la CJUE *précitées* n'ont pas été réceptionnées par l'Angleterre, l'Irlande du Nord et le Pays de Galles, d'autant plus que la législation n'exige pas de montant maximum ou de quantités maximales pour la régularité d'un accord-cadre. Dès lors, la violation de la valeur estimée des quantités ou du montant de l'accord-cadre n'entraîne aucune conséquence sur celui-ci, non plus sur les marchés subséquents. Autrement dit, les effets de l'accord-cadre persistent. En cela, les britanniques rejoignent la position de souplesse d'une minorité d'Etats membre de l'Union européenne.

Approche souple des conséquences du dépassement des valeurs maximales. Une minorité d'Etats membres de l'Union européenne retiennent une conception souple des effets d'un tel dépassement, en ce sens que le fait d'atteindre les valeurs maximales de montant ou de quantités n'emportent aucune conséquence réelle sur les effets produits par l'accord-cadre. Si la jurisprudence néerlandaise s'inscrit dans cette lignée³⁰⁹, la récente décision de la Cour de justice *Simonsen & Weel précitée* pourrait forcer l'évolution du droit des Pays-

³⁰⁸ *Idem*, par. 66-68.

³⁰⁹ CS, 18 nov. 2016, *Xafax*.

Bas sur ce point. Ceci est d'autant plus probable que la jurisprudence néerlandaise exige une estimation réaliste de la valeur du montant et des quantités au risque d'emporter une modification substantielle en cours d'exécution si tel n'est pas le cas³¹⁰. En Finlande, par ailleurs, aucun texte et aucune jurisprudence ne permettent de connaître les conséquences du dépassement du montant maximum ou des quantités maximales d'un accord-cadre. S'il est probable qu'au regard de la décision *Simonsen & Weel précitée* le *Finnish Market Court* pourrait prochainement retenir la résiliation de l'accord-cadre ou l'extinction de ses effets dans une telle situation, encore faudrait-il que, conformément au droit finlandais, le juge soit saisi en ce sens, lui seul ayant compétence en la matière³¹¹.

La solution dégagée par la Cour de justice semble en voie de s'imposer progressivement aux Etats membres. Seulement, deux Etats étudiés font figure d'exception dans la réception de la jurisprudence européenne, l'un par sa contrariété assumée à celle-ci, l'Italie, l'autre par son choix délibéré de privilégier le consensualisme, la Pologne.

En Italie, tout d'abord, aucun effet particulier n'est prévu en cas de dépassement d'un accord-cadre. Plus encore, un cas suscite l'attention des juristes italiens en raison de la divergence des juges nationaux vis-à-vis des juges européens. En l'espèce, un accord-cadre de courtage d'assurances avait été conclu pour tous les pouvoirs adjudicateurs de Toscane, y compris les services de santé. En parallèle, le groupement des services de santé toscan a prolongé de trois ans un autre accord-cadre de courtage d'assurances tout en revalorisant les conditions initiales afin d'être plus avantageuses que celles du nouvel accord-cadre. Alors que le tribunal de première instance avait jugé illégale la modification, le *Consiglio di Stato* a infirmé le jugement en estimant que la légalité de la modification résidait dans la présence d'une clause de renouvellement prévue dans l'ancien accord-cadre, peu importe que du fait du dépassement des maximums de montant et de quantités la nature globale de l'accord-cadre et son équilibre financier furent affectés. La jurisprudence européenne a tout simplement été rejetée, et même passée sous silence³¹².

La loi polonaise, quant à elle, ne prévoit aucune sanction en cas de dépassement du montant maximum ou des quantités maximales d'un accord-cadre. Toutefois, des clauses de l'accord-cadre peuvent en déterminer les conséquences dans la limite des règles encadrant la

³¹⁰ CA, 17 déc. 2013, *Den Haag*.

³¹¹ M. KORTESUO et P. TAKALA, « *Contract changes in Finland* », in *Contract changes: the dark side of EU directives*, précité.

³¹² B. BIANCARDI, R. CARANTA et P. PATRITO, « *Contract changes in Italy* », in *Contract changes: the dark side of EU directives*, précité.

modification des contrats publics. Généralement, les stipulations contractuelles prévoient, dans cette situation, l’extinction des effets de l’accord-cadre. La position polonaise n’est alors pas si différente, dans les faits, de l’approche majoritaire conforme à la jurisprudence de la Cour de justice de l’Union européenne.

Approche majoritaire conforme des conséquences du dépassement des valeurs maximales. La majorité des Etats comparés prennent acte de l’ensemble de la portée des décisions de la Cour de justice. En effet, l’Allemagne, l’Autriche³¹³, l’Espagne, le Danemark³¹⁴ et la Roumanie³¹⁵ prévoient l’expiration des effets de l’accord-cadre en cas de dépassement de la valeur maximale du montant ou des quantités. Dans le cas contraire, les marchés subséquents sont considérés comme modifiant substantiellement l’accord-cadre et sont entachés d’illégalité. Pour autant, certains systèmes accordent la possibilité de modifier le montant maximum ou les quantités maximales. Tel est le cas du droit danois autorisant uniquement le relèvement du montant maximum à condition que la modification soit consensuelle et non-substantielle sous peine d’annulation de la modification et d’illégalité d’attribution des marchés subséquents conclus hors accord-cadre³¹⁶.

³¹³ En Autriche, si la valeur maximale du montant et des quantités de l’accord-cadre doivent être indiquées dans l’avis de marché et les documents d’appel d’offres, son absence n’entraîne ni l’annulation de l’accord-cadre, ni sa résiliation, ni l’extinction de ses effets.

³¹⁴ Au Danemark, l’absence de la valeur maximale du montant et des quantités de l’accord-cadre dans l’avis de marché et les documents d’appel d’offres emporte l’annulation de l’accord-cadre (CJUE, C-23/20, *Simonsen & Weel*, précité conf. DBC, 9 nov. 2021, *Simonsen & Weel A/S v. Region Nordjylland og Region Syddanmark*).

³¹⁵ En Roumanie, contrairement à l’ensemble des Etats analysés dans cette étude comparative, l’avis de marché et les documents d’appel d’offres doivent indiquer la part individuelle respective de chaque pouvoir adjudicateur bénéficiant de l’accord-cadre.

³¹⁶ DBC, 19 août 2020, *EG A/S v. Egedal Kommune*.

§VI. LES CONSEQUENCES JURIDIQUES DES MODIFICATIONS ILLEGALES

Cadre général européen. L'article 44 de la directive 2014/23/UE, l'article 73 de la directive 2014/24/UE et l'article 90 de la directive 2014/25/UE demandent aux Etats membres de l'Union européenne de veiller à instaurer en droit national des dispositifs juridiques permettant la résiliation d'un marché public ou d'une concession par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice en particulier lorsque, en vertu des règles relatives à la modification contractuelles, le marché a fait l'objet d'une modification substantielle qui aurait requis une nouvelle procédure de passation ou la concession a fait l'objet d'une modification qui aurait requis une nouvelle procédure de passation. Une certaine marge de manœuvre était reconnue aux actuels et anciens Etats membres quant aux conséquences à tirer d'une modification illégale substantielle ou non-autorisée. Trois approches se constatent : une approche contractuelle et souple au Royaume-Uni, une approche rigide dans les Etats membres germaniques et une approche modérée conforme aux dispositions des directives par la majorité des actuels Etats membres de l'Union européenne.

Clause de résiliation et souplesse britannique. Au Royaume-Uni, la principale conséquence d'une modification illégale est l'extinction des effets du contrat par une déclaration d'*ineffectiveness*³¹⁷ suivie d'une résiliation *ex nunc*. L'article 73 du *Public Contracts Regulations* dispose à ce titre une obligation pour tout pouvoir adjudicateur ou entité adjudicatrice d'insérer des clauses de résiliation en cas de survenance de certains événements dont la modification substantielle du contrat. En l'absence d'une telle stipulation contractuelle,

³¹⁷ Autrement dit, il s'agit pour le juge de déclarer la fin de la production des effets du contrat.

la règle est considérée comme implicitement présente dans le contrat et instaurant une résiliation sans délai, *ex nunc*. La clause explicite de résiliation apparaît alors comme plus favorable aux parties qui peuvent, dans sa rédaction, établir un délai de préavis avant l'entrée en vigueur de la résiliation ainsi que d'en adapter les conséquences en particulier financières. Pour autant, aucune jurisprudence nationale ne concerne directement et exclusivement des demandes en déclaration d'*ineffectiveness* en cas de modification illégale. Les juridictions britanniques se focalisent surtout sur la régularité d'une publication d'un avis public, le *voluntary ex-ante transparency notice* (VEAT), qui, lorsqu'il décrit raisonnablement le contenu du contrat modifié, neutralise une éventuelle sanction d'*ineffectiveness*³¹⁸. Pour autant, le VEAT n'est aucunement obligatoire et ne garantit pas la sécurité juridique du contrat modifié qui, en cas d'illégalité constatée, pourrait faire l'objet d'une autre sanction que celle de l'extinction de ses effets ou de sa résiliation, notamment de sanctions pécuniaires ou de condamnation à dommages-intérêts pour enrichissement sans cause³¹⁹. Les VEAT ne sont alors publiés uniquement si les autorités contractantes sont assurées du respect des dispositions encadrant la modification du contrat pour éviter toute éventuelle censure des juges³²⁰. L'approche britannique s'avère donc plus souple que les positions privilégiées par les Etats membres de l'Union européenne.

Rigidité germaniques. Effectivement, à l'opposé du système britannique, l'Allemagne et l'Autriche optent pour une logique de sévérité en estimant que l'illégalité d'une modification contamine l'ensemble du contrat qui, partant, doit être résilié dans son entièreté. Précisément, deux conséquences principales sont prévues. Soit l'annulation du contrat dans son intégralité est prononcée étant donné que les modifications illégales sont assimilées à une attribution illégale de marchés. Dès lors, si le contrat a été entièrement ou partiellement exécuté, il ne peut être annulé que dans la mesure où les prestations sont encore en suspens ou qu'elles peuvent être restituées sans réduction de valeur. Soit le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice déclareront la résiliation immédiate totale ou partielle lorsque la modification est substantielle, toute clause contraire étant alors sans effet³²¹.

³¹⁸ *Faraday Development Limited contre West Berkshire Council* [2018] EWCA Civ 2532 : dans cette affaire, la Cour considère que le VEAT n'est pas suffisamment détaillé et déclare l'*ineffectiveness* du contrat d'achat immobilier en cause.

³¹⁹ *Public Contracts Regulations*, art. 102.

³²⁰ P. TELLES, « Public contract modifications in England, Wales, and Northern Ireland », in *Contract changes: the dark side of EU directives*, précité, à paraître.

³²¹ Partant, une stipulation contractuelle instaurant un délai de préavis ou de prévenance pour une résiliation à la suite d'une modification substantielle ne saurait s'opposer à une résiliation immédiate du contrat.

Modération majoritaire. Entre la souplesse britannique et la rigidité germanique, la majorité des États se sont tournés vers une approche plus conciliante vis-à-vis des spécificités de chaque situation. L'illégalité d'une modification peut alors aboutir soit à la résiliation de l'ensemble du contrat en cas d'indivisibilité de la modification, soit sinon à la nullité de la seule modification divisible, le marché s'exécutant ainsi dans sa version antérieure à la modification annulée.

Tout d'abord, le droit italien accorde, en cas de modification substantielle, à l'autorité contractante un pouvoir de résiliation du marché initial ou de ses modifications ainsi que l'indemnisation des prestations exécutées³²². Par ailleurs, l'office du juge admet l'annulation du contrat initial ou de ses modifications mais exclut toute modification de l'avenant en vue de sa conformité au *Codice dei contratti pubblici*. De plus, en raison de la responsabilité personnelle des gestionnaires des contrats publics en Italie, les contrats ou avenants viciés sont généralement résiliés avant même le prononcé d'une sanction juridictionnelle. Aussi n'est-il pas surprenant que la jurisprudence italienne ne soit que peu fournie en exemples dans ce domaine, d'autant que les opérateurs économiques ne sont que rarement informés des modifications contractuelles en cours d'exécution.

Ensuite, en Espagne, l'illégalité de la modification entraîne nécessairement sa nullité. Cependant, elle peut aussi aboutir à une résiliation de l'ensemble du marché, qui, en principe, doit être prononcée par l'acheteur lui-même, de l'ensemble du contrat si la bonne exécution de celui-ci n'est pas possible sans ladite modification ou si celle-ci dépasse les montants³²³. L'autorité contractante devra par conséquent procéder à la passation d'un nouveau marché, avec la possibilité au nom de la continuité du service public de maintenir l'exécution du précédent contrat le temps qu'un nouveau titulaire soit désigné. Par ailleurs, le droit espagnol considère qu'un marché est automatiquement invalide dans les cas où le contractant a été grevé de motifs d'exclusion obligatoires dont le pouvoir adjudicateur n'avait pas connaissance au moment de l'attribution ou lorsque la Cour de justice de l'Union européenne constate une infraction grave aux règles de passation des marchés publics³²⁴. Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur est tenu de résilier le contrat. Il en est de même en cas de modification non autorisée, d'autant que les modifications substantielles illégales sont frappées de simple nullité relative imposant au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice de déposer une réclamation devant le tribunal

³²² *Codice dei contratti pubblici*, art. 108.

³²³ *Ley de Contratos del Sector Publico*, art. 203.2.

³²⁴ *Ley de Contratos del Sector Publico*, art. 39.

compétent aux fins de résiliation³²⁵. En outre, des événements factuels assimilables à une modification contractuelle peuvent motiver une résiliation comme le décès ou l'incompétence juridique de l'entrepreneur individuel ou encore l'extinction de la personnalité juridique de la société contractant, ainsi que les retards dans l'exécution des obligations contractuelles des parties, et le non-respect des obligations principales du contrat. En tout état de cause, les contrats peuvent prévoir des clauses de limitation de responsabilité, à l'exception des cas de modification substantielle illégale.

La situation est similaire en Pologne où les modifications illégales substantielles ou non- autorisées sont annulées ou résiliées avec un retour à la rédaction antérieurement convenue entre les parties. Si la loi polonaise interdisait jusqu'à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur les marchés publics toute modification ou résiliation à l'exception de celles expressément prévues par la loi, la nouvelle loi offre une plus grande marge de manœuvre aux pouvoirs adjudicateurs et aux entités adjudicatrices. D'ailleurs, comme en Espagne, droit polonais admet désormais des clauses de limitation de responsabilité et d'encadrement des effets de la résiliation.

De leurs côtés, en Roumanie, les articles 58 et 222, alinéa 2 de la Loi n° 101/2016 prévoient l'annulation (et non la résiliation) totale ou partielle du contrat. Toutefois, si la modification substantielle est séparable du marché, les parties reviennent alors à l'accord initial et l'autorité contractante doit procéder à un nouvel appel d'offres pour les prestations couvertes par la modification illégale³²⁶. Quant à la possibilité d'encadrer les effets de l'annulation par des clauses de limitation de responsabilité insérées au contrat initial, la Roumanie fait figure d'exception puisque, à défaut de jurisprudence sur ce point, la prudence commanderait de l'éviter pour incompatibilité avec le caractère de droit public du contrat roumain. Le droit roumain n'est pour autant pas le seul à cultiver des doutes sur les conséquences de l'illégalité d'une modification d'un contrat public en cours d'exécution.

En effet, aux Pays-Bas, ni les textes, ni la jurisprudence n'apportent de solutions claires au traitement des modifications illégales. Une modification substantielle n'emporte pas nécessairement la résiliation ou la nullité de l'ensemble du contrat. Sont privilégiées au regard des circonstances des sanctions plus douces comme une résiliation partielle du contrat limitée

³²⁵ *Ley de Contratos del Sector Publico*, art. 40. Sur ce point, la conformité à l'article 73 de la directive 2014/24/UE peut questionner dès lors que la résiliation pour modification substantielle ne peut s'opérer qu'à la suite d'une saisine en ce sens des juridictions compétentes par l'autorité contractante.

³²⁶ Guide NAPP n° 1/2021.

à la modification en cause³²⁷ et, pour des raisons impérieuses d'intérêt général, le maintien des effets du contrat et de la modification litigieuse peut être ordonné. De plus, des clauses peuvent prévoir dans le contrat lui-même le recours à la résiliation en cas de modification substantielle, avec éventuellement un délai raisonnable de préavis, et ses effets notamment financiers.

Cette modulation se retrouve également au Danemark qui, bien que les modifications illégales soient considérées comme des attributions illégales de marchés, adapte les sanctions aux circonstances de chaque contrat. Selon les cas, soit la modification seule sera frappée d'inefficacité et résiliée³²⁸, soit en cas d'indivisibilité le contrat entier sera résilié³²⁹, et éventuellement des sanctions alternatives ou supplémentaires peuvent être prononcées comme des sanctions pécuniaires au titre de dommages-intérêts ou d'enrichissement sans cause. De manière générale, une modification substantielle entraîne une extinction de ses effets *ex nunc* suivie d'une injonction de sa résiliation et, comme en droit néerlandais, des clauses spécifiques du contrat peuvent encadrer les effets de l'inefficacité du contrat et de sa résiliation.

Enfin, le droit finlandais apporte une solution plus sévère que celles de ces partenaires européens sans pour autant suivre la rigidité germanique. En effet, au-delà des déclarations d'inefficacité *ex nunc* dont les effets peuvent éventuellement être encadrés par des stipulations du contrat³³⁰, les juridictions peuvent condamner un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice au paiement d'une amende dont le montant ne saurait dépasser 10 % de la valeur totale du marché³³¹. La réduction de la durée du marché peut également être prononcée par le juge finlandais à titre de sanction. Pour autant, les tribunaux demeurent sensibles aux impératifs d'intérêt général afin de sauvegarder et préserver les marchés illégalement modifiés, notamment pour assurer la bonne exécution et la continuité des services de santé finlandais³³².

³²⁷ *Burgerlijk Wetboek*, art. 3.53.

³²⁸ DBC, 4 mai 2016, *C61 Danmark v. Modseringsotynelsen*.

³²⁹ DBC, 27 juin 2017, *CFD v. Den Natinale Tolkenyndighed* ; DBC, 19 mai 2020, *Alsvognen mod Fynbus m. fl.*

³³⁰ En cas de modification substantielle, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice ont toujours la possibilité de résilier avec effet immédiat le marché sans qu'une clause de préavis ne s'y oppose.

³³¹ MAO:469/18, 2018 : La fourniture de matériels électroniques non prévus par le marché initial et sans modification préalable constitue une modification substantielle du champ d'application du marché justifiant la cessation de ses effets immédiat et la condamnation au paiement d'une amende de 50 000 € infligée au pouvoir adjudicateur. Cour Suprême Administrative, H3222/2021, 2021 : Lorsque le marché a été entièrement exécuté, le juge ne saurait prononcer son inefficacité et sa résiliation mais doit privilégier la condamnation au paiement d'une amende par l'autorité contractante.

³³² MAO:207/18, 2018.

§VII. LE DEVELOPPEMENT DE LA TRANSPARENCE EN MATIERE DE MODIFICATIONS CONTRACTUELLES

Cadre général européen. La transparence lors de l'exécution des contrats publics suscite depuis quelques années l'intérêt des juristes européens tant la phase d'exécution pouvait se révéler une source de modification telle qu'une surveillance accrue devenait nécessaire pour lutter contre les risques de novation des marchés publics et des concessions et les contournements des règles de passation. Ainsi, avec les directives européennes de 2014, le droit européen impose désormais aux pouvoirs adjudicateurs et aux entités adjudicatrices de publier dans le *Journal officiel de l'Union européenne* des avis de modification de marché résultant de circonstances imprévisibles qu'un acheteur diligent n'aurait pu prévoir ou de modification pour travaux, services ou fournitures supplémentaires du cocontractant principal devenus nécessaires³³³, dans les conditions prévues par lesdites directives et leurs annexes. Pour autant, les régimes de transparence pour l'ensemble des modifications contractuelles est hautement variable en fonction des traditions de chaque Etat et deux tendances se dégagent : une tendance à la transposition minimale majoritaire des directives européennes³³⁴ et une tendance minoritaire à leur transposition renforcée.

Tendance majoritaire à la transposition minimale. Certains États se contentent de transposer les directives, sans aller au-delà, ce qui n'aboutit pas franchement à favoriser le développement d'une culture de la transparence dans les modifications contractuelles. Ainsi, au Royaume-Uni, les modifications prévues au 1 b) et c) de l'article 72 du *Public Contracts*

³³³ Directive 2014/23/UE, art. 43, 1 ; Directive 2014/24/UE, art. 72, 1 ; Directive 2014/25/UE, art. 89, 1.

³³⁴ Les réglementations nationales reprennent sans ajout les dispositions des directives de 2014, sans excès de transparence au point qu'en pratique celle-ci peut n'être qu'illusoire.

Regulations, correspondant aux hypothèses des directives européennes doivent être publiés sur le portail approprié³³⁵, bien qu'aucune conséquence juridique ne soit attachée à l'absence de publication. Toutefois, la culture du secret au Royaume-Uni ralentit les efforts de transparence au point que les obligations d'information et de publications des modifications des marchés et concessions ne sont pas réellement prises au sérieux par les autorités contractantes et les opérateurs économiques.

En Roumanie, si la transparence est assurée concernant la phase de passation, la pratique révèle une certaine tradition d'obscurité s'agissant de la phase d'exécution. De ce fait, nombreux sont les autorités contractantes et les opérateurs économiques à profiter de cette opacité pour modifier considérablement les termes des contrats. Les candidats savent qu'ils soumissionnent pour un marché qui ne sera jamais exécuté sous les conditions et au prix indiqués dans les documents du marché, et que des modifications devront être convenues lors de l'exécution. Pour autant, depuis 2020, une section de la plateforme électronique de passation des marchés (SEAP) a été ouverte pour que les pouvoirs adjudicateurs satisfassent leur obligation de fournir des données pour le suivi des modifications contractuelles. Cependant, en pratique, les pouvoirs adjudicateurs y sont encore réticents, d'autant qu'aucune sanction n'est prévue en cas de non-publication et que l'autorité de contrôle ANAP ne s'intéresse que peu à la phase d'exécution se focalisant sur la surveillance des procédures de passation.

Le cas de la Pologne est assez semblable, puisque le régime de transparence des modifications contractuelles reprenant sans ajout les dispositions des directives est très récent, ayant été instauré au 1^{er} janvier 2022 et n'est que peu respecté par les pouvoirs adjudicateurs habitués à une tradition du secret, comme au Royaume-Uni, lors de la phase d'exécution.

De leurs côtés, les Pays-Bas ont mis en place dès la transposition des directives un système électronique de publication, *TenderNed*, des modifications pour les travaux, services et fournitures supplémentaires devenues nécessaires et les circonstances imprévisibles. Or, en pratique, à défaut de sanction prévue pour la non-publication de ces avis, plusieurs pouvoirs adjudicateurs ne publient pas ces modifications d'autant qu'aucune véritable surveillance n'est effectuée dans la gestion de l'exécution des contrats publics.

³³⁵ Pour les contrats supérieurs aux seuils formalisés européens conclus avant le Brexit, la publication s'effectue notamment dans le JOUE. Pour les autres, des plateformes spécifiques ont été mises en place dans chacune des régions du Royaume-Uni.

De même, au Danemark, la transparence est minimale et se restreint aux prescriptions des directives européennes, sans qu'aucune sanction ne soit édictée en cas de non-respect. En réalité, comme au Royaume-Uni, ne seront publiées que les modifications dont les autorités contractantes sont certaines de leur légalité, les autres demeurant dans le secret pour éviter tout risque contentieux. Par ailleurs, l'accès à l'information au Danemark pose quelques difficultés du fait que certains organismes publics, dont les entreprises publiques, ne sont pas soumis à la loi sur l'accès aux documents administratifs. De plus, l'absence de registre national des marchés publics et d'organe de surveillance accentue la culture du secret en droit danois.

Toutefois, un pas vers plus de transparence est franchi par le droit espagnol qui prévoit des modalités plus importantes pour la publication des avis de modification de marché ou de concession. En effet, les avis de modifications doivent en théorie être publiés dans le profil acheteur du pouvoir adjudicateur dans un délai de cinq jours à compter de leur approbation. Cette publication est impérativement accompagnée d'un argumentaire des parties et de tous rapports établis avant leur approbation, notamment un rapport du service juridique interne, un avis du Conseil d'Etat ou de l'organe consultatif équivalent lorsque les modifications n'ont pas été établies dans les documents contractuels et que leur montant dépasse 20 % du montant initial ou lorsque le prix est égal ou supérieur à six millions d'euros. Par ailleurs, un registre national des marchés est tenu par le ministère espagnol des finances et de l'administration publique. Seulement, en Espagne, en l'absence de publication, aucune sanction n'est encourue pour les autorités contractantes.

Au-delà du cas de l'Espagne, l'Allemagne et l'Autriche œuvrent vers plus de transparence en la matière. En effet, outre l'obligation de publication dans les deux cas prévus par les directives européennes de 2014, les pays germaniques invitent les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices à publier les avis de modification des contrats publics dans toutes les autres situations. Une spécificité est cependant à relever puisque si la modification concerne plusieurs situations dont certaines relèvent de la publication facultative, alors la publication de l'avis de modification n'est plus obligatoire. Par ailleurs, si aucun registre national des marchés publics et aucun organe de surveillance n'existent en Allemagne et en Autriche, le droit autrichien est le seul de tous les Etats européens étudiés à sanctionner l'absence de publication d'un avis modificatif de marché obligatoire d'une amende de cinquante mille euros. En ce sens, l'Autriche se rapproche de la Finlande et de l'Italie où la transparence est renforcée.

Renforcement de la transparence en Finlande et en Italie. En Finlande, les règles de transparence apparaissent renforcées au regard de la Loi sur la transparence des activités gouvernementales³³⁶ qui ne distingue pas les modifications de contrat de son attribution. Simplement, la loi sur les marchés publics précise que seules les modifications relatives aux achats supplémentaires ou aux circonstances imprévues doivent être publiées³³⁷. Si aucune sanction n'est prévue en cas de non-respect de l'obligation de publicité, il demeure toutefois que les pouvoirs adjudicateurs doivent conserver les documents contractuels et les modifications dans leurs archives³³⁸. Là où la Finlande se différencie des précédents systèmes, c'est grâce à la surveillance menée par l'Autorité finlandaise de la concurrence et de la consommation (FCCA) sur saisine ou sur auto-saisine. Ses missions de surveillance portent sur les attributions directes illégales qui impliquent régulièrement des modifications contractuelles.

Enfin, c'est en Italie que le régime de transparence des modifications est le plus strict. La doctrine estime même qu'il est plus rigoureux que le régime de transparence de l'attribution des marchés. En plus des obligations découlant des directives européennes, l'article 106 du *Codice dei contratti pubblici* impose une publication au *Journal officiel italien* des modifications pour achats supplémentaires et circonstances imprévues des marchés d'une valeur inférieure aux seuils européens. Du reste, toute modification de contrat doit être transmise à l'ANAC³³⁹, l'agence nationale anticorruption qui, outre la gestion du registre national des marchés publics (*Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici*), opère un contrôle de légalité des avenants et, si elle estime la modification illégale, peut en informer la Cour des comptes et éventuellement le Procureur de la République. L'ANAC peut également saisir directement le tribunal administratif. Ce particularisme italien s'explique par la grande méfiance vis-à-vis des modifications, qui ont souvent été le théâtre de faits de corruption.

Données statistiques. Quel que soit le régime de transparence privilégié par les Etats européens étudiés, des recherches menées sur le nombre de publication d'avis de modification au cours de l'année 2022 démontrent que les pratiques diffèrent grandement d'un Etat à un

³³⁶ *Laki viranomaisten toiminnan julkisuudesta*, 621/1999 : L'accès aux documents administratifs est limité par le fait que les achats sont centralisés au sein de SARL de droit public non concernés par ladite loi à l'exception, depuis 2020, de la plus importante centrale d'achat publique, Hansel Ltd., après modification de la Loi sur Hansel Ltd. (2007/1096). Un groupe de travail réfléchit actuellement à l'opportunité d'ouvrir le champ d'application de la loi sur la transparence des activités gouvernementales à toute SARL de droit public.

³³⁷ *Laki julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista*, art. 136, al. 2.

³³⁸ Ces archives ne sont pas publiques en Finlande.

³³⁹ Cette transmission est également requise lorsque les modifications résultent de variantes. Selon le montant de la modification soit l'acte sera simplement communiqué aux observatoires régionaux de l'ANAC, soit il sera transmis sous trente jours à l'ANAC avec le projet exécutif, un rapport explicatif spécifique et la décision d'approbation du pouvoir adjudicateur.

autre. Si l'Allemagne fait figure de bon élève en publiant le plus d'avis de modification de marchés ou de concessions au *JOUE* avec 1 780 avis publiés entre le 1^{er} janvier 2022 et le 31 décembre 2022, l'Autriche, qui pourtant pénalise l'absence de publication d'un tel avis, n'en recense que 78 sur la même période.

	Nb. d'avis de modification publiés au <i>JOUE</i> en 2022	Nb. d'avis de modification publiés au <i>JOUE</i> sur les dix dernières années
FRANCE	103	605
ALLEMAGNE	1 780	14 451
AUTRICHE	78	294
DANEMARK	6	73
ESPAGNE	506	3 596
FINLANDE	27	183
ITALIE	35	553
PAYS-BAS	24	224
POLOGNE	828	8 967
ROUMANIE	93	675
ROYAUME-UNI	7	201

Figure 2.4 : Nombre d'avis de modification des marchés publics et des concessions publiés au *JOUE* entre le 1^{er} janvier 2022 et le 31 décembre 2022 et sur les dix dernières années

PARTIE 3

SYNTHESE DES ENTRETIENS ET DES SONDAGES

*Récension et analyse des retours d'expériences des praticiens sur la
modification des contrats de la commande publique*

INTRODUCTION

Enquête qualitative. Dans le cadre des recherches menées par la Chaire de droit des contrats publics pour son cinquième rapport, cette synthèse recense l'ensemble des données relatives aux retours d'expérience sur la modification des contrats de la commande publique de 7 avocats spécialisés dans le domaine, des services juridiques de 11 autorités contractantes et de 8 opérateurs économiques, tous interviewés entre octobre et décembre 2022, soit 26 entretiens au total.

	AV01	AV02	AV03	AV04	AV05	AV06	AV07				
Date de l'entretien	28/10	08/11	10/11	22/11	23/11	25/11	05/12				
	AC01	AC02	AC03	AC04	AC05	AC06	AC07	AC08	AC09	AC10	AC11
Date de l'entretien	25/10	07/11	09/11	10/11	14/11	21/11	22/11	24/11	05/12	06/12	06/12
	OE01	OE02	OE03	OE04	OE05	OE06	OE07	OE08			
Date de l'entretien	25/10	26/10	27/10	08/11	15/11	23/11	24/11	01/12			

Figure 3.1 : Dates des entretiens³⁴⁰

Les entretiens ont été menés à l'appui des guides d'entretien établis en octobre 2022 par la Chaire en prenant soin que la discussion soit la plus libre possible. Trois guides d'entretien ont ainsi été réalisés : un pour les autorités contractantes, un autre pour les opérateurs économiques et un dernier pour les avocats. A l'exception d'un entretien effectué sur place au cabinet d'un des avocats interviewés, l'ensemble des entretiens a été réalisé par visioconférence privée à l'aide du logiciel Microsoft Teams©. Cette différence de traitement sur la forme de l'entretien n'est *a priori* pas de nature à engendrer un quelconque biais susceptible de fausser les résultats de l'enquête qualitative.

³⁴⁰ AV : Avocat ; AC : Autorité contractante ; OE : Opérateur économique.

Les précautions nécessaires ont été prises afin de garantir l’anonymat des interviewés. Les entretiens n’ont d’ailleurs pas fait l’objet d’enregistrement audio ou vidéo, leur préférant la prise de notes manuscrites.

Enquête quantitative. Dans la continuité de cette enquête qualitative, une enquête quantitative a été menée avec trois sondages en ligne respectivement destinés aux autorités contractantes, aux opérateurs économiques et aux avocats afin de vérifier auprès d’un panel plus large de participants les résultats obtenus lors des entretiens de l’enquête qualitative. Les sondages étaient accessibles de mi-décembre 2022 à mi-janvier 2023 sur la plateforme LimeSurvey, et partagés sur les pages des réseaux sociaux de la Chaire (Twitter et LinkedIn) ainsi que par certains partenaires et des organismes tiers³⁴¹. Pour une meilleure comparaison des résultats, la structure des trois questionnaires suivait celles des guides d’entretiens de l’enquête qualitative et ne comprenait, à l’exception des questions relatives au profil du sondé, aucune question à réponse obligatoire³⁴². Outre des questions à choix unique ou à choix multiples, des formulaires permettaient pour certaines questions aux sondés d’apporter librement à l’écrit des précisions à leurs réponses. Au regard de la longueur des questionnaires, ces orientations se sont imposées pour obtenir un maximum de réponses sans contraindre les participants à répondre à l’intégralité des sondages. Ainsi, sur 32 personnes ayant ouvert le sondage « Opérateurs économiques », 24 ont répondu à au moins à une question (soit 75%) et 11 sont parvenus jusqu’à la fin du questionnaire (soit 34,3 % de l’ensemble des personnes ayant ouvert le sondage, ou 45,8 % des personnes ayant répondu à au moins une question). Pour le sondage « Autorités contractantes », 126 personnes l’ont ouvert, 98 ont répondu à au moins une question (soit 77,7 %) et 44 sont parvenus jusqu’à la fin du questionnaire (soit 34,9 % de l’ensemble des personnes ayant ouvert le sondage, ou 44,9 % des personnes ayant répondu à au moins une question). Quant au sondage « Avocats », sur 19 ouvertures du questionnaire, 18 avocats ont répondu à au moins une question (soit 94,7 %) et 13 sont parvenus jusqu’à la fin du questionnaire (soit 68,4 % de l’ensemble des personnes ayant ouvert le sondage, ou 72,2 % des personnes ayant répondu à au moins une question).

³⁴¹ La Chaire remercie notamment l’Association française des juristes d’entreprise pour la promotion de l’enquête quantitative auprès de ses adhérents à l’issue du webinaire sur la modification des contrats de la commande publique organisé par elle avec la participation de la Chaire.

³⁴² Les questionnaires sont disponibles en annexes dans un document séparé accessible sur le site de la Chaire.

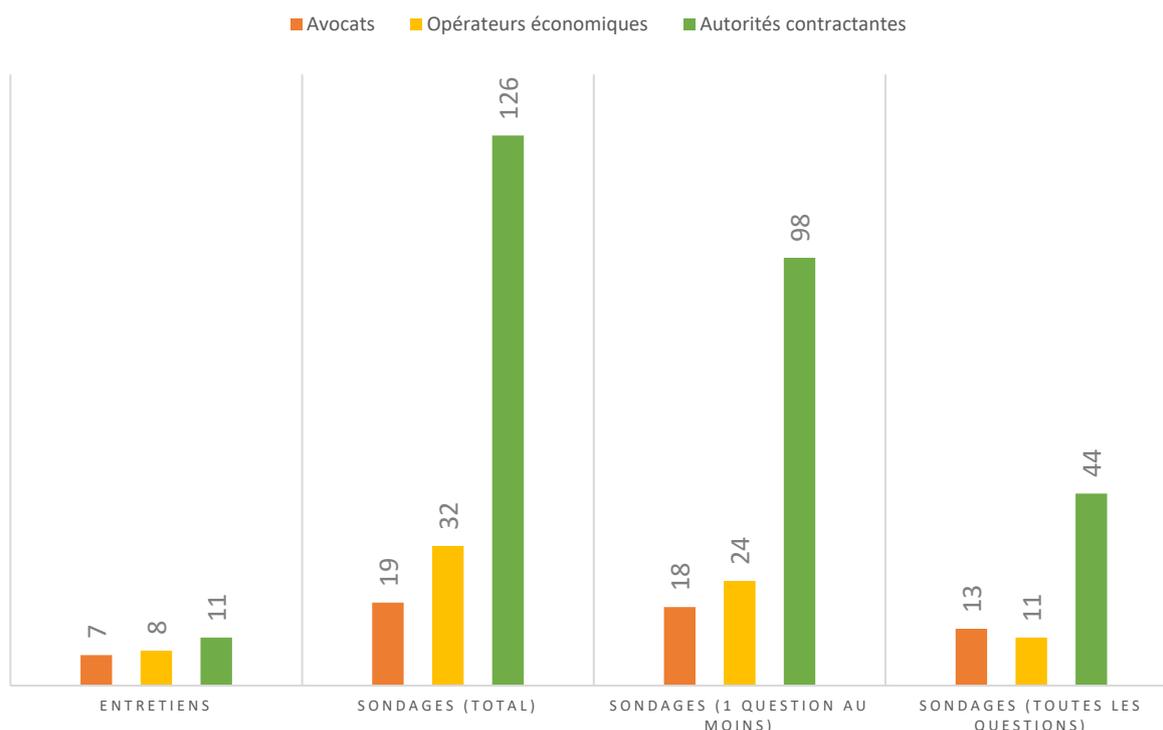


Figure 3.2 : Nombres de participants aux entretiens et aux sondages en ligne

Thèmes abordés. Les données récoltées sont ci-après classées dans l'ordre du guide d'entretien et des questionnaires des sondages afin de rester fidèle au déroulement des enquêtes qualitative et quantitative, après présentation du profil des participants (§I.). Les enquêtes débutaient par un état des lieux de la pratique de la modification des contrats de la commande publique de chaque participant (§II.) pour, ensuite, approfondir son approche théorique des notions juridiques principales en la matière (§III.). Une phase spécifiquement consacrée au récent avis de la section administrative du Conseil d'Etat en date du 15 septembre 2022 sur la modification sèche des prix ou tarifs et la théorie de l'imprévision était réservée dans les entretiens et les sondages en vue de recueillir l'opinion des avocats et des services juridiques interrogés (§IV.). Les enquêtes se terminaient, enfin, par un retour d'expérience sur le règlement des différends en matière de modification contractuelle (§V.), suivi d'un libre-propos permettant à l'enquêté d'ajouter tout élément qu'il estimerait utile aux recherches de la Chaire (§VI.).

PLAN DE LA PARTIE

§I. Profil des enquêtés	149
A. Profil des autorités contractantes.....	151
B. Profil des opérateurs économiques.....	153
C. Profil des avocats	155
§II. Etat des lieux de la pratique	158
A. Proportion des contrats de la commande publique modifiés	160
B. Tendance actuelle des modifications	163
C. Causes principales de modifications des contrats de la commande publique	170
D. Approche pratique de la modification	175
1. <i>Pratique de la modification unilatérale</i>	182
2. <i>Pratique de la modification conventionnelle</i>	190
3. <i>Pratique des clauses de réexamen</i>	201
4. <i>Pratique de la substitution de cocontractant</i>	213
§III. Approche théorique des notions juridiques	217
A. Mise en œuvre de la notion de modification substantielle	219
B. Mise en œuvre des cas de modification autorisée par le Code de la commande publique	225
C. Mise en œuvre de la théorie de l'imprévision	229
§IV. Opinion sur l'avis du Conseil d'Etat du 15 septembre 2022	238
§V. Règlement des différends liés aux modifications ou aux refus de modifications	251
A. Pratique des modes alternatifs de règlement des différends	254
B. Pratique de la résolution contentieuse.....	260
§VI. Libres-propos conclusifs des participants	265

§I. PROFIL DES ENQUETES

RESUME D'ETAPE N° 1

Le panel des enquêtés pour les entretiens et les sondages s'efforce d'être le plus représentatif de la pratique en se focalisant sur les principaux acteurs et secteurs concernés par les modifications contractuelles en cours d'exécution.

Ainsi, l'échantillon des autorités contractantes participant aux deux enquêtes est principalement constitué d'administrations centrales et déconcentrées de l'Etat, de collectivités territoriales, d'établissements publics de coopération intercommunale, de sociétés à capitaux publics et d'entreprises publiques industrielles et commerciales. Des organismes plus particuliers comme des centrales d'achats ou des établissements hospitaliers ont également été sollicités pour tenir compte de leurs spécificités pratiques, notamment concernant les accords-cadres.

De même, du côté des opérateurs économiques, le panel des enquêtes est majoritairement et non-exclusivement constitué d'entreprises du secteur de la construction et du BTP impliquant une représentation d'un peu plus de 50 % des marchés publics de travaux dans les données récoltées. Pour autant, les marchés publics de fournitures et de services n'ont pas été ignorés, non plus les

marchés publics de prestations intellectuelles et les concessions qui représentent ensemble l'autre moitié des données résultant des enquêtes qualitative et quantitative.

S'agissant des avocats, le portrait type de l'avocat ayant participé à l'enquête est un avocat spécialisé en droit de la commande publique avec un minimum de 10 ans d'expérience, dont l'activité principale est le conseil, le contentieux étant majoritairement secondaire en matière de modification des contrats de la commande publique. Globalement, ils interviennent sur les dossiers relatifs à des marchés publics de travaux, et éventuellement des concessions ou des anciens contrats de partenariat public-privé. L'échantillon des deux études regroupe autant d'avocats ayant comme clients principaux des autorités contractantes ou des opérateurs économiques, voire les deux.

En tout état de cause, quelle que soit la qualité du client, le secteur principal d'activité des avocats interviewés est la construction et les travaux publics. Ceci peut s'expliquer par le fait qu'en ce domaine, la complexité des projets et les régulières difficultés d'exécution nécessitant des modifications sont assez courantes et requièrent donc, contrairement à d'autres contrats, l'intervention d'avocats.

Pour autant, ceci ne signifie nullement que les autres catégories de contrats ne seraient pas moins concernées par des difficultés soulevées dans le cadre de modifications en cours d'exécution, comme l'attestent certaines interviews d'opérateurs économiques (notamment dans le secteur de la télécommunication ou de l'informatique) et d'autorités contractantes (en particulier dans le secteur de la communication papier ou du transport).

Annnonce du plan. Cette partie a pour objet de dresser le portrait général de nos échantillons de données « Autorités contractantes » (A.), « Opérateurs économiques » (B.) et « Avocats » (C.) afin de garder à l'esprit, lors du traitement des données, leur secteur d'activité et la typologie des principaux contrats publics auxquels ils sont parties ou leur clientèle.

A. Profil des autorités contractantes

Profil des autorités contractantes interviewées. Dans le cadre de l'enquête qualitative, 11 autorités contractantes ont été interviewées dont 5 collectivités territoriales ou établissements publics de coopération intercommunale, 5 sociétés par actions ou entreprises publiques industrielles et commerciales, et une centrale d'achat. Ces structures peuvent, en fonction des situations, agir tant en qualité de pouvoirs adjudicateurs que d'entités adjudicatrices et connaître des concessions et des marchés publics.

Profil des autorités contractantes sondées. L'enquête quantitative en ligne a, s'agissant des autorités contractantes, apporté une masse considérable de résultats. En effet, 98 autorités contractantes ont répondu à au moins une question du sondage en ligne. Leur profil est assez varié et représentatif des pouvoirs adjudicateurs et des entités adjudicatrices sur le territoire français. Précisément, les participants s'identifient comme administrations centrales de l'Etat pour 7 d'entre eux, comme établissements publics administratifs de l'Etat pour 6 d'entre eux, comme établissements publics industriel et commercial de l'Etat pour 4 d'entre eux, comme administrations territoriales de l'Etat pour 7 d'entre eux, comme sociétés nationales à capitaux publics pour 4 d'entre eux, comme communes pour 15 d'entre eux, comme établissements publics de coopération intercommunale pour 12 d'entre eux, comme départements pour 7 d'entre eux, comme régions pour 4 d'entre eux, comme sociétés d'économie mixte ou sociétés publiques locales pour 5 d'entre eux, comme établissements publics administratifs locaux pour 4 d'entre eux, comme établissements publics industriel et commercial locaux pour 2 d'entre eux, comme autorités administratives ou publiques indépendantes pour 2 d'entre eux et comme personnes publiques *sui generis* pour 3 d'entre eux.

Par ailleurs, 13 participants ayant répondu « Autres » ont indiqué la nature de leur organisme. Se retrouvent donc dans cette enquête deux aéroports, 2 établissements publics de santé, 2 établissements publics à caractère scientifique et technologique, une société privée à

capitaux publics exerçant une activité d'opérateur de réseau, une société privée en charge d'une mission de service public, une entreprise privée en charge d'une activité de réseau, un concessionnaire d'autoroute, une société anonyme d'HLM, une société privée soumise en partie au Code de la commande publique (sans plus de précisions) et un service départemental d'incendie et de secours (SDIS).

Concernant la taille des structures ayant participé au sondage en ligne, 8 autorités contractantes sur 94 estiment être en dessous de 50 agents (soit 8,5 %) et 35 autres évaluent leurs effectifs entre 51 et 500 agents (soit 37,2 %). Enfin, 51 organismes comprennent plus de 501 agents (soit 54,2 %).

Par ailleurs, sur 95 autorités contractantes, 83 précisent agir en qualité de pouvoir adjudicateur (soit 87,3 %) et 12 en qualité d'entité adjudicatrice (soit 12,6 %). Leurs principaux contrats publics auxquels elles sont parties sont, par occurrence, les marchés publics de fournitures et de services (86 sur 98), les marchés publics de travaux (80 sur 98), les marchés publics de maîtrise d'œuvre (67 sur 98), les concessions de services *ex-aequo* avec les conventions d'occupation du domaine public (28 sur 98), les marchés globaux et/ou les marchés de partenariat (22 sur 98) et, enfin, les concession de travaux (8 sur 98).

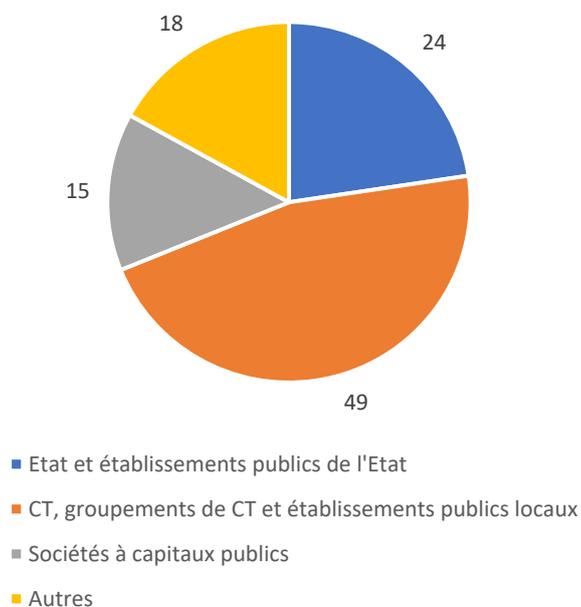


Figure 3.3 : Nature des autorités contractantes des enquêtes qualitative (interviews) et quantitative (sondages en ligne)

B. Profil des opérateurs économiques

Profil des opérateurs économiques interviewés. Le panel de l'enquête qualitative regroupe 8 opérateurs économiques intervenant dans différents secteurs, même si ceux de la construction et des travaux publics sont majoritaires. Précisément, 5 structures interrogées interviennent dans le secteur du BTP³⁴³, une dans le secteur informatique, une autre dans la maîtrise d'œuvre et une dans la mise à disposition d'équipements au bénéfice des collectivités³⁴⁴.

La prédominance d'opérateurs économiques du secteur de la construction et du BTP n'est pas de nature à poser un biais dans les résultats de l'enquête qualitative. Il s'agit d'un choix qui s'est imposé, car guidé par la réalité du terrain. En effet, les contrats conclus par les opérateurs économiques de ce secteur font régulièrement l'objet de modifications en cours d'exécution dans une proportion plus importante que dans d'autres secteurs d'activité, comme le confirment les résultats des enquêtes qualitatives. Cette spécificité justifie une attention particulière sur ce secteur, sans relativiser pour autant l'importance d'autres : d'où l'ouverture de l'enquête à des entreprises du secteur informatique, de prestations intellectuelles de maîtrise d'œuvre et de mise à disposition d'équipements. Ceci permet de dresser un premier panorama assez large et représentatif des pratiques courantes en matière de modification des contrats de la commande publique en France par les opérateurs économiques approfondi, par la suite, à travers l'enquête quantitative en ligne.

³⁴³ L'une d'entre elles apporte essentiellement des conseils juridiques à des entreprises du secteur.

³⁴⁴ Dans ce secteur, les contrats de la commande publique s'avèrent très spécifiques puisqu'ils ont pour objet le versement d'une redevance à l'autorité contractante en contrepartie de l'exploitation des équipements. Ainsi, à l'inverse des marchés publics ou de concessions classiques, ces contrats sont des sources de revenus pour les autorités contractantes.

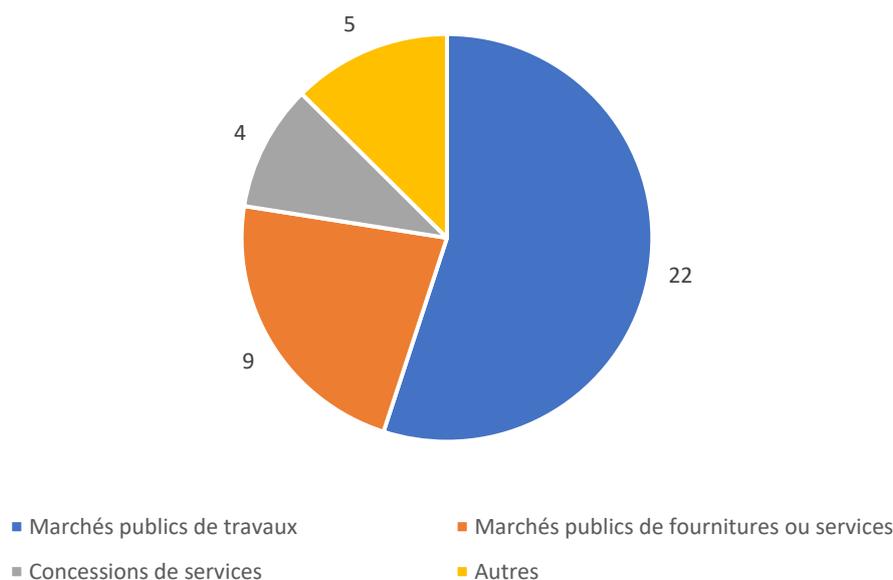


Figure 3.4 : Nature des principaux contrats de la commande publiques des opérateurs économiques des enquêtes qualitative (interviews) et quantitative (sondages en ligne)

Profil des opérateurs économiques sondés. En effet, les sondages en ligne offrent une vision plus globale d'une multitude de secteurs d'activité apportant une analyse plus fine du terrain³⁴⁵. Si les sondés n'ont pas explicitement précisé leur secteur d'activité, celui-ci peut se déduire de leurs principaux contrats de la commande publique qui constitue un bon indicateur de l'ouverture des enquêtes à des secteurs hors construction et BTP. Précisément, 24 opérateurs économiques ont indiqué les principaux contrats publics auxquels ils sont parties³⁴⁶. Il s'agit, en premier lieu, des marchés publics de travaux (17 sur 24), en second lieu, des marchés publics de fournitures et de services (7 sur 24) et, en troisième lieu, des concessions de services (4 sur 24). En quatrième lieu, les principaux contrats auxquels les opérateurs économiques sont parties sont les marchés globaux et/ou les marchés de partenariat, *ex-aequo* avec les concessions de travaux (3 sur 24). En dernier lieu, un opérateur économique évoque des conventions d'occupation du domaine public (1 sur 24). En revanche, à l'inverse de l'enquête qualitative,

³⁴⁵ En outre, l'expérience vécue par les autorités contractantes avec des opérateurs économiques d'autres secteurs (par exemple : le secteur de la communication papier) donne des pistes de réflexions utiles comblant l'absence d'autres secteurs dans l'enquête qualitative des opérateurs économiques.

³⁴⁶ Pour information, dix-sept opérateurs économiques sur vingt-quatre ont précisé que leur structure comprenait plus de 500 employés, deux moins entre 51 et 500 employés, deux entre 11 et 50 employés et deux moins de 10 employés.

aucun organisme sondé n'indique être partie à un marché public de maîtrise d'œuvre. Dès lors, les contrats de la commande publique concernés par ces enquêtes sont principalement des marchés publics de travaux, des marchés publics de services et fournitures courants ainsi que des marchés de prestations intellectuelles et des concessions.

C. Profil des avocats

Profil des avocats interviewés. La majorité des avocats interviewés lors de l'enquête qualitative conseille essentiellement des opérateurs économiques de toute taille, et accessoirement des autorités contractantes de toute nature (Etat, collectivités territoriales, établissements publics de coopération intercommunale, etc.). Deux avocats, cependant, conseillent principalement, voire exclusivement, des autorités contractantes, en particulier les collectivités territoriales et leurs groupements. Un avocat conseille tant les opérateurs économiques que les autorités contractantes, ainsi que les prêteurs dans le cadre de concessions ou des anciens contrats de partenariat public-privé.

Majoritairement, les avocats interviewés interviennent principalement dans le secteur des travaux publics et de la construction. En effet, 5 avocats sur sept ont indiqué que leur principal secteur d'activité concernait les marchés publics de travaux. Par ailleurs, 3 avocats interviewés traitent également des concessions, principalement de services. En outre, 3 avocats interviewés ont également des dossiers relatifs à des anciens contrats de partenariat public-privé. Enfin, un avocat interviewé connaît régulièrement de marchés globaux de performance.

Il convient de préciser qu'un avocat interviewé n'a pas indiqué de secteur d'activité principal, agissant dans de nombreux types de contrats différents, même s'il ressort de l'entretien majoritairement des exemples tirés du secteur de la construction et des travaux publics. Ce cas particulier n'est pas recensé dans le graphique ci-dessus.

Profil des avocats sondés. Quant à l'enquête quantitative, 18 avocats ont répondu au sondage en ligne. Cet échantillon peut être considéré comme étant représentatif, car la plupart des sondés a répondu à l'ensemble des questions. Dans les rares cas où des questions n'ont pas été traitées, le nombre d'avocats s'étant abstenus de répondre est précisé dans la présente analyse. Les avocats ayant répondu au sondage ont un nombre d'années d'exercice de la profession assez conséquent puisque seulement 2 d'entre eux exercent depuis moins de 5 ans (soit 11,1 %), alors qu'ils sont 6 à exercer depuis 5 à 10 ans (soit 33,3 %) et 10 à exercer depuis

plus de 10 ans (soit 55,5 %). Cette première donnée est intéressante, car elle assure une certaine expérience des avocats sondés qui s'inscrit dans la durée, évitant des prises de positions relatives à des expériences vécues sur le court terme, alors moins révélatrices des pratiques réelles d'un point de vue scientifique.

En outre, la majorité des sondés n'a pas eu d'autres expériences de juriste spécialisé en droit de la commande publique. L'écart entre les sondés qui ont bénéficié d'une telle expérience et ceux qui n'en ont pas bénéficié est cependant à relativiser. En effet, si 7 ont déjà exercé une autre activité de ce type (soit 38,8 %), seulement 11 n'en ont pas exercé (soit 61,1 %).

Il convient de noter, s'agissant des sondés, que 17 avocats sur 18 affirment que le droit de la commande publique est leur domaine principal d'exercice (soit 94,4 %). Cette donnée indique un niveau de spécialisation important en la matière, qui devrait se répercuter sur la pertinence des réponses apportées dans le cadre de ce sondage. A ce propos, la majorité des avocats indiquent pratiquer des activités contentieuses et de conseil à la même fréquence. Seul un avocat affirme ne pratiquer que le contentieux (soit 5,5 %), contre 4 pratiquant uniquement le conseil (soit 22,2 %).

En revanche, l'origine de leurs clients est assez disparate, puisque 6 d'entre eux affirment que leurs principaux clients sont des autorités contractantes (soit 33,3 %), 4 concèdent que les opérateurs économiques sont leurs clients majoritaires (soit 22,2 %) et enfin 8 avocats indiquent que l'origine de leurs clients est indifféremment des autorités contractantes ou des opérateurs économiques (soit 44,4 %). En cela, le sondage en ligne complète les entretiens de l'enquête qualitative où les avocats conseillant majoritairement les opérateurs économiques étaient prédominants. En joignant les résultats des entretiens et du sondage, les résultats se rapprochent de la réalité pratique rencontrée par les avocats du domaine.

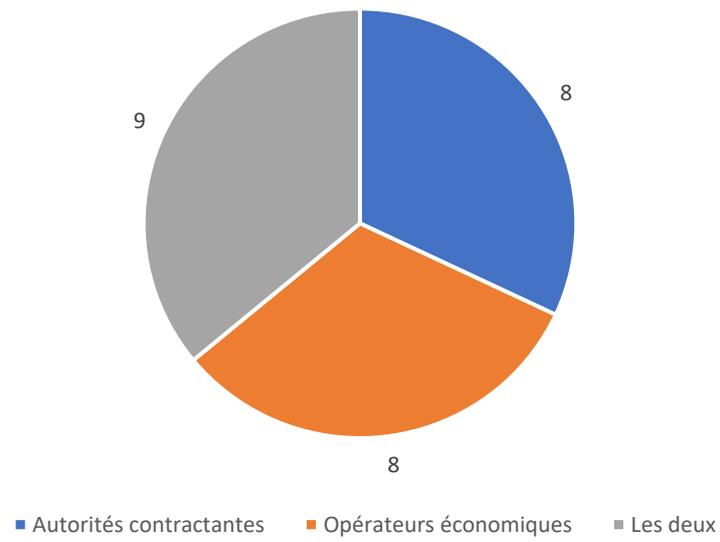


Figure 3.5 : Qualité des principaux clients des avocats des enquêtes qualitative (interviews) et quantitative (sondages)

§II. ETAT DES LIEUX DE LA PRATIQUE

RESUME D'ETAPE N° 2

L'état des lieux de la pratique révèle une hétérogénéité des approches de la commande publique par les praticiens. Si l'échantillon de l'étude qualitative ne semblait pas suffisant pour déterminer si cette diversité de pratiques était ou non représentative de l'activité professionnelle dans le domaine, les résultats ont été généralement confirmés par les résultats de l'étude quantitative. Les recherches permettent alors de relever des éléments communs.

Tout d'abord, le contexte actuel résultant de la crise sanitaire et de l'inflation économique accentuée par le conflit armé en Ukraine génère plus de modifications contractuelles qu'à l'ordinaire. Ainsi, les principales causes de modifications concernent le prix ou le tarif des marchés publics ou des concessions, ainsi que leur durée ou les délais d'exécution. Les prestations supplémentaires et les modifications des spécifications techniques étant moins courantes.

Par ailleurs, la modification unilatérale est majoritairement peu utilisée par les autorités contractantes et surtout peu encouragée par les praticiens qui

lui préfèrent la modification conventionnelle par avenant. L'avenant a l'avantage d'être plus facilement accepté et d'entretenir des relations contractuelles saines entre les parties. Malgré tout, l'avenant souffre de trois inconvénients principaux : la volonté politique de ne pas conclure d'avenant ou de ne pas les publier créant alors de nombreux risques financiers ou juridiques dans l'exécution du contrat ; les délais pour signer un avenant ; la formation des agents de certaines collectivités territoriales, de petite ou moyenne taille, qui ne sont pas à jour du nouveau régime de modification des contrats de la commande publique consécutifs à l'entrée en vigueur des directives de 2014.

Quoiqu'il en soit, la pratique est assez semblable d'un enquêté à un autre, en particulier en matière de transaction où le protocole transactionnel est privilégié par rapport à l'avenant transactionnel considéré comme peu sécurisant pour les parties, celui-ci devant obéir à un régime plus strict que le protocole transactionnel et pouvant faire en particulier l'objet d'un recours contentieux.

Les clauses de réexamen, ensuite, rencontrent également les faveurs des professionnels interrogés bien qu'il soit délicat de respecter les conditions de clarté et de non-équivoque exigées par le Code de la commande publique et le droit de l'Union européenne. Il ne ressort pas, non plus, des entretiens d'exemple concret de clause de réexamen qui serait claire et non-équivoque. Les interviewés insistent sur la nécessité pour les autorités contractantes de mieux concevoir en amont leurs clauses de réexamen, en particulier les clauses des révisions des prix pour éviter que la formule, la périodicité ou l'indice utilisé ne soit pas adapté au projet souhaité.

Enfin, s'agissant de la substitution de cocontractant, la principale difficulté ne proviendrait pas de la clause de transfert, mais plutôt de la notion de restructuration du titulaire initial du contrat. Pour autant, deux avocats interrogés proposent leur interprétation de ladite notion qui peut s'avérer utile à la recherche actuelle. La restructuration devrait, selon eux, s'apprécier au regard de la vie normale d'un opérateur économique.

Annnonce du plan. Chaque entretien et sondage débutait par un état des lieux de la pratique de l'interviewé afin de dessiner les contours de la proportion des contrats de la commande publique modifiés en cours d'exécution (**A.**) ainsi que ceux de la tendance actuelle du nombre et de la fréquence des modifications au regard, notamment, de la pandémie de la Covid-19 et l'inflation économique accrue par le conflit armé en Ukraine (**B.**). Cet état des lieux a permis également de déterminer les principales causes de modifications de leurs contrats ou, pour les avocats, de ceux de leur clientèle (**C.**). Enfin, les discussions ont été l'occasion pour les interviewés de partager leur pratique de ces dernières années et les difficultés auxquelles ils sont confrontés (**D.**).

A. Proportion des contrats de la commande publique modifiés

Constat prudent des autorités contractantes interviewées et sondées. La première question posée aux participants de l'enquête qualitative était la détermination de la proportion de leurs contrats de la commande publique modifiés en cours d'exécution. L'absence de données chiffrées au sein de services de chaque structure interrogée ne les a pas empêchés, pour la plupart et à l'exception d'une majorité d'autorités contractantes, d'évaluer cette proportion. Pour autant, 4 autorités contractantes admettent que de nombreux contrats sont modifiés en cours d'exécution pouvant représenter plus de la moitié de leur masse contractuelle, sans pour autant avancer de pourcentages. Une autre, quant à elle, a pu avancer une proportion de modification inférieure à 50 % puisqu'elle connaît annuellement entre 400 et 500 avenants pour un flux moyen de 1 200 contrats de la commande publique. Cette dernière évaluation semble cohérente au regard des résultats du sondage en ligne pour les autorités contractantes puisque plus de la moitié des sondés estiment que moins de 50 % de leurs contrats font l'objet d'une modification en cours d'exécution. Précisément, la proportion serait inférieure à 25 % pour 27 autorités contractantes sur 60 (soit 45 %), et comprise entre 25 % et 50 % pour 23 autres (soit 38,3 %), soit 50 autorités contractantes sur 60 ayant répondu à la question considèrent que la proportion est inférieure à 50 % (représentant ainsi 83,3 %), 7 autorités contractantes situent cette proportion entre 50 % et 75 % (soit 11,6 %) et seulement 3 à plus de 75 % (soit 5 %).

Proportion importante de modification des contrats selon les opérateurs économiques interviewés. Du côté des opérateurs économiques, majoritairement,

6 interviewés estiment que 100 % de leurs contrats sont modifiés en cours d'exécution. Plus précisément, 2 précisent que tous leurs marchés publics ou ceux de leurs adhérents³⁴⁷ font l'objet de modifications « opérationnelles », c'est-à-dire qui ne font pas l'objet d'ordre de service ou d'avenant, les modifications formelles étant bien plus exceptionnelles (moins de 50 % du volume des marchés). A ce titre, une structure interrogée témoigne de pratiques courantes de la part de certaines autorités contractantes qui, face à des petites ou moyennes entreprises auraient tendance à privilégier les modifications opérationnelles sans qu'elle ne soit réitérée par l'entremise d'une modification formelle par ordre de service ou avenant, par exemple. Concrètement, un agent des services de l'autorité contractante demande, sur le terrain, verbalement des modifications du projet que les opérationnels de l'entreprise acceptent à l'oral. La conséquence de l'absence d'ordre ou d'accord écrit serait alors l'impossibilité pour ces entreprises d'obtenir le règlement des dépenses engagées pour respecter ces nouvelles obligations, d'autant que ces dépenses supplémentaires ne seront pas inscrites dans le décompte général et définitif. Par crainte de ne plus être sélectionnées pour des contrats futurs, ces entreprises préféreraient ne pas saisir des comités de médiation ou les juridictions³⁴⁸. En outre, la distinction entre « modification opérationnelle » et « modification formelle » ne doit pas être ignorée puisqu'elle permet de soulever certaines difficultés rencontrées par des opérateurs économiques et illustre l'écart qu'il peut exister entre la théorie (ce que prévoient les dispositions du Code de la commande publique) et la pratique (ce que les opérationnels appliquent et exécutent).

Partant, l'enquête qualitative permet de dresser un premier contour de la proportion des contrats de la commande publique formellement modifiés du côté des opérateurs économiques interrogés. Il en ressort que 4 interviewés évaluent à 100 % la proportion de leurs contrats modifiés formellement (un d'eux précisant que 60 % de ses modifications sont importantes dans leur ampleur), contre un régulièrement (c'est-à-dire plus de la moitié de ses contrats) et 3 plus rarement (représentant au maximum la moitié de leurs contrats). Ces chiffres s'expliqueraient, selon certaines entreprises du panel de l'enquête qualitative, par la nature même du secteur d'activité dès lors que, comme plusieurs enquêtés l'ont rappelé, tout projet de construction ou de BTP connaît dans son existence au moins une modification unilatérale ou conventionnelle³⁴⁹.

³⁴⁷ Les opérateurs économiques en question n'étant pas parties à des contrats de concession.

³⁴⁸ Seul un des participants de l'enquête qualitative relate cette expérience.

³⁴⁹ Par exemple : prix nouveaux, adaptation du projet, ajout de prestations, modification de la date de déclenchement de phase, réorganisation des phasages des travaux, modification des délais d'exécution, modifications techniques au regard de nouvelles données découvertes en cours d'exécution (composition des sols, taux d'amiante, etc.) ou autres circonstances imprévues.

Ainsi la concordance entre les secteurs d'activité des structures interviewées et le taux de modification des contrats de la commande publique serait certainement mieux comprise si cette spécificité était prise en considération. D'ailleurs, les deux opérateurs interrogés distinguant les modifications opérationnelles des modifications formelles sont issus du secteur de la construction et du BTP et estiment que tous les contrats font l'objet, si ce n'est d'une modification formelle, au moins d'une modification opérationnelle.

Relativisation des entretiens par les sondages en ligne. Les résultats de l'enquête quantitative permettent de relativiser les données récoltées lors des entretiens puisque 5 opérateurs économiques sur 16 estiment que leurs contrats publics affectés par des modifications en cours d'exécution se situe entre 25 % et 50 % (soit 31,25 %). Cinq autres évaluent cette proportion en-dessous de 25 % (soit 31,25 %), trois entre 50 % et 75 % (soit 18,75 %) et autant au-dessus de 75 % (soit 18,75 %). Dès lors, la majorité des opérateurs économiques sondés (10 sur 16, soit 62,5 %) témoignent que moins de 50 % de leurs contrats de la commande publique seraient modifiés en cours d'exécution. Cette différence entre les entretiens et le sondage en ligne peut s'expliquer pour deux raisons principales. D'une part, il est possible que les sondés aient entendu par « modification » que les modifications formelles. D'autre part, le panel des participants à l'enquête quantitative est plus large en nombre et en secteur d'activité. Ces chiffres peuvent être plus représentatifs de la pratique réelle.

Difficulté d'évaluation pour les avocats interviewés. S'agissant de l'expérience des avocats du panel de l'enquête qualitative, la détermination de la proportion des contrats de la commande publique des clients modifiés en cours d'exécution a été là encore difficilement évaluée en l'absence de données chiffrées sur ce point. Trois d'entre eux ont préféré s'abstenir de répondre clairement en se contentant de signaler que les modifications sont assez courantes dans les contrats de longue durée ou d'une certaine complexité. A ce propos, un avocat précise que dès lors qu'un contrat a une durée minimale de 2 ans, il y a systématiquement une modification qui interviendra lors de son exécution. L'avocat en question traite principalement de contrats de concession, ce qui accentue, dit-il, encore plus la proportion des modifications en cours d'exécution.

Précision des entretiens des avocats par les sondages en ligne. Sur ce point, l'enquête quantitative apporte quelques éclairages utiles puisqu'il ressort du sondage en ligne des avocats qu'un peu moins de la moitié des contrats de leurs clients serait affectée par une modification en cours d'exécution. Précisément, 10 avocats sur 17 situent la proportion de

contrats modifiés entre 25 % et 50 % (soit 58,8 %), trois avocats entre 50 % et 75 % (soit 17,6 %), un seul avocat en-dessous de 25 % (soit 5,8 %) et un seul autre à plus de 75 % (soit 5,8 %).

Position minoritaire d'avocats interviewés. Pour autant, 3 avocats de l'enquête qualitative admettent avoir la sensation que l'intégralité des contrats dont ils ont connaissance font l'objet d'au moins une modification en cours d'exécution, un autre reste plus prudent en indiquant qu'une grande proportion des contrats de ses clients sont concernés par des modifications. Leurs réponses s'expliquent, en partie, par le fait qu'ils interviennent essentiellement dans le secteur de la construction et des travaux publics. Or, les travaux font toujours l'objet, selon eux, de modifications au minimum du fait des prix nouveaux du CCAG-Travaux.

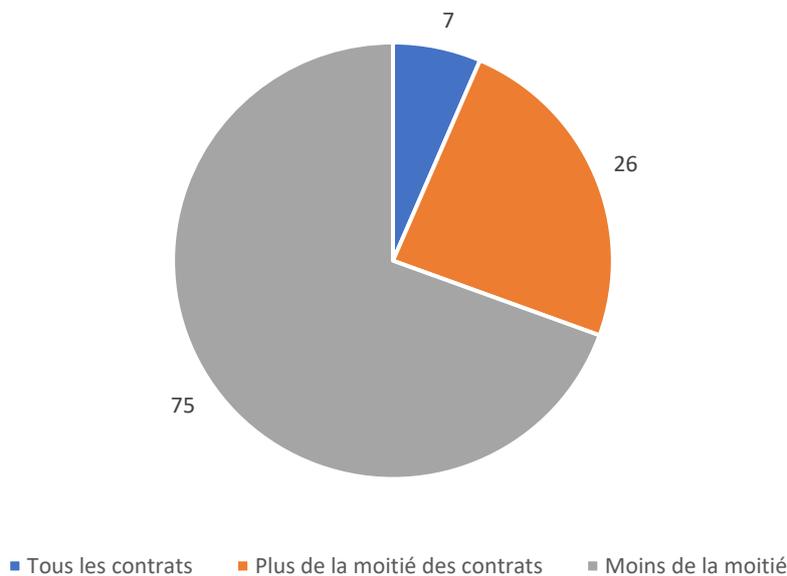


Figure 3.6 : Estimation de la proportion des contrats formellement modifiés en cours d'exécution selon les sondages

B. Tendance actuelle des modifications

Constat majoritaire d'une tendance en hausse. Dans le cadre des entretiens, il était demandé aux interviewés s'ils observaient, dans le contexte actuel, une augmentation, une diminution ou une stabilité du nombre et/ou de la fréquence des modifications en cours

d'exécution de leurs contrats ou, dans le cadre des avocats, de leur clientèle³⁵⁰. Si 2 autorités contractantes, 2 opérateurs économiques et un avocat ne constatent aucune évolution particulière du nombre de modifications, les 21 autres participants à l'enquête admettent une hausse, plus ou moins importantes selon les réponses.

Parmi les cinq ne constatant pas de modifications, une autorité contractante et une entreprise soulignent que l'absence d'évolution du nombre ou de la fréquence des modifications tient au fait que leurs services préfèrent traiter toutes les problématiques rencontrées en cours d'exécution dans des avenants « fourre-tout » (pour reprendre les termes de l'entreprise interviewée). Dès lors, la pandémie de la Covid-19 et le conflit armé en Ukraine n'ont pas eu d'effet pratique sur la régularité ou la quantité de modification. Une légère augmentation de l'ampleur des modifications peut toutefois être perçue en raison du contexte économique résultant de ces deux événements.

Une autre entreprise indique ne pas connaître, pour l'heure, des effets de la crise sanitaire et de l'inflation économique accentuée par la guerre en Ukraine. Quant à la seconde autorité contractante n'observant pas de tendance particulière à la hausse pour les modifications, l'explication tient à la politique menée par les services déconcentrés de l'Etat qui souhaiteraient que les collectivités territoriales de son ressort concluent moins d'avenants par marché ou concession. Ces constats se retrouvent auprès de 2 avocats du sondage en ligne (soit 11,7 %) qui estiment, à l'inverse des 15 autres de leurs confrères, que la pandémie de la Covid-19 et le conflit armé en Ukraine n'ont pas favorisé l'augmentation du nombre et de la fréquence des modifications des contrats publics de leurs clients en cours d'exécution.

Explications des participants aux entretiens sur la tendance à la hausse dans le contexte récent d'inflation économique. Concernant les 21 autres participants de l'enquête qualitative, au regard des propos tenus lors de leurs entretiens, une tendance à l'augmentation du nombre et de la fréquence des modifications est actuellement observable du fait de la pandémie de la Covid-19 et du conflit armé en Ukraine.

Selon deux avocats de l'enquête qualitative, la période de pandémie de la Covid-19 n'a finalement pas eu autant de répercussions que ce qu'il avait été initialement craint, notamment

³⁵⁰ A noter que, dans le cadre des sondages en ligne, 8 avocats sur 14 (soit 57,1 %), 28 autorités contractantes sur 66 (soit 42,4 %) et 6 opérateurs économiques sur 12 (soit 50 %) observent une tendance à l'augmentation du nombre et de la fréquence des modifications en cours d'exécution en dehors du contexte d'inflation économique résultant de la pandémie de la Covid-19, de la pénurie des matériaux et des matières premières, et du conflit armé en Ukraine.

grâce à la clarté des ordonnances de 2020 contrairement à la circulaire « Castex » du 30 mars 2022. Les modifications actuelles seraient principalement issues, selon eux, de la pénurie des matériaux et des matières premières, ainsi que de la hausse du prix de l'énergie et du gaz, en particulier depuis le conflit armé en Ukraine, ce que confirme également une autorité contractante du panel de l'enquête³⁵¹. Cette dernière a principalement modifié les prix de ses marchés, en particulier des formules de révision qui ne se sont pas avérées suffisamment adaptées au contexte économique international³⁵², mais a également adapté l'approvisionnement de matériaux et de matériels, ainsi que le phasage des travaux. Dans le même sens, un avocat interviewé explique qu'aujourd'hui plusieurs de ses clients (opérateurs économiques et autorités contractantes) émettent des demandes de modification du prix ou des clauses de révisions des prix en raison de la hausse du prix de l'énergie et du gaz.

A l'inverse, pour 3 avocats interviewés, l'augmentation des modifications contractuelles actuelles proviendrait de la crise engendrée par la pandémie de la Covid-19, notamment selon l'un d'entre eux dans les secteurs du traitement des déchets ou des remontées mécaniques. Le contexte inflationniste de ces derniers mois ne serait pas, pour l'heure, à l'origine des modifications actuelles.

Ces retours sont à relativiser au regard, d'une part des témoignages des autorités contractantes et des opérateurs économiques et, d'autre part, de l'imbrication des conséquences des deux évènements.

Consensus majoritaire d'une tendance résultant à la fois de la pandémie de la Covid-19 et du conflit armé en Ukraine. En effet, un avocat interviewé et 15 avocats ayant participé au sondage en ligne (soit 88,2 %) estiment que l'inflation actuelle des prix des matériaux, des matières premières, de l'énergie et du gaz est le résultat à la fois de la pandémie de la Covid-19 et du conflit armé en Ukraine. Précisément, la pénurie ou la raréfaction de matériaux et des matières premières résulterait de la crise sanitaire connue depuis 2020 à cause des différents confinements à travers le monde et du ralentissement de la collecte et de la production engendré par les contaminations de nombreux employés. Le conflit armé en Ukraine accentuerait l'inflation du fait des sanctions internationales contre la Russie. Dès lors,

³⁵¹ Cette entité adjudicatrice indique que la crise sanitaire n'a engendré aucune suspension de chantier et que les rares effets ont été traités dans le cadre d'une exécution normale du marché par des adaptations, par exemple, des plannings de travail des ouvriers ou l'utilisation des prix nouveaux du CCAG-Travaux. Finalement, aucun « avenant Covid » n'a été conclu. Cependant, la structure a été fortement impactée par la crise des matières premières.

³⁵² Deux autres autorités contractantes ont constaté également les limites des formules de révision des prix de leurs marchés : celles-ci n'ont pas permis d'absorber la hausse occasionnée par l'inflation sur leurs cocontractants.

le nombre de modifications en cours d'exécution augmente et continuerait d'augmenter dans les prochains mois, selon ce même avocat interviewé.

Constat partagé par plusieurs secteurs d'activités. Les retours d'expérience de la majorité des autorités contractantes interrogées s'inscrivent dans la continuité de ce constat. Si la crise sanitaire a notamment eu pour conséquence de suspendre des contrats et de les adapter au regard des exigences de lutte contre la propagation du virus (frais supplémentaires pour le matériel sanitaire, prolongation des délais, etc.)³⁵³, la raréfaction ou la pénurie des matériaux et des matières premières accentuée par le conflit armé en Ukraine a fortement affecté les prix et les délais d'exécution en raison des tensions dans l'approvisionnement, notamment de la pâte à papier (un des matériaux à l'origine d'une multitude de modification pour les collectivités territoriales et les établissements publics de coopération intercommunale)³⁵⁴.

En outre, comme le souligne un des directeurs juridiques du panel de l'enquête, deux phénomènes résultent tant de la pandémie de la Covid-19 que de la guerre en Ukraine³⁵⁵. Selon lui, le premier est l'augmentation du prix des fournitures comme le carburant³⁵⁶ ou les matériaux. Or, les index utilisés dans les formules de révisions des prix ne sont pas toujours pertinents et ne conviendraient presque jamais³⁵⁷. Ce constat est partagé par un autre directeur juridique qui insiste sur l'inadéquation des index au regard du projet³⁵⁸. Au-delà des fournitures, un surenchérissement de la main-d'œuvre se fait ressentir avec une nécessité d'augmenter les salaires dans le contexte inflationniste actuel. Par ailleurs, le second phénomène proviendrait,

³⁵³ Voir également le premier rapport de la Chaire, « Crise sanitaire et contrats publics » (2020), disponible en ligne à l'adresse suivante : <https://chairedcp.univ-lyon3.fr/themes-de-recherches-et-rapports-1>.

³⁵⁴ A noter qu'une collectivité territoriale a indiqué qu'au-delà du contexte économique actuel, elle a connu deux épiphénomènes ces dernières années : des restructurations d'entreprise en nombre avant 2020 et, depuis quelques mois, le changement du comptable public qui a rejeté de nombreuses révisions des prix du fait de l'imprécision des formules nécessitant alors leur modification.

³⁵⁵ En ce sens, l'enquête quantitative témoigne d'une augmentation des modifications en raison du contexte inflationniste de ces dernières années selon 59 autorités contractantes (sur 66 ayant répondu à la question, soit 43,9 %) et 13 opérateurs économiques (sur 16 ayant répondu à la question, soit 81,25 %).

³⁵⁶ L'entreprise interrogée précise qu'une machine peut nécessiter jusqu'à six cents litres de carburant par jour de terrassement lors d'un chantier.

³⁵⁷ L'interviewé explique qu'il faudrait prendre en considération pas seulement un ingrédient, mais le contexte entier du projet.

³⁵⁸ Celui-ci expose des cas dans lesquels au regard du chantier, il aurait été plus pertinent de fonder des formules de révision des prix sur l'index BT07 (« ossatures et charpentes métalliques ») plutôt que sur l'index BT01 (« bâtiment tous corps d'état »). Or, si l'indice BT01 a pris 26 % de hausse en quelques mois, l'indice BT07 aurait augmenté sur la même période de près de 80 %. Ainsi, les coûts de l'entreprise sont considérablement augmentés sans que la formule de révision des prix ne puisse absorber ce surcoût.

selon lui, des difficultés d'approvisionnement à l'origine de retard dans les délais d'exécution ou de disponibilité des matières premières initialement envisagées³⁵⁹.

L'ensemble de ces problématiques sont rencontrées par les autres opérateurs du panel de l'enquête du secteur de la construction et du BTP³⁶⁰. Pour autant, selon l'un d'entre eux, les modifications ne sont pas systématiquement formalisées et demeurent souvent purement opérationnelles.

Cependant, cette évolution n'affecte pas uniquement le secteur de la construction et du BTP mais s'étend à tous les secteurs, notamment dans le domaine de l'informatique ou des télécommunications. En effet, un opérateur signale des difficultés d'approvisionnement de semi-conducteurs produits essentiellement en Asie. Avec les confinements de l'année 2020 pour lutter contre la propagation du virus SARS-Cov-2 et de ses variants, les productions asiatiques ont été suspendues puis reprises au ralenti du fait, notamment, des isolements de nombreux ouvriers positifs à la Covid-19 ou cas contact. L'arrêt et la reprise progressive de la production ont engendré des retards conséquents dans les livraisons des semi-conducteurs. Selon l'interviewé, il faudra attendre plusieurs années avant de rattraper le retard de production, accentué par les nouvelles commandes, et ainsi retrouver une cadence normale de production. Les projets actuels de construction d'usines de semi-conducteurs en Europe seront, en ce sens, bénéfiques au secteur. En outre, en raison de la consommation énergétique des *data centers*, en particulier pour les services de *cloud* qui ne cessent de se développer et de se démocratiser, de nombreuses entreprises du numérique négocieraient des hausses de prix résultant de l'envolée des tarifs de l'électricité depuis le conflit armé en Ukraine en sollicitant des « armées de commerciaux » pour convaincre les autorités contractantes. Les serveurs informatiques étant extrêmement énergivores, la situation pourrait vite devenir critique pour le secteur du numérique.

Spécificité du secteur de l'équipement public autofinancé. Le secteur des équipements publics - autofinancés - mis à la disposition des collectivités a également été fortement touché par la crise sanitaire en particulier lors du premier confinement. Comme en témoigne l'un des participants de l'enquête qualitative, lors des mois de confinement le chiffre d'affaires a considérablement diminué pouvant parfois aller jusqu'à l'arrêt total de perception de recettes finançant lesdits équipements. En l'absence de passage, les utilisateurs desdits

³⁵⁹ Les clauses de réexamen de l'article 54 du CCAG-Travaux apportent une première réponse à ces difficultés afin que les parties discutent ensemble des modifications à faire pour mener le projet à son terme.

³⁶⁰ Ceci est également observé par un maître d'œuvre du panel de l'enquête qualitative.

équipements n'avaient aucun intérêt à les utiliser, diminuant de fait les recettes des titulaires de marchés publics ou de concessions. Pour faire face à ces difficultés engendrées par la pandémie de la Covid-19, deux solutions ont été privilégiées : l'une consistant à suspendre l'exécution des contrats³⁶¹, l'autre à diminuer temporairement – en lien avec les collectivités - le montant des redevances versées. Quant aux conséquences de la guerre en Ukraine, l'entreprise s'inquiète des coûts et des charges qu'occasionnent l'inflation économique et la pénurie ou raréfaction des matériaux et des matières premières. L'interviewé mentionne l'augmentation des matières premières obligeant l'entreprise à sélectionner davantage encore ses choix et à demander des modifications de délais d'au minimum trois mois pour éviter que les problèmes de livraison n'entraînent le déclenchement de pénalités de retard. Comme dans les autres secteurs, le risque est important ici, d'autant plus qu'en regard à tous les contrats publics de cette structure, ce risque est démultiplié.

Par ailleurs, dans ce secteur spécifique, l'entreprise interrogée souligne une autre cause d'augmentation actuelle des modifications contractuelles motivée par une démarche économique et environnementale. Depuis quelques années, les collectivités s'intéressent de très près au transfert de propriété des biens mis à leur disposition afin d'éviter des travaux inutiles et la création de nouvelles matières premières.

En définitive, en raison de ce contexte économique, les opérateurs économiques interrogés reconnaissent explicitement rencontrer des difficultés liées majoritairement aux coûts des fournitures, de l'énergie et du gaz, ainsi que celles liées à l'approvisionnement des matériaux à l'origine de retards dans les délais d'exécution (et donc au déclenchement de pénalités). De manière plus marginale, certains interviewés indiquent que l'inflation économique résultant de la crise sanitaire et accentuée par le conflit armé en Ukraine a révélé la non-adéquation des index pour la formule de révision des prix. Enfin, ces événements sont également la source d'augmentation des coûts de la main-d'œuvre et de changement de sous-traitants.

³⁶¹ L'interviewé souligne qu'il a fallu attendre la seconde ordonnance Covid-19 pour avoir un support juridique pour suspendre les redevances, la première ayant simplement ignoré la situation connue par les entreprises concernées.

		Opérateurs économiques concernés	
		En nombre	En %
Modalité Prix	Hausse des coûts des fournitures	6	75 %
	Hausse des coûts de l'énergie et du gaz	4	50 %
	Hausse des coûts de la main-d'œuvre	1	12,5 %
	Index non-pertinent des formules de révision des prix	2	25 %
	Difficultés d'approvisionnement	4	50 %
	Délais d'exécution non-tenables	2	25 %
	Indisponibilité des sous-traitants	1	12,5 %

Figure 3.7 : Proportion des difficultés rencontrées par les opérateurs économiques interviewés dans le contexte actuel³⁶²

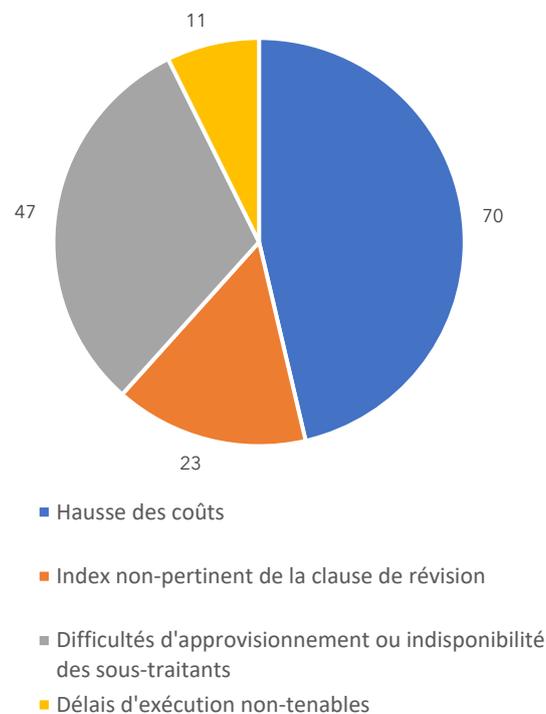


Figure 3.8 : Estimation des difficultés rencontrées selon les sondages en ligne

³⁶² Ce tableau ne regroupant que les précisions apportées par les opérateurs économiques ayant participé aux entretiens ne peut être généralisé. Il n'a qu'une vocation informative sur certaines conséquences pratiques existantes.

C. Causes principales de modifications des contrats de la commande publique

Prix ou tarif comme principale cause. Majoritairement dans les entretiens (à savoir 21 sur 26 participants), il ressort que la principale cause de modification des contrats de la commande publique en cours d'exécution est le prix ou le tarif, notamment la clause de révision des prix³⁶³. Ce constat se confirme avec les sondages en ligne de l'enquête quantitative pour 15 avocats sur 17 (soit 88,2 %), 59 autorités contractantes sur 68 (soit 86,7 %) et 14 opérateurs économiques sur 17 (soit 82,35 %).

Deux avocats interviewés lors de l'enquête qualitative précisent tout de même que jusqu'à l'avis du Conseil d'Etat du 15 septembre 2022, ils ne privilégiaient pas les modifications sèches des prix ou tarifs. Un opérateur économique indique avoir conclu des avenants procédant à des modifications sèches du prix sans attendre la position du Conseil d'Etat dans son avis du 15 septembre 2022. A cette cause principale de modification suivent celles relatives à la durée ou aux délais (4 sur 8, dont un qui ajoute la modification du planning d'exécution sur ce point et un autre la suspension du contrat), celles relatives à la masse des travaux ou aux quantités du marché (3 sur 8) et celles concernant des spécifications techniques ou technologiques (3 sur 8, dont deux en faveur de l'innovation technologique)³⁶⁴. En outre, pour deux entreprises interviewées, il est courant que leurs contrats soient modifiés pour des prestation ou travaux supplémentaires.

Discordance relative entre les entretiens et les sondages en ligne sur les autres causes principales. Ensuite, pour quatre avocats interviewés, la deuxième cause la plus courante de modifications s'avèrerait être les délais d'exécution ou la durée du contrat, ce que confirment les sondages (12 avocats sur 17 soit 70,5 %, 40 autorités contractantes sur 68 soit 58,8 % et 10 opérateurs économiques sur 17 soit 58,8 %). En outre, les travaux ou services supplémentaires seraient également des causes courantes de modification selon 2 autorités contractantes et 3 avocats interviewés, ainsi que les circonstances imprévues aux dires de 4 autorités contractantes³⁶⁵. Enfin, les résultats des sondages en ligne placent les modifications

³⁶³ S'agissant de la clause de révision des prix, ceci peut concerner l'insertion ou la modification de la clause de révision ou encore les modalités de mise en œuvre et sa périodicité.

³⁶⁴ Cette catégorie regroupe à la fois les évolutions techniques ou technologiques (par exemple l'adaptation d'un matériel informatique au regard des nouvelles technologies existantes, adaptation des téléphones pour être compatible avec la 5G, etc.) que des adaptations des spécificités techniques au regard de l'indisponibilité de certains produits ou matériaux.

³⁶⁵ Les publications des avis de modification au Journal officiel de l'Union européenne pour la France durant l'année 2022 confirment cette tendance relatée par les autorités contractantes du panel de l'enquête. Sur ce point, voir les statistiques comparées France – Allemagne – Royaume-Uni du mois d'octobre 2022 dans l'état du droit.

affectant les modalités d'exécution du contrat en troisième position des causes de modification les plus courantes (selon 11 avocats sur 17 (soit 64,7 %), 30 autorités contractantes sur 68 (soit 44,1 %) et 9 opérateurs économiques sur 17 (soit 52,9 %)).

Causes secondaires de modifications selon les interviewés. Enfin, d'autres causes ponctuelles apparaissent dans les entretiens, beaucoup plus rarement et représentant moins de 25 % des modifications : l'évolution du périmètre du contrat (augmentation ou réduction), l'évolution des spécifications techniques³⁶⁶, le besoin de financement supplémentaire dans les contrats de concessions ou les anciens contrats de partenariat public-privé, le changement de la date de réception des travaux, la restructuration interne du titulaire initial³⁶⁷, le changement de sous-traitant et les « biens de retours ».

Causes secondaires de modifications selon les sondés. Les sondages de l'enquête quantitative permettent d'affiner ces résultats. Pour les avocats sondés, les causes factuelles de modifications rencontrées le plus couramment dans leur pratique depuis 2020 sont les difficultés d'approvisionnement et la pénurie de matériaux ou de matière première, avec 14 d'entre eux s'étant prononcés en ce sens (soit 82,3 %). La seconde cause factuelle est le retard dans les délais d'exécution, avec 13 avocats s'étant prononcés en ce sens (soit 76,4 %). La troisième cause est l'adaptation technique du projet, comptant dix réponses en ce sens. L'évolution du projet pour motif d'intérêt général se situe pour eux en quatrième position (6 sur 17, soit 35,2 %). Toutefois, seulement 4 avocats (soit 23,5 %) considèrent que les évolutions techniques ou technologiques constituent une cause factuelle de la modification des contrats publics, les plaçant en cinquième position. Enfin, en dernière position *ex aequo*, s'observent comme cause de modification courante l'évolution du projet pour motif environnemental notamment pour lutter contre le réchauffement climatique (1 sur 17, soit 5,8 %) et l'application des normes juridiques nouvelles (1 sur 17, soit 5,8 %).

Du côté des opérateurs économiques sondés, les résultats sont légèrement différents puisqu'ils classent en principale cause factuelle de modification en premier lieu l'adaptation technique du projet (11 sur 17, soit 64,7 %). En second lieu, ils retiennent à égalité le retard

³⁶⁶ Il ressort du sondage en ligne « Avocats » que l'évolution techniques ou technologiques sont la cinquième cause de modification pour 4 avocats sur 17 (soit 23,5 %). Quant aux caractéristiques techniques (et non l'évolution technique ou technologique) elles sont la quatrième cause de modification selon 5 avocats soit 29,4 % (et pour 7 opérateurs économiques, soit 41,1 %) du sondage. Quant à l'application de norme technique nouvelle, affectant alors les caractéristiques techniques du contrat, celle-ci n'interviendrait que rarement selon 2 avocats ayant participé à l'enquête quantitative (soit 11,7 %).

³⁶⁷ Le transfert ou la substitution de cocontractant revient auprès de 3 avocats sur 17 lors de l'enquête quantitative. Un seul opérateur économique sondé en a rencontré.

dans les délais d'exécution et les difficultés d'approvisionnement ou la pénurie de matériaux ou de matières premières (9 sur 17, 52,9 %). Suivent l'évolution du projet pour motif d'intérêt général (2 sur 17, soit 11,7 %), l'application de normes juridiques nouvelles (2 sur 17, soit 11,7 %) et les évolutions techniques ou technologiques (1 sur 17, soit 5,8 %). A l'inverse des avocats, aucun opérateur économique sondé n'a signalé de modification causée par motif environnemental.

Quant aux autorités contractantes, le panorama des causes de modification est, là encore, différent. En effet, pour elles, les causes factuelles les plus courantes sont, dans l'ordre, les difficultés d'approvisionnement et la pénurie de matériaux ou de matière première (47 sur 68, soit 69,1 %), le retard dans les délais d'exécution (38 sur 68, soit 55,8 %), l'adaptation technique du projet (28 sur 68, soit 41,1 %), le transfert ou la substitution de cocontractant (21 sur 68, soit 30,8 %), l'évolution du projet pour motif d'intérêt général (14 sur 68, soit 20,5 %), l'évolution technique ou technologique (7 sur 68, soit 10,2 %) et l'application des normes juridiques nouvelles (6 sur 68, soit 8,8 %). Par ailleurs, plus rarement sont rencontrées par certains sondés les causes suivantes : les oublis ou erreurs dans la définition des besoins, les difficultés d'exécution non-appréhendées au moment de l'établissement de l'offre ou du lancement du marché, la hausse des charges remettant en cause l'équilibre économique d'une concession, les demandes nouvelles de tiers comme les collectivités territoriales ou l'Etat concédant, ou encore la modification du projet initial. Quoiqu'il en soit, aucun sondé n'a eu l'occasion de modifier ses contrats pour un motif environnemental.

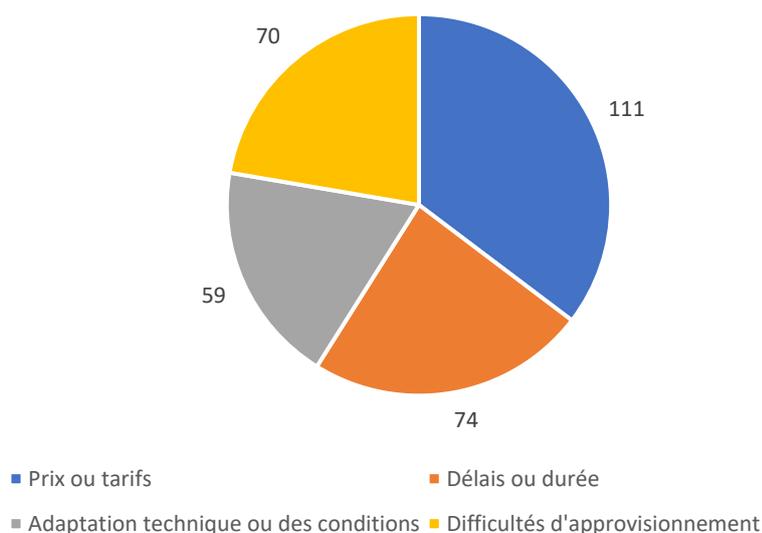


Figure 3.9 : Principales causes de modification en cours d'exécution selon les sondages en ligne et des entretiens³⁶⁸

Fondements juridiques principaux invoqués selon les sondés. Par ailleurs, dans le cadre des sondages en ligne, les participants devaient se prononcer sur les fondements juridiques de la modification qu'ils rencontrent le plus dans leur pratique. Pour les avocats, se placent en première position, les travaux, services ou fournitures devenus nécessaires (11 sur 17, soit 64,7 %). *Ex aequo* en seconde position, les circonstances imprévisibles qu'une autorité contractante diligente ne pouvait pas prévoir avant la signature du contrat et les clauses de réexamen, de revoyure, de rendez-vous ou autre dénomination, comprenant toutes deux neuf réponses positives (soit 52,9 % chacune). Les modifications non-substantielles sont considérées comme un fondement juridique de la modification du contrat par seulement 8 avocats (soit 47 %), les classant au troisième rang. *Ex aequo* à la quatrième place se trouvent les clauses de révision des prix, les prix nouveaux et les sujétions techniques imprévues, recueillant chacune 7 votes en leur faveur (soit 41,1 % chacune). Enfin, la substitution de cocontractant à la suite d'une restructuration arrive en dernière position (2 sur 17, soit 11,7 %).

La situation est bien différente du côté des opérateurs économiques sondés³⁶⁹. Pour eux, les circonstances imprévisibles sont le premier fondement juridique invoqué (9 sur 17, soit

³⁶⁸ Ce graphique ne prend en compte que les principales causes de modification de l'ensemble des participants aux enquêtes.

³⁶⁹ Ceci s'expliquerait notamment par le fait que les avocats ont une vision de la pratique à travers les dossiers qui leurs sont soumis par leur clientèle.

52,9 %), suivies à égalité par les prix nouveaux et les clauses de révision des prix (8 sur 17, soit 47 %). En troisième position, les opérateurs économiques retiennent les modifications non-substantielles (7 sur 17, soit 41,1 %) ³⁷⁰ puis, en quatrième position *ex aequo* les clauses de réexamen et les sujétions techniques imprévues (6 sur 17, soit 35,2 %), enfin, les travaux, services ou fournitures devenus nécessaires (5 sur 17, soit 29,4 %). La substitution de cocontractant à la suite d'une restructuration interne arrive, comme chez les avocats, en dernière position (1 sur 17, soit 5,8 %).

Enfin, les réponses des autorités contractantes surprennent également en classant au premier rang des fondements juridiques les modifications non-substantielles (45 sur 68, soit 66,1 %) ³⁷¹, suivies par les prix nouveaux (40 sur 68, soit 58,8 %), les clauses de révision des prix (36 sur 68, soit 52,9 %), les travaux, services ou fournitures supplémentaires devenus nécessaires (34 sur 68, soit 50 %), les circonstances imprévisibles (34 sur 68, soit 50 %), les clauses de réexamen (20 sur 68, soit 29,1 %), la substitution de cocontractant (20 sur 68, soit 29,1 %) et les sujétions techniques imprévues (18 sur 68, soit 26,4 %). Trois autorités contractantes (soit 4,4 %) ont ajouté les modifications de faible montant à ces fondements régulièrement invoqués.

³⁷⁰ Ce résultat est surprenant au regard des réponses relatives à la notion de modification substantielle puisque la majorité des sondés (avocats, autorités contractantes et opérateurs économiques) relève l'imprécision de la notion de modification substantielle et admettent ne se poser la question de la substantialité d'une modification qu'en dernier lieu ou de ne pas se la poser du tout (voir *infra*).

³⁷¹ Comme pour les opérateurs économiques, et pour les mêmes raisons, cette donnée intrigue.

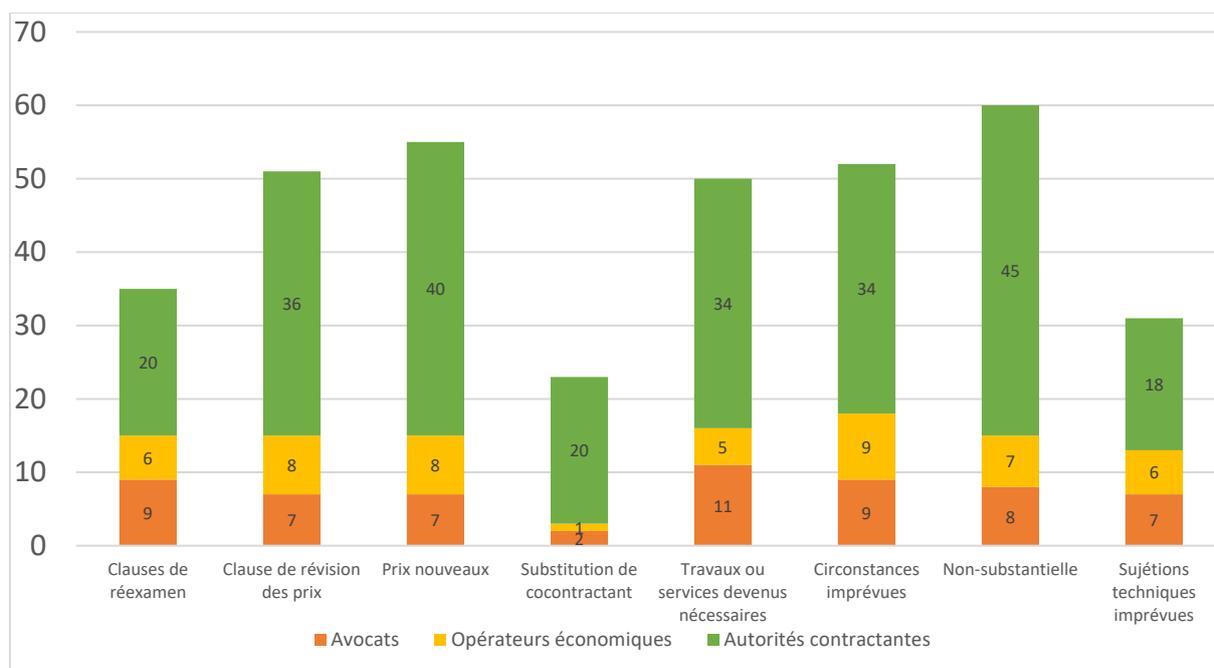


Figure 3.10 : Principaux fondements juridiques de modification en cours d'exécution selon les sondages en ligne

D. Approche pratique de la modification

Retours d'expériences des praticiens. Certains enquêtés ont souhaité apporter quelques précisions sur leur pratique de ces dernières années en matière de modification contractuelle.

Au regard du contexte actuel et avant l'avis du Conseil d'Etat du 15 septembre 2022, un avocat interviewé souligne l'augmentation du nombre de demandes par des autorités contractantes pour des modèles de convention d'indemnisation au titre de l'imprévision³⁷², ainsi que l'augmentation du nombre de demandes de conseil sur les modifications sèches du prix. Cet avocat déconseillait alors à ses clients, pour des raisons de sécurité juridique, de procéder par modification sèche du prix³⁷³.

Constat d'une compréhension mutuelle des parties selon les avocats et les autorités contractantes interviewés. En outre, ce même avocat souligne que depuis

³⁷² Ceci est également confirmé par un opérateur économique interviewé.

³⁷³ Une collectivité territoriale témoigne avoir privilégié, jusqu'à l'avis du Conseil d'Etat du 15 septembre 2022, les indemnités d'imprévision plutôt que les modifications sèches du prix pour éviter de modifier tous les six mois les marchés en cause et accélérer le rythme du traitement de ces hausses de prix du fait de l'absence de réunion de la commission d'appel d'offres. En outre, la préfecture incite à ce que les collectivités territoriales de son ressort signent de moins en moins d'avenants.

la hausse des prix, son cabinet constate une plus grande « ouverture d'esprit entre les parties », une meilleure compréhension mutuelles des intérêts en cause et une volonté commune de mener à bien le projet. Les autorités contractantes prennent conscience qu'il est de leur intérêt et de celui de leur cocontractant que le marché se poursuive puisqu'en cas de graves difficultés financières de l'opérateur économique, le projet pourrait être profondément altéré. Cette prise de conscience de l'interdépendance des intérêts des parties est confirmée par un autre avocat interviewé qui observe que, malgré les demandes d'acheteurs publics en vue de refuser valablement les demandes de modification sèche des prix, les modifications du prix finissent par aboutir afin de préserver le projet porté par le contrat de la collectivité. En ce sens, une autorité contractante confie être consciente des difficultés rencontrées par les entreprises et du risque de se retrouver sans prestataire si elle ne réagit pas sauf qu'il faut garder à l'esprit qu'une collectivité territoriale est toujours partagée entre les coûts et les nécessités de l'intérêt public ainsi qu'entre les contraintes juridiques et les contraintes sur le terrain de nos opérationnels.

Confirmation de ce constat par la majorité des sondés. L'enquête quantitative s'inscrit dans la lignée des entretiens puisque 9 avocats sondés (soit 60 %) considèrent qu'il y a bel et bien une compréhension mutuelle de chaque partie lors des discussions en vue de modifier un contrat public, contre six qui considèrent qu'il n'y en a pas. Six avocats ont apporté des précisions sur la compréhension mutuelle des parties. Un avocat relativise sa réponse en soulignant qu'il connaît toutes les situations. La réponse adéquate est alors : « *ni oui, ni non* ». Un autre avocat estime qu'il y a souvent un dialogue de sourd entre les parties. Pour éviter cette dérive, un autre avocat insiste sur l'importance d'organiser des réunions et d'utiliser des techniques de négociations pour faire évoluer les positions de chaque partie : l'objectif est d'explicitier les difficultés de chacun occasionnées par les modifications. Malgré l'opinion d'un de leur confrère qui estime que les acheteurs publics sont en décalage avec les réalités économiques, un autre reconnaît leur évolution par leur professionnalisation. Ceux-ci comprennent mieux les enjeux économiques des entreprises. D'ailleurs, un dernier avocat sondé constate que globalement les parties sont de plus en plus ouvertes aux attentes de l'autre : chacune essaie de faire un pas vers l'autre pour trouver une issue favorable à la concrétisation du projet.

De leur côté, 48 autorités contractantes sur 61 ayant répondu à la question de l'enquête quantitative reconnaissent une compréhension mutuelle entre les parties (soit 70,5 %). Pour autant, certaines d'entre elles soulignent que les obligations imposées par le Code de la commande publique ne sont pas forcément perçues de la même manière par chaque partie. De

plus, la qualité du dialogue avec les opérateurs économiques est assez variable d'un partenaire à un autre et il serait peu aisé de faire dialoguer des acteurs ne parlant pas le même langage. Il peut alors arriver, assez régulièrement, de rencontrer des opérateurs économiques fermés au dialogue et non transparents ou qui, sous une apparence de dialogue, demeurent campés dans leurs positions, en particulier en période de crise économique.

Par ailleurs, 8 opérateurs économiques sondés (sur 14 ayant répondu à la question, soit 57,1 %) confirment ce sentiment d'une compréhension mutuelle des parties. L'un d'eux confie que la compréhension mutuelle n'est pas immédiate et nécessite que le titulaire du marché fasse œuvre de pédagogie.

Ressenti contraire pour un opérateur économique lors des entretiens.

Pour autant, ceci ne semble pas être le ressenti global des opérateurs économiques interrogés lors de l'enquête qualitative. Une entreprise participant à l'enquête qualitative souhaiterait, à ce titre, que les modifications soient traitées plus naturellement « au fil de l'eau » par les autorités contractantes dans un souci de rapidité et d'assainissement de relations contractuelles. Le contexte actuel témoigne de cette nécessité. Pour cet interviewé, la seule marge d'action est la discussion pour renégocier le contrat et en garantir une exécution de bonne foi. Insistant sur le besoin de relations contractuelles saines entre les parties, il ajoute que « *comme en droit privé, il faut faire confiance aux parties, à leur liberté contractuelle, sans pour autant affecter les règles du jeu initiales* », plus encore, « *pour nous, la culture client est forte et les acheteurs sont conscients que quoiqu'il adienne on exécutera leurs attentes pour consolider la confiance qu'ils nous portent* ». Et c'est à partir de cette confiance que peuvent s'établir des discussions utiles et efficaces en vue de la modification des contrats en cours d'exécution. Ce vœux est partagé par une entité adjudicatrice du panel de l'enquête qualitative pour laquelle le dialogue avec les entreprises est indispensable, voire obligatoire, en vue d'assurer la bonne exécution et la bonne modification d'un marché.

Persistance de pratiques antérieures aux directives.

Un maître d'œuvre du panel de l'enquête qualitative souligne l'importance de la question des avenants et de leur légalité dans sa pratique. Selon lui, la difficulté principale depuis l'entrée en vigueur du nouveau régime de modification est la vision des acheteurs publics qui, pour certains, n'aurait pas évolué depuis en demeurant attachée à l'unique notion de bouleversement de l'économie du contrat et aux anciens pourcentages de 10 à 15 % sans se saisir de la souplesse du nouveau dispositif. Aussi, sont-ils plus enclins à proposer des modifications de faible montant d'autant qu'aucune

justification n'est requise. Pourtant, l'interviewé les alerte régulièrement car « *se précipiter sur ce mécanisme est délicat puisqu'il n'est pas rechargeable* » dès lors que les modifications cumulées de faible montant ne peuvent dépasser 10 à 15 % du montant initial du marché. Cet éveil aux autres cas d'ouvertures peut s'avérer parfois difficile, certaines collectivités craignant que leur modification soit illégale.

Pratique des « avenants balais ». Une autre solution a été mise en œuvre par un autre avocat interviewé pour ses clients. Afin de sécuriser juridiquement les avenants modifiant le prix, ses clients proposaient des « avenants balais » où le pouvoir adjudicateur en profitait pour ajouter de nouvelles prestations. La modification n'est alors pas une modification sèche du prix.

Aménagements internes pour éviter la modification. De même, pour éviter une hausse du prix de ses marchés, une collectivité territoriale interrogée a parfois observé que des entreprises recherchaient, non pas des modifications contractuelles, mais des aménagements internes telle que l'adaptation d'une chaîne d'approvisionnement pour diminuer les coûts.

Cas particulier de clauses d'évolution et d'adaptation du contrat pour éviter la modification. Un retour d'expérience a également attiré l'attention en raison de la démarche pratique effectuée par le cabinet de l'avocat interviewé. Les équipes de ce cabinet privilégient la prévision des grandes familles d'évolution, d'adaptation et de modification du contrat dans le contrat lui-même à travers des clauses indivisibles du contrat. L'avantage serait, selon l'avocat interviewé, que la modification ainsi opérée ne serait pas une modification classique, mais un simple acte d'exécution du contrat : l'objectif est alors d'éviter de procéder par un avenant et, par voie de conséquence, de minimiser le risque contentieux, l'avenant étant un acte attaquant par les tiers³⁷⁴. D'ailleurs, ces clauses indivisibles doivent impérativement être les plus claires et précises possibles pour permettre une simple application du contrat et non engendrer une modification. En ce sens, l'avocat interviewé insiste sur le fait que ces clauses ne sauraient être regardées comme des clauses de réexamen puisque l'objet n'est pas la modification du contrat, mais sa simple exécution. Cette pratique est toutefois anecdotique au regard des entretiens menés et peut s'expliquer par le secteur d'activité de l'avocat en question, à savoir les concessions et les anciens contrats de partenariat public-privé où il est important,

³⁷⁴ Or, en cas de financement par des prêteurs, ceux-ci seront plus attentifs aux avenants pour vérifier si leur investissement est toujours aussi sécurisé qu'ils le pensaient initialement.

du fait de la présence de prêteurs, d'éviter les modifications qui nécessitent des discussions avec toutes les parties et les prêteurs. Or, puisque les services publics font régulièrement l'objet de modification pour s'étendre ou se reconfigurer, notamment dans le service du transport urbain, de telles discussions, voire négociations, pourraient affecter profondément la mutabilité du service public.

Liens entre la définition des besoins et les modifications en cours d'exécution. Par ailleurs, quelques participants à l'enquête ont souligné l'influence de la définition des besoins sur les modifications en cours d'exécution, ce que la deuxième rapport de la Chaire sur « Règles de passation et difficultés d'exécution » avait déjà mis en avant. Pour 3 collectivités territoriales, certaines modifications auraient pu être évitées par une meilleure définition des besoins en amont de la procédure de passation du contrat, notamment en choisissant des périodicités ou des index plus pertinents dans les formules de révision des prix³⁷⁵. L'une de ces collectivités confie également que :

« Certains avenants sont aberrants avec des proportions trop importantes dans les montants. Ceci témoigne d'une mauvaise définition du besoin. On est allé trop vite. On devrait prendre le temps de faire du sourcing, du benchmarking, mais dans les faits, le temps manque au détriment de ces étapes. Le marché est alors mal conçu. L'estimation n'est pas la bonne et on doit intervenir par avenants en cours d'exécution. On le sent que ce n'est pas le bon véhicule juridique : l'avenant est un accessoire du contrat initial, il ne doit pas être aussi important. On doit juste corriger des petites choses et non affecter autant les contrats initiaux. On est parfois poussé par le calendrier ou par le politique. Et, on le paie alors en phase d'exécution. »

Une autre collectivité souligne l'importance de capitaliser sur le retour d'expérience à la fin d'un contrat pour améliorer les consultations futures. Un travail en amont est d'ailleurs effectué pour aider les services opérationnels dans leurs demandes d'achats (par exemple, sur le besoin ou non d'allotissement, les besoins sur la durée, la forme du marché, les spécifications techniques, etc.). L'exemple des marchés d'électricité d'une autre autorité contractante est éclairant sur ce point. L'augmentation des prix de l'électricité en 2022 n'avait pas été observée depuis une trentaine d'années. De ce fait, il était peu probable d'anticiper de telles difficultés

³⁷⁵ Ce constat propre aux formules de révision des prix est partagé par les opérateurs économiques interrogés dans le cadre de l'enquête qualitative.

en amont. En revanche, cette autorité contractante en a pris désormais acte en réduisant la périodicité des clauses de révision des prix dans de nombreux nouveaux contrats (par exemple, par un passage d'une révision annuelle à semestrielle ou trimestrielle), même en dehors du secteur de l'énergie.

Confirmation de la nécessité d'une bonne définition des besoins selon les sondés. La nécessité d'une bonne définition des besoins pour éviter des modifications en cours d'exécution est également relevée, dans le cadre des sondages en ligne, par 12 avocats (soit 70,5 %), 46 autorités contractantes (soit 82,1 %) et 9 opérateurs économiques (soit 64,2 %). Ceux-ci considèrent que certaines modifications auraient pu être évitées au stade de la passation du contrat, contre 5 avocats, 10 autorités contractantes et 5 opérateurs économiques qui ne le pensent pas. A ce titre, 5 avocats, 21 autorités contractantes et 3 opérateurs économiques ont apporté des précisions sur la possibilité de prévenir les modifications lors de la préparation et de la passation du contrat. Quatre d'entre eux estiment qu'il y a une mauvaise définition des besoins en amont par les acheteurs publics en raison d'une faiblesse du *sourcing*, d'habitudes installées ou d'imprécisions. Un de ces avocats observe, par exemple, des clauses de révision des prix inadaptées au marché concerné, voire inexistantes. Un autre avocat insiste sur l'imprécision quant au périmètre de responsabilité de chaque cocontractant dans la rédaction du contrat, non sans conséquence quant au partage des risques. Ceci est confirmé par un opérateur économique qui confie que de nombreuses adaptations de marché résultent d'imprécisions ou de la limitation de la mission du maître d'œuvre, notamment pour les missions *a minima* des opérations d'infrastructures où il n'y a pas de bloc minimum obligatoire. Ce constat est partagé par une autre entreprise sondée. Celle-ci indique faire face régulièrement à des problèmes de conception dont l'origine est multiple allant du temps consacré à la conception des projets aux défaillances des maîtrises d'œuvre. De même, les opérateurs économiques ne prennent plus le risque de mettre en exergue les erreurs de conceptions au moment de la passation, compte tenu du contexte concurrentiel. Il confie que le devoir de conseil et le co-développement du projet ne s'effectuent alors qu'en cours d'exécution du contrat par les parties. Un avocat conseille d'ailleurs l'ouverture plus systématique aux variantes pour éviter certaines modifications en cours d'exécution. Enfin, un avocat et un opérateur économique alertent sur le critère du prix dans le choix des titulaires comme vecteur de difficultés de modification. Effectivement, la prépondérance du prix comme critère de sélection réduit la marge de manœuvre lors des modifications afin de respecter les seuils. De plus, l'offre au prix le plus attractif n'est pas pour autant la plus pertinente et pourrait engendrer des coûts supplémentaires lors de l'exécution. De

leur côté, les autorités contractantes ne sont pas moins critiques envers elles-mêmes. Seize d'entre elles admettent qu'une meilleure définition des besoins serait bienvenue et bénéfique notamment dans le cadre des formules de révision des prix où les index ou la périodicité ne sont pas pertinents. De manière générale, une mauvaise définition des besoins entraîne des contraintes opérationnelles et une mauvaise anticipation de certaines clauses de réexamen en particulier lorsque le cas de cahiers des charges sont trop contraignants pour les opérateurs économiques avec des délais d'exécution irréalistes. D'ailleurs, une autorité contractante regrette que « *la projection sur l'exécution ne soit pas suffisamment réfléchie* » et milite en faveur à la fois d'acheteurs seniors au sein des services d'achat, et d'une maîtrise plus approfondie des techniques d'achat³⁷⁶. Il faudrait, en outre, selon les autorités contractantes sondées intégrer de manière plus systématique et pertinente les clauses de réexamen et de révision des prix³⁷⁷ et, en outre, ne pas hésiter à recourir au *sourcing* ainsi qu'accroître les sondages pour les travaux ou d'autres analyses techniques pour les chantiers. Il faudrait également, selon d'autres, mieux identifier les éléments utiles à transmettre aux candidats pour leurs offres afin d'accroître leur qualité et réduire le risque de modification. Enfin, une autorité contractante souligne que les modifications peuvent être aussi le résultat d'un manque de suivi lors de l'exécution du contrat.

Liens entre l'évaluation financière et les modifications en cours d'exécution. Cependant, pour d'autres, la définition des besoins n'est pas véritablement responsable en elle-même des modifications³⁷⁸. Pour un des opérateurs économiques interrogés, la notion de définition des besoins a été suffisamment comprise par les autorités contractantes et il est aujourd'hui assez rare que de véritables erreurs y soient commises, en particulier dans le domaine des prestations intellectuelles. Par contre, l'enveloppe budgétaire est souvent mal évaluée : cet opérateur observe régulièrement des sous-estimations financières dans le cadre de marchés d'assistance à maîtrise d'ouvrage où de nombreux postes de dépenses sont omis par les acheteurs publics, nécessitant alors des modifications ultérieures.

Cette sous-évaluation financière est regrettée par plusieurs entreprises interviewées qui savent, dès la procédure de passation, que si elles remportent le marché, elles devront

³⁷⁶ Selon l'une des autorités contractantes sondées, une meilleure formation des rédacteurs opérationnels serait souhaitable qu'il s'agisse des fonctionnaires de l'acheteur ou des agents du maître d'œuvre.

³⁷⁷ Une autorité contractante insiste sur les augmentations de prix liées à la pandémie de la Covid-19 et au conflit armé en Ukraine puisque « *la présence de clause de révision des prix sans clause butoir et part ferme aurait permis d'éviter la conclusion d'avenant car le prix obtenu aurait permis de rééquilibrer le contrat* ».

³⁷⁸ Il est intéressant de noter que les opérateurs économiques sont plutôt bienveillants vis-à-vis des autorités contractantes concernant leurs définitions des besoins, ces-dernières se révélant plus critiques envers elles-mêmes.

enclencher des discussions en vue de modifier le prix initial. Le fait que le critère du prix soit prépondérant dans la notation finale accentue le phénomène : les offres proposées devront s'inscrire dans le cadre de la sous-évaluation financière de l'autorité contractante tout en étant la plus basse pour maximiser la notation finale. Tant les soumissionnaires que les acheteurs publics sont conscients que le prix sera vraisemblablement modifié à la hausse en cours d'exécution.

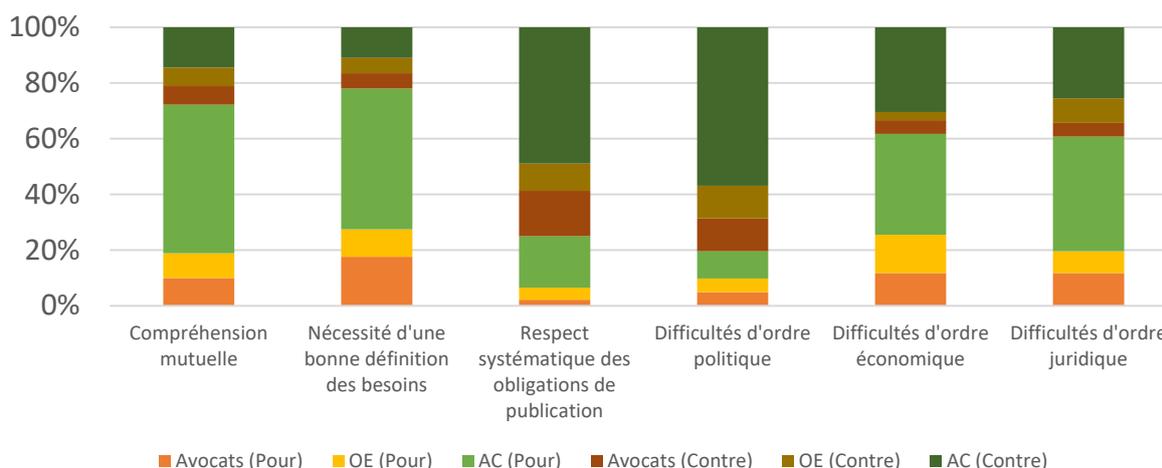


Figure 3.11 : Principaux ressentis des praticiens dans les sondages quant aux causes des modifications des contrats de la commande publique

Approfondissement sur des pratiques spécifiques. Au-delà de ces considérations générales, un intérêt particulier est porté dans les enquêtes qualitative et quantitative sur la pratique des interviewés en matière de modification unilatérale (1.), de modification conventionnelle (2.), de clauses de réexamen claires et non-équivoques (3.) et de substitution de cocontractant (4.).

1. Pratique de la modification unilatérale

Proportion des modifications unilatérales selon les interviewés. Si 4 autorités contractantes affirment ne jamais modifier unilatéralement leurs contrats de la

commande publique³⁷⁹, les 7 autres usent plus ou moins régulièrement de ce pouvoir, notamment par ordre de service en vue de la prolongation de délais hors CCAG ou pour les prix nouveaux (avec éventuellement une régularisation par avenant) ou encore pour notifier des travaux supplémentaires³⁸⁰. L'un d'entre elles le fait également dans le cadre de clauses de réexamen qui prévoient cette possibilité.

Par ailleurs, à l'exception de 4 opérateurs économiques et d'un avocat qui observent régulièrement des modifications unilatérales formalisées (par des ordres de services) ou non-formalisées, les autres interviewés ont admis la rareté du procédé. Deux entreprises et deux avocats ont d'ailleurs directement indiqué n'en avoir jamais vu dans leur pratique.

Proportion des modifications unilatérales selon les sondés. Pour autant, dans le cadre des sondages en ligne, 5 avocats sur 17 (soit 29,4 %) et 2 opérateurs économiques sur 17 (soit 11,7 %)³⁸¹ ont indiqué que les acheteurs ou les autorités concédantes privilégient les modifications unilatérales au même titre que les modifications conventionnelles, alors même que les autorités contractantes n'estiment pas, unanimement, les privilégier³⁸². Précisément, la proportion de modifications issues d'une décision unilatérale dans les contrats publics est inférieure à 25 % pour 12 avocats (sur les 16 ayant répondu à la question, soit 75 %), 38 autorités contractantes (sur 43 ayant répondu à la question, soit 88,3 %) et 8 opérateurs économiques (sur 12 ayant répondu à la question, soit 66,6 %) ou se situe entre 25 % et 50 % pour 3 autres avocats (soit 18,75 %), 3 autorités contractantes (soit 6,9 %) et 2 autres opérateurs économiques (soit 16,6 %). Un seul avocat sondé (soit 6,25 %) et deux autorités contractantes sondées (soit 4,6 %) considèrent que le recours aux modifications unilatérales est fréquent (entre 50% à 75 %) et deux entreprises sondées (soit 16,6 %) en rencontrent très fréquemment (à plus de 75 %).

³⁷⁹ L'une d'elle partage toutefois une pratique courante de fournisseurs ou prestataires qui opèrent des modifications unilatérales en annonçant augmenter le prix de leurs fournitures ou de leurs prestations à partir d'une date déterminée. Les services juridiques doivent alors leur expliquer avec pédagogie le droit de la commande publique et la teneur de leur engagement contractuel.

³⁸⁰ Parmi ces sept structures, deux ne modifient que rarement leurs contrats administratifs.

³⁸¹ Ils précisent que ces modifications sont généralement effectuées par ordre de service.

³⁸² La question portait sur leur outil privilégié pour modifier un contrat en cours d'exécution et non sur les outils auxquels les sondés recourent. Ainsi, cette donnée ne signifie nullement que les autorités contractantes n'admettent pas modifier unilatéralement leurs contrats.

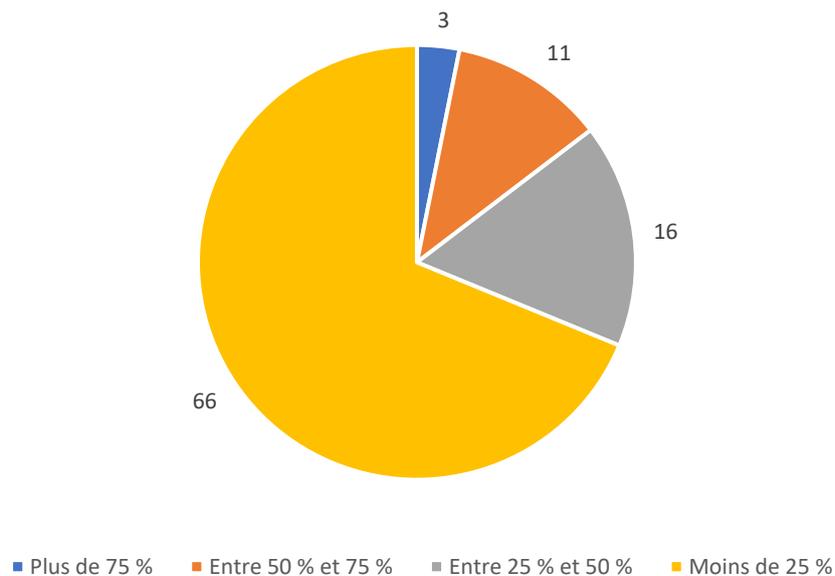


Figure 3.12 : Occurrence des modifications unilatérales selon les sondages en ligne

Principales modifications unilatérales selon les sondés. Selon les sondages en ligne, les principales modifications engendrées par une décision unilatérale sont pour la majorité des avocats sondés l'adaptation de caractéristiques techniques mineures du projet (8 sur 16, soit 50 %). Viennent ensuite l'adaptation du projet pour motif d'intérêt général et les prix nouveaux (6 sur 16, soit 37,5 %). La durée (4 sur 16, soit 25 %), l'adaptation du projet pour motif politique (3 sur 16, soit 18,75 %), l'adaptation de caractéristiques techniques majeures du projet (2 sur 16, soit 12,5 %), ne concernent visiblement pas les principales modifications engendrées par une décision unilatérale. De leur côté, pour les opérateurs économiques ayant répondu au sondage, les principales modifications unilatérales sont, en premier lieu et à égalité, la durée, les prix nouveaux et l'adaptation de caractéristiques techniques mineures du projet (6 sur 13, soit 46,1 %). En second lieu, les modifications unilatérales qu'ils rencontrent ont pour objet l'adaptation de caractéristiques techniques majeures du projet (3 sur 13, soit 23 %). Suivent, l'adaptation du projet pour motif politique (2 sur 13, soit 15,3 %) et l'adaptation du projet pour motif d'intérêt général (1 sur 13, soit 7,6 %). Par ailleurs, une entreprise ajoute comme principale modification unilatérale l'ajournement du marché. Les réponses des autorités contractantes dans le cadre de l'enquête quantitative suivent celles des opérateurs économiques. En effet, pour elles, les principales modifications unilatérales interviennent pour les prix nouveaux (17 sur 51, soit 33,3 %), la durée (16 sur 51,

soit 31,3 %), l'adaptation du projet pour motif d'intérêt général (8 sur 51, soit 15,6 %), l'adaptation des caractéristiques techniques mineures du projet (5 sur 51, soit 9,8 %), l'adaptation du projet pour motif politique (4 sur 51, soit 7,8 %), puis l'adaptation de caractéristiques techniques majeures du projet (1 sur 51, soit 1,9 %). Trois autorités contractantes (soit 5,8 %) ont ajouté le déclenchement de certaines prestations par ordre de service ou la mise en œuvre d'une tranche conditionnelle ou encore l'application d'une clause de réexamen donnant lieu à un ordre de service pour valider une modification du bordereau des prix unitaires.

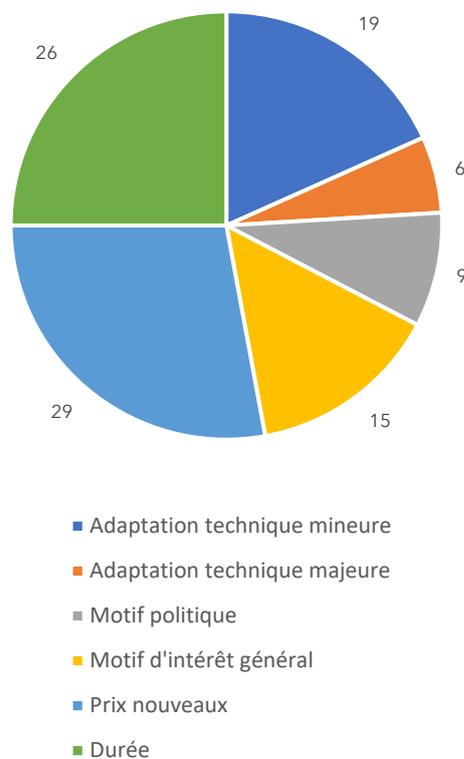


Figure 3.13 : Principales modifications unilatérales rencontrées selon les sondages en ligne

Discussions préalables à la modification unilatérale. Deux autorités contractantes interrogées indiquent discuter en amont avec les opérateurs économiques afin de s'assurer de la bonne exécution de l'ordre de service³⁸³. Un avocat interviewé témoigne que les

³⁸³ Ceci est confirmé par les résultats de l'enquête quantitative : lorsqu'une décision unilatérale modifie un contrat, 11 avocats sondés (sur 13 ayant répondu à la question, soit 84,6 %) considèrent qu'elle a été précédée d'une

rare fois où il a vu des modifications unilatérales en pratique, celles-ci provenaient également de discussions préalables entre les parties. Le choix de procéder alors par une modification unilatérale et non par un avenant tient à la rapidité du mécanisme ne nécessitant qu'une seule signature et, pour les collectivités territoriales, l'absence d'avis de la commission d'appel d'offres. A ce titre, une de ces deux autorités contractantes explique avoir récemment procédé à des transferts de contrat par décision unilatérale en cas de restructuration interne du titulaire initial dès lors que les conditions de l'article L. 2194-6 du Code de la commande publique étaient respectées. De même, ce pouvoir adjudicateur, peu convaincu par la position du ministère de l'économie et des finances sur l'interdiction de modifier unilatéralement les prix d'un marché, a utilisé le pouvoir de modification unilatérale dans le cadre des circonstances imprévues des articles L. 2194-1 et R. 2194-5 du Code de la commande publique.

Pourtant, selon un des avocats du panel des entretiens, les modifications unilatérales rencontrées sont souvent le résultat d'un désaccord entre les parties incitant la personne publique à utiliser son « privilège ». C'est pourquoi, il s'interroge sur l'absence de voie de recours pour contester la validité de ces modifications, assimilées comme des actes d'exécution, pour le cocontractant. Il recommande, au-delà d'un recours indemnitaire (possible en l'état du droit), « *l'ouverture d'un recours Béziers 2 ++ à l'encontre, non pas de la mesure elle-même, mais de l'assiette d'indemnisation et du rééquilibrage économique* », c'est-à-dire de pouvoir contester les éléments financiers de la décision unilatérale.

Modifications unilatérales et régularisation par avenant. Parmi les participants de l'enquête qualitative faisant état d'une modification unilatérale de leurs contrats, deux opérateurs économiques signalent qu'en principe il n'y a pas pour eux de formalisation écrite de la modification unilatérale par les autorités contractantes et encore moins de régularisation par avenant. La modification peut être simplement émise oralement par les services opérationnels ou constatée factuellement par l'opérateur économique après comparaison du projet initialement prévu et de ce qui a été demandé finalement lors de l'exécution. Cela se constaterait en particulier, selon une structure interrogée, pour les TPE et

discussion entre l'autorité contractante et l'opérateur économique. Seuls 2 avocats considèrent que ce n'est pas le cas. Dans le même sens, 26 autorités contractantes (sur les 27 ayant répondu à la question, soit 96,2 %) et 2 opérateurs économiques (sur les 5 ayant répondu à la question, soit 40 %) confient que des discussions sont menées en amont entre les parties avant la décision unilatérale de modification.

les PME qui n'auraient, par voie de conséquences, pas d'indemnisation des surcoûts engendrés³⁸⁴.

Pour autant, les résultats des entretiens témoignent pour la grande majorité des interviewés d'une tendance inverse, notamment dans le secteur de la construction et du BTP où les modifications sont régulièrement formalisées par un ordre de service³⁸⁵ éventuellement régularisé ensuite par avenant³⁸⁶, notamment en matière de prix nouveaux pour prestation supplémentaire ou modificative de l'article 13 du CCAG-Travaux³⁸⁷. Il n'est pas rare, d'ailleurs, que le cocontractant soit lui-même à l'origine de la modification unilatérale lorsqu'il s'aperçoit que les prestations techniques initialement prévues ne peuvent être exécutées en l'état. Un directeur juridique d'une entreprise du panel de l'enquête confie à ce titre que l'ordre de service est conçu comme le premier outil de modification du contrat : le cocontractant soulève une difficulté au maître d'œuvre en tentant de le convaincre de l'imprévisibilité de la situation et de la nécessité d'adapter le marché avec compensation financière :

« Avant même de finaliser un avenant, notre objectif premier est d'avoir un ordre de service du maître d'œuvre, validé par le maître d'ouvrage, ordonnant l'exécution d'une prestation nouvelle. »

En somme, le cocontractant sollicite une modification unilatérale à travers l'article 13 du CCAG-Travaux pour prestations supplémentaires avec prix nouveaux, et l'avenant intervient ensuite pour inscrire et finaliser l'ensemble. Seulement, en procédant uniquement par avenant, le délai pour parvenir à sa signature serait bien plus long. D'où l'utilité de recourir à l'ordre de service en amont, qui s'avère bien plus rapide. De plus, ceci légitimerait ensuite la demande de modification par avenant pour l'entreprise puisque l'acheteur public l'a en amont validé sur le principe. Cette régularisation ultérieure par avenant explique également la faible occurrence de modifications unilatérales dans la pratique des avocats interrogés dont les marchés publics de

³⁸⁴ A noter que l'interdiction des ordres de service à 0 euro ne saurait s'appliquer ici puisqu'il n'y a aucune formalisation écrite de la modification, encore moins d'ordre de service. Par ailleurs, les TPE et les PME n'ont pas forcément l'automatisme ou les ressources pour contester juridiquement ou judiciairement l'absence d'indemnisation, sachant que parfois, le contentieux pourrait vite s'avérer peu rentable au regard du surcoût à indemniser. De plus, les relations avec l'autorité contractante pourraient se dégrader et avoir des répercussions sur les chances de succès de remporter, à l'avenir, d'autres marchés publics avec cette entité.

³⁸⁵ Lors des entretiens, la majorité des participants associaient automatiquement la modification unilatérale à l'ordre de service.

³⁸⁶ Un interviewé précise que cette régularisation n'est pas encore systématique mais qu'elle est de plus en plus effective, notamment en matière de prix nouveaux de l'article 13 du CCAG-Travaux. En outre, il se satisfait de la disparition des ordres de services à 0 euro.

³⁸⁷ Un opérateur économique indique qu'il ne connaît pas de marché de travaux sans prix nouveaux (par exemple, un simple changement de corniche différente de celle prévue initialement, ou un ajout d'un petit local d'entretien).

travaux représentent une part importante de leur exercice professionnel. Or, comme le rappellent certains d'entre eux, les modifications effectuées par ordre de service en matière de travaux sont régularisées, ensuite, par avenant pour les prix nouveaux et prestations supplémentaires. La modification unilatérale n'intervient alors, en ce domaine, essentiellement pour la gestion des délais des diverses phases du chantier. Puisque les opérateurs économiques proposent dans leurs offres des délais « irréalistes » en vue de l'obtention du marché (le délai étant généralement une part importante de la notation), un ordre de service vient l'adapter en cours d'exécution. Il peut même arriver, selon un avocat interviewé, que « *le contrat commence directement par un ordre de service modifiant sa durée* ».

Inconvénients de la modification unilatérale pour les opérateurs économiques. Toutefois, la modification unilatérale formalisée n'est pas le mode opératoire idéal pour les opérateurs économiques qui témoignent de certaines difficultés à obtenir une juste indemnisation des surcoûts engendrés par l'ordre de service. Ce constat est confirmé par 8 opérateurs économiques dans le sondage en ligne (sur les 8 ayant répondu à la question, soit 100 %) ³⁸⁸. Selon une entreprise interrogée dans le cadre de l'enquête qualitative, le mécanisme n'est pas satisfaisant car il s'accompagne parfois d'un prix nouveau reposant sur les budgets prévisionnels : la revalorisation n'est alors que partielle. Un autre opérateur économique interviewé ajoute que si, après production d'un devis chiffré par leur soin à l'autorité contractante, celui-ci ne convient pas, un ordre d'exécution pour 20 % du prix avec la difficulté pour le cocontractant de revenir pour être payé intégralement. Cette expérience n'est pas partagée par l'ensemble des interviewés puisqu'une autre entreprise participant à l'enquête qualitative relatait ne pas avoir connu de difficultés particulières pour être indemnisée du fait d'une modification unilatérale diminuant la quantité de matériels à livrer (le surcoût indemnisé étant celui du surplus déjà produit). Pour autant, cette entreprise-là est moins confrontée aux modifications unilatérales que les précédentes, n'intervenant pas dans le secteur de la construction et du BTP. Sur ce point, il convient de souligner que les sondages en ligne précisent la pratique de l'émission des réserves par les cocontractants. Sept avocats (sur 15 ayant répondu à la question, soit 88,2 %), 17 autorités contractantes (sur 27 ayant répondu à la question, soit

³⁸⁸ L'un des sondés précise que sa réponse est à relativiser en raison du faible nombre de cas qu'il a eu à connaître. Un autre soulève la subjectivité de la réponse dans la mesure où elle dépend des circonstances. En outre, des maîtres d'ouvrage publics peuvent rémunérer ces prestations nouvelles et imprévues au stade du décompte général et définitif.

62,9 %) et 6 opérateurs économiques (sur 8 ayant répondu à la question, soit 75 %) estiment que des réserves sont régulièrement émises³⁸⁹.

Appréciation par les sondés de l'efficacité de procéder par modification unilatérale. S'agissant de l'efficacité du procédé unilatéral, la majorité des avocats (11 sur 15, soit 73,3 %) et des autorités contractantes (19 sur 30, soit 63,3 %)³⁹⁰ sondés estiment que la modification unilatérale est efficace pour répondre aux imprévus rencontrés par les parties lors de l'exécution du contrat. Trois avocats ont apporté des précisions sur ce point. Un premier reconnaît l'efficacité de la modification unilatérale mais souhaiterait qu'une discussion en amont soit systématiquement organisée entre les parties afin d'éviter toute dégradation des relations contractuelles. Un autre estime que, si la modification unilatérale est efficace, elle n'est pas suffisante : « *Il faut également pouvoir s'aider de tous les mécanismes contractuels, souvent dans une forme de rapport de forces* ». D'ailleurs, une autorité contractante admet l'utilité de la modification unilatérale lorsque, à défaut d'accord sur les modifications à opérer, la signature d'un avenant n'est pas possible. Un dernier avocat sondé admet être plutôt réservé sur l'efficacité de la modification unilatérale. Certes, elle permet de gagner du temps, mais elle génère des incompréhensions pour le cocontractant. Cependant, l'opinion majoritaire des avocats et des autorités contractantes n'est pas partagée par les opérateurs économiques sondés qui, unanimement, dénie toute efficacité de la modification unilatérale pour répondre aux imprévus rencontrés par les parties lors de l'exécution du contrat.

Cas particulier des « préordres de services ». Enfin, un des interviewés souligne un problème important en pratique provenant de certains grands donneurs d'ordres. Ceux-ci émettent des « préordres de services » en vue de projets futurs qu'il faudrait réaliser. Après quelques mois, le projet est abandonné. Cependant, du temps et des moyens sont mobilisés pour ces projets et la question de la rémunération de ses « prestations supplémentaires » se pose d'autant qu'il n'y a pas eu de véritables modifications du contrat initial³⁹¹. Une telle demande peut questionner dès lors que l'abandon d'un projet peut difficilement fonder un enrichissement.

³⁸⁹ Deux entreprises du sondage répondent n'en émettre que rarement.

³⁹⁰ Pour une autorité contractante, cette utilité réside dans l'absence de contestation judiciaire contre la mesure elle-même de modification par le cocontractant.

³⁹¹ Le cabinet en question propose d'agir sur le fondement juridique de l'enrichissement sans cause.

2. Pratique de la modification conventionnelle

a. Avantages et inconvénients des avenants

Atout de l'avenant selon les interviewés. L'un des premiers constats ressortant des entretiens est que les participants interrogés sont dans l'ensemble favorables à la modification conventionnelle par avenant³⁹². L'enquête quantitative confirme ce résultat³⁹³. L'avenant, en outre, demeure l'un des outils privilégiés pour modifier un marché public ou une concession alors même que les dispositions du Code de la commande publique ne s'y réfèrent plus en considérant la modification conventionnelle à travers son contenu et non sa forme, au même titre que le droit européen³⁹⁴. Un avocat interviewé souligne l'influence du droit privé sur ce point car l'avenant, à l'inverse d'une modification unilatérale ou d'un autre procédé, est mieux accepté par les parties qui ont préalablement discuté ensemble.

Atouts de l'avenant selon les sondés. Cet avantage est reconnu également par les sondés lors de l'enquête quantitative. A la quasi-unanimité (16 avocats sondés sur 16 soit 100 %, 44 autorités contractantes sur 51 soit 86,2 % et 13 opérateurs économiques sur 13 soit 100 %), ils estiment que le principal avantage de l'avenant par rapport à la modification unilatérale est la discussion ou la négociation entre les parties. De plus, ceci profite à la compréhension mutuelle des intérêts des parties par la prise en considération des difficultés des cocontractants (selon 12 avocats sondés sur 16 soit 75 %, 27 autorités contractantes sur 51 soit 52,9 % et 8 opérateurs économiques sur 13 soit 61,5 %) et de l'intérêt public (pour 3 avocats sondés sur 16 soit 18,75 % et 8 opérateurs économiques sur 13 soit 81,5 %). De ce fait, les contestations sont moins nombreuses, voire inexistantes, ce qui assure une certaine sécurité juridique pour 7 avocats (soit 43,75 %) et 36 autorités contractantes (soit 70,5 %) ayant participé aux sondages en ligne. L'avenant profite donc à la relation contractuelle et à la loyauté

³⁹² Seulement une autorité contractante privilégie la modification unilatérale pour sa réactivité et sa simplicité.

³⁹³ Quinze avocats sur 17 (soit 88,2 %) indiquent que leurs clients privilégient les modifications conventionnelles par avenant. Dans le même sens, 63 autorités contractantes sur 68 (soit 92,6 %) et 16 opérateurs économiques sur 17 (soit 94,1 %) privilégient les avenants.

³⁹⁴ Une des autorités contractantes insiste en ce sens : « L'avenant est un régime normal de l'exécution des contrats, surtout pour les contrats de très long terme. De façon générale, les concessions de longue durée, c'est normal et sain qu'il y ait des avenants. Ce n'est pas un régime dérogatoire, mais c'est un régime de droit commun dans les nouvelles directives et le Code de la commande publique. Cela l'est d'autant plus que dans les concessions de service public, la règle d'or est celle de la mutabilité du service public. »

contractuelle³⁹⁵, malgré les délais qui peuvent parfois être excessivement long pour parvenir à sa conclusion.

Inconvénient de l'avenant : la durée. En effet, trois avocats interviewés reconnaissent que la procédure de passation d'un avenant peut être longue, allant de quelques mois à un an dans les cas les plus complexes³⁹⁶. Deux d'entre eux relativisent ce constat en précisant, d'une part, que les avenants sont de plus en plus souvent anticipés des mois à l'avance et, d'autre part, que les modifications urgentes peuvent être prises en quelques semaines. En outre, ils expliquent que la lenteur peut être le résultat de deux facteurs à savoir l'enlisement des discussions entre les parties et la procédure interne à l'autorité contractante. Un regard plus critique est porté par le dernier de ces trois avocats sur la durée excessive de la passation d'un avenant : *« Le temps que l'avenant soit préparé par l'autorité contractante, il faut déjà refaire un avenant ; et parfois, si l'avenant arrive un peu tard, il « régularise » et « contractualise » une situation qui sera alors inscrite dans le décompte général et définitif »*. Aussi n'est-il pas étonné que les opérateurs économiques rédigent de plus en plus souvent eux-mêmes les avenants qu'ils adressent ensuite aux acheteurs publics ou aux autorités concédantes, surtout dans le cas de relations contractuelles avec des petites et moyennes collectivités. Ces difficultés organisationnelles sont également ressenties par 4 avocats sur 17 (soit 23,5 %) ayant participé au sondage en ligne, ainsi que 20 autorités contractantes sur 68³⁹⁷ (soit 29,4 %) et 5 opérateurs économiques sur 17 (soit 29,4 %).

Inconvénient de l'avenant : les difficultés d'ordre juridique. La principale difficulté rencontrée par les opérateurs économiques est la crainte de l'autorité contractante de ne pas respecter les conditions strictes de modification et de devoir donc prouver que les conditions de recours à la modification sont respectées. D'ailleurs, un opérateur économique sondé regrette que *« les acheteurs souhaiteraient généralement une solution toute faite avec application d'un article du Code de la commande publique permettant une solution A ou B alors, qu'en réalité, il s'agit surtout d'interprétation des circulaires ou des avis du Conseil*

³⁹⁵ Il ressort également des sondages que 2 avocats considèrent l'avenant comme avantageux du fait de la recherche d'une bonne gestion des deniers publics et de la simplicité de la procédure d'un avenant. En outre, 4 autorités contractantes relèvent la simplicité de la procédure, et 3 sa rapidité. Une autre autorité contractante ajoute comme avantage important de l'avenant le traitement comptable et budgétaire.

³⁹⁶ L'enquête quantitative confirme cette observation puisque 7 avocats, 30 autorités contractantes et 9 opérateurs économiques sondés estiment que la lenteur de la procédure est un inconvénient majeur de l'avenant. Pour autant, 3 avocats sondés sur 16 considèrent que les procédures pour parvenir à la signature d'un avenant sont suffisamment rapides et ne constituent pas un inconvénient mais plutôt un avantage.

³⁹⁷ Une d'entre elles indique que la saisine de la Commission d'appel d'offres est un inconvénient majeur de l'avenant.

d'Etat ». En outre, comme le souligne l'une des entreprises interviewée, lorsque la modification doit être publiée au *Journal officiel de l'Union européenne*, il y a une inquiétude plus grande du fait de la visibilité par les tiers de la modification, du risque d'incrimination au titre d'une infraction pénale de la commande publique comme le délit d'octroi d'avantages injustifiés, ainsi que de considérations budgétaires (par exemple, les coûts importants de travaux ou prestations supplémentaires) ou encore de la culture « Mergui »³⁹⁸ chez certaines autorités contractantes alors mêmes que la modification est justifiée afin de pérenniser le marché ou la concession.

Pratique de la publication des avis de modification selon les sondés. A ce propos, s'agissant des obligations de publication au *Journal officiel de l'Union européenne*, l'enquête quantitative est riche d'enseignement. Effectivement, pour les contrats dont le montant est supérieur aux seuils européens, 11 avocats (soit 64,7 %) et 9 opérateurs économiques (soit 100 %)³⁹⁹ sondés observent rarement que les autorités contractantes publient des avis de modification des contrats publics en cas de modification pour circonstances imprévisibles ou en cas de travaux, prestations ou fournitures supplémentaires. Seuls 2 avocats sur 17 (soit 11,7 %) considèrent qu'une telle situation se rencontre fréquemment. Pourtant, seulement 24 autorités contractantes sur 62 ayant répondu à la question (soit 35,2 %) reconnaissent ne pas publier d'avis de modification pour leurs contrats dont le montant est supérieur aux seuils européens tandis que 17 en publient systématiquement (soit 27,4 %)⁴⁰⁰. En-dehors des cas obligatoires, 8 avocats (soit 47 %) n'observent pas de publication par les autorités contractantes des avis de modification des contrats publics, alors que 7 (soit 41,1 %) considèrent qu'elles les publient rarement. De leur côté, les autorités contractantes admettent qu'en dehors des cas obligatoires, elles ne publient pas majoritairement d'avis de modification⁴⁰¹. Seul un seul avocat considère que de tels avis sont souvent publiés.

Opinion majoritaire défavorable des sondés à la proposition d'une extension des obligations de publication des avis de modification. Par ailleurs, dans le cadre des sondages en ligne, les participants étaient interrogés sur leur approbation ou non d'une extension de l'obligation de publication d'avis de modification. Seulement 4 avocats

³⁹⁸ Ce participant de l'enquête qualitative fait ici référence à l'interdiction des libéralités faite aux personnes publiques (CE, Sect., 19 mars 1971, *Mergui*, n° 79962).

³⁹⁹ Seuls 9 opérateurs économiques ont répondu à cette question.

⁴⁰⁰ A noter, que pour les publications obligatoires, 22 autorités contractantes sondées publient les avis de modification au *JOUE* et au profil acheteur, 13 seulement au *JOUE* et 4 uniquement au profil acheteur.

⁴⁰¹ Précisément, 41 autorités contractantes sondées (soit 66,1 %) ne publient pas d'avis de modification de leurs contrats publics, en dehors des cas obligatoires, 11 (soit 17,7 %) en publient rarement, 4 (soit 6,4 %) fréquemment et 6 (soit 9,6 %) systématiquement.

(soit 23,5 %), 17 autorités contractantes (soit 28,8 %) et 5 entreprises (soit 55,5 %) seraient favorables à l'extension de ces obligations à toutes les modifications, notamment par déclenchement de clause contractuelle, contre 13 avocats, 4 opérateurs économiques et 42 autorités contractantes qui ne le seraient pas. Un de ces derniers avocats précise, en ce sens, que l'extension des obligations de publication d'avis de modification générerait un risque contentieux important. Un opérateur économique défavorable à cette extension avertit des conséquences pratiques d'un tel choix, à savoir empêcher les modifications alors même qu'elles seraient indispensables à la concrétisation du projet. Pour deux autorités contractantes, une telle extension de l'obligation serait trop chronophage. Une autre s'y oppose également du fait que les publications dans les journaux d'annonces légales sont payantes. Pour autant, elle demeure favorable à une publication sur le profil acheteur, même si elle précise que dans son secteur (le marché de défense et de sécurité) rien n'est visible. Selon un autre acheteur, le volume de données serait trop conséquent, surtout pour les modifications par ordre de service, et nécessiterait des moyens que les autorités contractantes n'ont pas d'autant que des outils efficaces d'automatisation de la collecte ou de la transmission de données n'existeraient pas ou les acheteurs n'en seraient pas dotés. D'ailleurs, une autre autorité contractante souligne qu'il serait déjà mieux pour les acheteurs de commencer par respecter leurs obligations de publication de leurs données essentielles avant de se questionner de la pertinence ou non d'une extension des obligations de publicité. En outre, une autorité contractante, bien que favorable à la proposition pour plus de transparence, admet que la mise en œuvre serait compliquée au regard du nombre d'avenants gérés annuellement. Il serait difficile dans l'immédiat d'en assurer la prise en charge. Enfin, une autre autorité contractante confie que *« pour des raisons politiques, les élus ne veulent pas forcément montrer à tout le monde qu'un marché a été mal rédigé ou qu'un chantier rencontre des difficultés »*.

Cas particulier des modifications orales non régularisées. Les entretiens avec les opérateurs économiques font également remonter des cas où, à l'instar de certaines modifications unilatérales, des modifications sont convenues oralement entre les parties, sans confirmation écrite, non plus d'avenant au moment du décompte général et définitif. Par ailleurs, il peut arriver qu'au regard de la lenteur de l'administration le signataire n'ait plus la compétence ou l'autorisation pour signer.

Inconvénient de l'avenant : les difficultés d'ordre politique. Par ailleurs, pour un des avocats et certains opérateurs économiques interrogés, les difficultés qu'ils connaissent pour les avenants ne sont pas d'ordre juridique mais politique où les instances

exécutives peuvent être plus fermées à la discussion et à la mise en œuvre d'une modification pour éviter toute répercussion politique sur la majorité en place. Ce constat est confirmé par un autre avocat du panel de l'enquête qui rappelle que la signature d'un avenant requiert la réunion de la commission d'appel d'offres et donc l'information de l'opposition politique. Toujours pour des motifs et préoccupations politiques, d'autres autorités contractantes vont jusqu'à préférer le risque perpétuel de contentieux contre un avenant plutôt que de purger le délai de recours contentieux en publiant les modifications. Cette pratique n'est pas sans conséquence puisque, selon cet avocat, les autorités contractantes font peser un risque juridique et économique important à leurs cocontractants qui ne sont pas forcément opposés à toute publication, à l'exception des modifications dans le cadre d'opérations de refinancement du projet pour les concessions.

De plus, l'influence du corps politique apparaît dans certains entretiens comme un obstacle à toute modification soit par volonté politique propre de l'acheteur public, soit par une politique administrative d'une préfecture souhaitant moins de modifications contractuelles à l'année pour les collectivités territoriales sujettes à son contrôle de légalité. En effet, comme le souligne une entreprise interviewée, alors que les discussions sont plus simples avec des techniciens ou des organismes habitués aux marchés publics, lorsque le politique intervient dans celles-ci, la situation se complexifie, ce-dernier ayant souvent une vision purement budgétaire de la gestion d'un marché, oubliant que l'objectif premier du contrat est de mener à bien le projet souhaité⁴⁰².

Or, il est parfois difficile pour un élu de justifier des modifications du prix d'un marché en cours d'exécution à l'opposition et à son électorat. D'ailleurs, une collectivité territoriale reconnaît être bien plus à l'écoute des cocontractants lorsque la modification n'est pas financière (par exemple en modifiant des conditions d'exécution) et accepter plus facilement les avenants. Seulement dès lors que la modification implique des répercussions financières sur le contrat (et donc le budget de la collectivité), la discussion devient plus difficile. A ce titre,

⁴⁰² A ce titre, les avocats sondés lors de la phase d'enquête quantitative soulignent que leurs clients éprouvent des difficultés à discuter ou négocier avec l'autre partie (10 sur 16, soit 62,5 %) et que leurs clients opérateurs économiques ne se sentent pas compris par l'autorité contractante quant aux difficultés qu'ils rencontrent (6 sur 16, soit 37,5 %), d'autant plus que la bonne gestion des deniers publics est parfois un obstacle de taille dans les discussions (4 sur 16, soit 25 %). Ces difficultés se retrouvent également du côté des opérateurs économiques. Effectivement, selon eux, outre la lenteur de la procédure, les inconvénients de l'avenant sont principalement la difficulté de discuter ou de négocier entre les parties (5 sur 13, soit 38,4 %), la recherche d'une bonne gestion des deniers publics (4 sur 13, soit 30,7 %), la difficile compréhension des difficultés des cocontractants (3 sur 13, soit 23 %) et la complexité de la procédure (3 sur 13, 23 %). La difficile compréhension des intérêts publics (2 sur 13, soit 15,3 %) et l'insécurité juridique (1 sur 13, soit 7,6 %) ne sont pas perçus, pour eux, comme des inconvénients majeurs de l'avenant.

les avocats et les opérateurs économiques sondés lors de l'enquête quantitative admettent que la principale difficulté rencontrée dans le cadre des modifications en cours d'exécution est d'ordre économique et financier⁴⁰³.

En outre, l'influence politique peut avoir d'autres conséquences sur les marchés publics ou les concessions en forçant les services opérationnels à modifier les contrats en cours d'exécution. En effet, lors d'un changement de majorité, il peut arriver que des projets soient gelés ou annulés entraînant la suspension ou la résiliation d'un contrat, ou bien modifiés dans des proportions plus ou moins importantes, par exemple pour s'inscrire dans une démarche de protection de l'environnement.

Constats relativisés par les sondages en ligne. Toutefois, les sondages en ligne relativisent l'importance des difficultés d'ordre politique. En effet, du côté des avocats sondés, celles-ci sont au troisième rang (5 sur 17, soit 29,4 %), derrière les difficultés économiques (13 sur 17, soit 76,4 %) et juridiques (12 sur 17, soit 70,5 %). Deux avocats ont souhaité apporter des précisions sur ce point. Selon le premier, le niveau général de la maîtrise d'œuvre baisserait, affectant fortement le dossier technique initial et provoquant des failles, des imprécisions et des contradictions dans les documents contractuels. Le second relève plusieurs difficultés tenant, d'une part, à la relation contractuelle avec des blocages entre les parties et des difficultés à mobiliser la maîtrise d'œuvre et les entreprises pour rechercher une solution, et, d'autre part, à des considérations politiques et juridiques pour faire accepter les modifications. Par ailleurs, du côté des opérateurs économiques, les difficultés qu'ils rencontrent sont, dans cet ordre, économiques (14 sur 17, soit 82,3 %), juridiques (8 sur 17, soit 47 %) puis politiques (5 sur 17, soit 29,4 %) ⁴⁰⁴. Les difficultés politiques sont, enfin, également au dernier rang auprès des autorités contractantes (10 sur 68, soit 14,7 %), après les difficultés d'ordre juridique (42 sur 68, soit 61,7 %), d'ordre économique (37 sur 68, soit 54,4 %) et d'ordre organisationnel (20 sur 68, soit 29,4 %) ⁴⁰⁵. D'ailleurs, s'agissant de l'aspect juridique, une autorité contractante

⁴⁰³ Une entreprise sondée confie que la problématique actuelle principale est celle de la détermination des justificatifs comptables et financiers à produire pour justifier l'augmentation des prix, ce que confirment trois autorités contractantes sondées. Une autre regrette que les maîtres d'ouvrage publics opposent systématiquement les budgets déjà votés pour rejeter les demandes de modification affectant directement ou indirectement le prix du marché.

⁴⁰⁴ Trois opérateurs économiques sondés ajoutent comme difficultés rencontrées lors des modifications l'opposabilité de la prévisibilité de l'aléa et la clause de renonciation à recours. L'un d'eux doit veiller à ce que l'administration n'impose pas des clauses de renonciation à recours pour tous les faits antérieurs à la signature de l'avenant s'il demeure des sujets non réglés. Cette pratique serait assez fréquente et le sondé indique tenter de les limiter aux seuls avenants.

⁴⁰⁵ Une des autorités contractantes souligne que les besoins de modification en cours d'exécution peuvent provenir d'une mauvaise définition des besoins. Pour une autre, la difficulté est principalement temporelle avec des délais

souligne que l'analyse des justificatifs fournis par les opérateurs économiques est également source de difficultés dans l'analyse de la pertinence et de l'étendue d'une modification, ce que confirme un autre sondé. Ce dernier explique que, dans le cadre de demande de modification d'une stipulation financière, les analyses de l'état financier du titulaire et la pertinence de la demande au regard de la réalité de la trésorerie sont délicates à faire et complexifie l'analyse juridique du dossier. De plus, deux autres autorités contractantes estiment que les principales difficultés dans la modification relèvent de la justification juridique de l'avenant, d'autant que les cas sont trop restreints et ne permettent pas une bonne négociation avec le cocontractant. Deux autres acheteurs publics confirment cette problématique, en particulier dans le contexte de l'explosion des prix et du principe d'intangibilité des prix. En ce sens, l'un des deux précise que :

« La question de l'intangibilité des prix a bloqué, pendant quelques temps, les modifications des contrats envisagées. Au début de la crise, les sociétés ne pouvaient plus fournir aux prix initialement convenus dans le contrat notamment en raison de l'augmentation du prix des matières premières et des difficultés d'approvisionnement (surtout concernant les achats de matériels informatiques). La nouvelle réglementation en vigueur et notamment l'avis du Conseil d'Etat nous a permis de prendre en compte certaines modifications des contrats en cours. Cependant, cela ne nous a pas permis de trouver des solutions pour tous les contrats. Pour certains d'entre eux nous avons procédé à des indemnisations ou des résiliations anticipées en vue d'une remise en concurrence. »

Le second acheteur ajoute qu'avec l'explosion des prix, « il était parfois compliqué de trouver l'arsenal juridique adéquat (hormis l'avenant) » et que, finalement, « après réflexion avec les différents acteurs, l'émission d'un ordre de service de prix nouveaux a semblé le plus adapté dans un premier temps ». Enfin, une autorité contractante souligne une difficulté propre aux accords-cadres où la prolongation de leur durée devient difficile car certains opérateurs économiques refusent toute prolongation d'un an aux conditions économiques du marché, et si la modification ajoute des prestations, les prix seront augmentés.

Inconvénient de l'avenant : le manque de formation des agents. Au-delà de ces difficultés politiques et juridiques, le problème du manque de formation des agents de

interne jugés trop longs. Dans le même sens, une autorité contractante souligne les difficultés organisationnelles dans les chantiers puisque les travaux doivent s'arrêter le temps que l'avenant soit signé.

certaines petites et moyennes collectivités revient régulièrement dans les entretiens comme obstacle à une modification conventionnelle⁴⁰⁶ (voir *infra*). Ceux-ci ne sont, selon un des avocats interviewés, pas à jour du nouveau régime des contrats de la commande publique et persistent à refuser de signer tout avenant donc le montant excéderait 10 % du montant initial du marché public en considérant, au sens de l'ancien régime, qu'une telle modification serait substantielle et donc illégale.

b. Types d'avenants rencontrés

Avenants rencontrés par les interviewés et les sondés. Outre les avantages et inconvénients de la modification conventionnelle vis-à-vis de la modification unilatérale, il était demandé aux enquêtés de préciser les différents types d'avenants qu'ils rencontrent dans leur pratique. S'il est évident que tous rencontrent des avenants dits classiques (c'est-à-dire les avenants modifiant le prix ou les tarifs, la durée ou les délais, les spécifications techniques, les quantités, etc., ou ajoutant des prestations supplémentaires, ou encore surmontant un aléa, etc.)⁴⁰⁷, les avenants plus spécifiques sont plus rares.

Parmi ces avenants spécifiques, certains peuvent être des avenants de régularisation (notamment pour dater des prestations⁴⁰⁸ ou le début des indemnisations), ainsi que des avenants de transfert de contrat à la suite d'une restructuration interne du titulaire initial⁴⁰⁹. Plus rare et exceptionnel, l'avenant interprétatif (dont l'objet est l'interprétation d'une stipulation contractuelle pouvant engendrer des difficultés à être exécutée) peut être mobilisé en matière de modification d'un contrat. Seuls 3 autorités contractantes et 4 entreprises du panel de l'enquête qualitative en ont fait l'expérience pour réécrire, notamment, des stipulations du CCAG ou du CCAP (par exemple, une imprécision sur la durée et les délais, ou une erreur

⁴⁰⁶ Sur ce point, l'une des entreprises interviewées confie : « *Le problème n'est pas l'avenant lui-même, mais la lourdeur pour l'agent public et le formalisme protecteur des finances publiques qui ne sont pas adaptés à la réalité des marchés de travaux. Ceux-ci subissent des modifications tous les jours. Par exemple quand on ouvre une tranchée, la réalité n'est pas forcément ce qu'on avait prévu initialement et il faut s'adapter pour mener à bien le projet. La facilité conduit parfois l'agent public à choisir une autre solution en disant que l'on facturera sur un autre poste, c'est-à-dire d'effectuer des opérations blanches emportant un risque correctionnel non-négligeable.* »

⁴⁰⁷ Un seul avocat (soit, 6,25 %), 4 autorités contractantes (soit 7,8 %) et un seul opérateur économique (soit 7,6 %) dans le sondage en ligne indiquent que ne pas rencontrer habituellement des avenants classiques.

⁴⁰⁸ A noter que ces avenants de régularisation sont illégaux.

⁴⁰⁹ Avec les résultats de l'enquête quantitative, il est possible d'observer le caractère exceptionnel des avenants de transfert, ou du moins leur faible occurrence en pratique. Seulement 4 avocats sondés sur 16 (soit 25 %) et un opérateur économique sur 13 (soit 7,6 %) en ont rencontré dans leur pratique.

mineure et formelle de la formule de révision des prix)⁴¹⁰. Si l'une des autorités contractantes l'utilise pour lier l'interprétation du juge en cas de contentieux⁴¹¹, deux entreprises ne voient pas l'intérêt de cet avenant : d'une part, selon eux, il ne s'agirait pas de l'objet d'un avenant et, d'autre part, l'interprétation et la réécriture pourraient remettre en cause la mise en concurrence initiale.

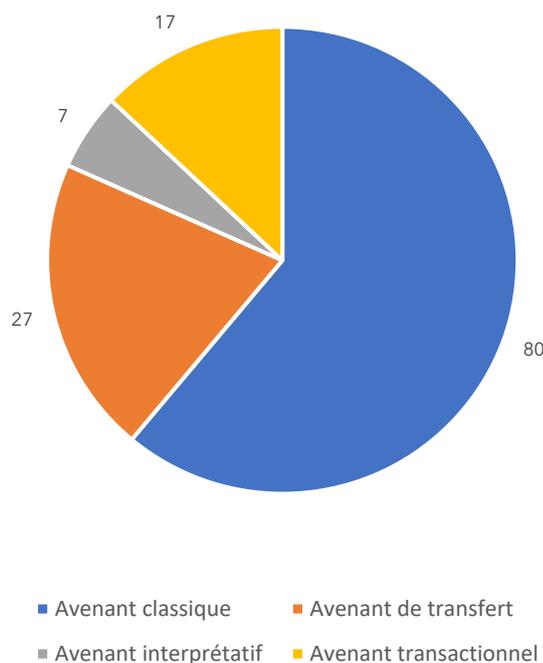


Figure 3.14 : Principaux types d'avenants rencontrés selon les sondages en ligne

Cas spécifique de l'avenant transactionnel. S'agissant des avenants transactionnels, si seulement 6 autorités contractantes, 4 opérateurs économiques⁴¹² et 3 avocats interrogés admettent avoir déjà eu à en connaître, 8 autorités contractantes, 5 entreprises et l'ensemble des avocats du panel de l'enquête qualitative expliquent privilégier les protocoles transactionnels en raison de la sécurité juridique qu'ils emportent. La tendance résultant des

⁴¹⁰ Dans le cadre de l'enquête quantitative, un avocat sur 16 (soit 6,25 %), 6 autorités contractantes sur 51 (soit 11,7 %) et un opérateur économique sur 13 (soit 7,6 %) reconnaissent avoir rencontré des avenants interprétatifs, sans plus de précision.

⁴¹¹ Surtout lorsqu'il ne peut y avoir de négociation lors de la passation d'un marché public par appel d'offres.

⁴¹² Un des opérateurs économiques précise y recourir régulièrement, tandis que les trois autres l'ont fait qu'à titre exceptionnel. L'un d'eux a d'ailleurs confié que l'avenant s'intitulait alors avenant valant décompte général et définitif pour éviter de faire figurer l'idée de transaction, même si sur le fond c'était le cas.

sondages en ligne de l'enquête quantitative est assez similaire puisque 12 avocats sondés sur 16 (soit 75 %) et 8 opérateurs économiques sur 13 (soit 61,5 %) placent l'avenant transactionnel en deuxième position des avenants les plus courants après les avenants classiques. Cependant, auprès des autorités contractantes, l'avenant de transfert serait plus habituel (27 sur 51, soit 52,9 %) que l'avenant transactionnel (17 sur 51, soit 33,3 %) ou l'avenant indemnitaire (17 sur 51, soit 33,3 %).

Faible attractivité de l'avenant transactionnel. Une entreprise et deux collectivités territoriales expliquent que l'attractivité du protocole transactionnel tient à l'absence de contrôle de la commission d'appel d'offres, même s'il y a l'exigence d'une délibération de l'assemblée délibérante⁴¹³ : cette dernière est plus simple à obtenir et légitime la position de l'autorité contractante. En outre, le contrôle de légalité assure de la sécurité juridique du processus, même si une personne publique relève le risque d'une requalification d'un protocole transactionnel en avenant transactionnel notamment en cas de concessions réciproques avec des effets sur l'avenir du contrat. De plus, des circulaires ministérielles et des services déconcentrés de l'Etat incitent à résoudre les litiges en matière de commande publique par des protocoles transactionnels. Les autorités contractantes préfèrent alors conclure un avenant pour modifier le contrat et résoudre les différends par le protocole transactionnel classique, d'autant que ce protocole a un caractère définitif du fait des dispositions des articles 2044 et suivants du Code civil⁴¹⁴. Partant, les enquêtés préfèrent segmenter les deux outils en prévoyant dans un protocole transactionnel la renonciation au recours en contrepartie d'une indemnisation et éventuellement la conclusion d'un avenant classique postérieur qui modifiera le contrat conséquemment à la transaction pour résoudre la situation qui en est à l'origine. D'ailleurs, un des avocats interviewés souligne qu'un avenant transactionnel n'est pas forcément plus rapide à conclure qu'un protocole suivi d'un avenant classique. Au contraire, c'est souvent plus long en raison des risques lors du contrôle de légalité. De plus, comme le rappelle un autre avocat, l'avenant transactionnel, puisqu'il ne sera probablement pas publié par l'autorité contractante, engendre un risque contentieux plus important du fait de l'absence

⁴¹³ L'assemblée délibérante d'une des deux collectivités territoriales a délégué à l'exécutif local le pouvoir de signer des protocoles transactionnels de faible montant.

⁴¹⁴ Un opérateur économique interrogé soulève l'ambiguïté de la notion d'avenant transactionnel : « *soit c'est un avenant, soit c'est une transaction et si on fait les deux, on devrait théoriquement respecter les deux régimes juridiques* ». Ceci fait écho à une proposition d'un avocat interviewé (non-partagée par ses confrères) de revoir le régime des transactions en prévoyant que, dans le cadre d'un différend né de l'exécution d'un marché public ou d'une concession, le protocole transactionnel doit respecter en plus des dispositions du Code civil et la jurisprudence du Conseil d'Etat, les dispositions du Code de la commande publique concernant les modifications contractuelles.

de purge du délai de recours contentieux à son encontre. C'est pourquoi le protocole transactionnel sera privilégié surtout après l'établissement du décompte général lors de l'ouverture du délai de six mois pour saisir le juge administratif après la déclaration de fin de chantier ou en phase contentieuse.

Un opérateur économique relativise ce constat général en précisant que puisque l'avenant transactionnel est limité par les dispositions du Code de la commande publique et que le protocole transactionnel doit inclure des concessions réciproques, aucun choix n'est idéal. Ainsi, il reviendrait au client de décider entre les deux options au regard des seuils pour les avenants : « *En tant qu'opérateur économique, nous n'avons pas de préférence tant que nous sommes payés, que nos intérêts sont préservés et que la sécurité juridique du processus est garantie* ». Quoiqu'il en soit, la situation demeure assez rare et exceptionnelle.

Certaines autorités contractantes ont apporté quelques précisions quant à ce choix de procéder par un avenant transactionnel ou par un protocole transactionnel. Au-delà d'exigences politiques ou des incitations des services déconcentrés de l'Etat pour certaines collectivités territoriales, la décision est motivée au cas par cas au regard de chaque situation en cause, de l'objet même de chacun de ces instruments et de leurs limites respectives. Par exemple, l'avenant transactionnel sera privilégié avant la fin de l'exécution d'un contrat, en particulier pour les marchés de travaux avant le décompte général et définitif, dès lors que l'objet principal de cet avenant est de modifier pour l'avenir le contrat initial, la transaction sur le différend passé intervenant à titre accessoire. Sinon, dans la plupart des situations, les autorités contractantes préféreront scinder en deux opérations afin d'éviter de conclure des avenants de régularisation potentiellement illégaux.

Proposition d'une clarification du régime des avenants transactionnels par un interviewé. Finalement, dans l'objectif de clarifier et sécuriser juridiquement les deux pratiques, un avocat interrogé propose de revoir le régime des transactions en prévoyant que, dans le cadre d'un différend né de l'exécution d'un marché public ou d'une concession, le protocole transactionnel doit respecter, en plus des dispositions du Code civil et la jurisprudence du Conseil d'Etat sur les transactions, les dispositions du Code de la commande publique concernant les modifications contractuelles. Cette recommandation n'est pas partagée par tous les avocats interviewés, non plus par certains opérateurs économiques et autorités contractantes pour qui les deux mécanismes, l'avenant et le protocole transactionnel, doivent demeurer distincts du fait de leurs objets respectifs.

3. Pratique des clauses de réexamen

Utilité des clauses de réexamen. A l'exception d'une autorité contractante⁴¹⁵, l'ensemble du panel de l'enquête qualitative reconnaît l'utilité des clauses de réexamen pour faciliter les modifications contractuelles⁴¹⁶, même si l'un des avocats interrogés précise que son cabinet privilégie les clauses « d'exécution » du contrat plutôt que les clauses de réexamen (voir *supra*). Deux autres avocats témoignent d'une certaine insatisfaction des clauses actuelles qui ne sont généralement que des clauses de rendez-vous ou de revoyure qui organisent de simples discussions entre les parties, sans véritablement déboucher sur une modification du contrat. De plus, rien n'empêche les parties d'enclencher une modification en l'absence de telles clauses, ce qui relativise fortement, selon eux, l'utilité des clauses de rendez-vous ou de revoyure.

Proportion des modifications par déclenchement de clauses de réexamen selon les sondés. S'agissant de l'occurrence en pratique des modifications résultant du déclenchement d'une clause de réexamen, les sondages de l'enquête quantitative révèlent une présence de plus en plus courante en cours d'exécution. Effectivement, si 7 avocats sondés sur 16 (soit 43,75 %) indiquent que leurs clients n'y recourent que rarement, 4 considèrent qu'un tel mode de modification est régulier (soit 25 %), 3 autres que celui-ci est souvent sollicité dans les contrats de leurs clients (soit 18,75 %) et les 2 derniers que les clauses contractuelles sont très fréquemment utilisées pour modifier les contrats (soit 12,5 %). Lorsque leurs clients déclenchent de telles clauses, il s'agit principalement de clauses de révision des prix ou des tarifs pour 6 d'entre eux (soit 37,5 %) et de clauses de revoyure ou de rendez-vous pour 5 autres (soit 31,25 %). Deux avocats sondés ajoutent l'application d'autres clauses (soit 12,5 %), en particuliers les stipulations contractuelles du CCAG.

⁴¹⁵ Même s'il y recourt parfois, l'enquêté n'est pas forcément convaincu par l'utilité des clauses de réexamen tant il est difficile de tout prévoir et d'avoir des clauses claires et non-équivoques. Il ajoute : « *Dans mon secteur je vois poindre les tentations des contrats à l'anglosaxonne avec des clauses qui pourraient prévoir toutes les circonstances imprévues. J'ai une très nette préférence pour les contrats incomplets du droit administratif français avec des solutions plus générales et plus intelligentes que celles prévues par le contrat initialement.* »

⁴¹⁶ Ce constat se retrouve dans les résultats de l'enquête quantitative. En effet, 6 avocats sondés sur 17 (soit 35,2 %) considèrent que le déclenchement de clauses contractuelles est un outil privilégié par leurs clients en vue de la modification de leurs contrats. De plus, à la quasi-unanimité (12 sur 13, soit 92,3 %), les avocats sondés estiment qu'il faudrait d'avantage promouvoir l'utilisation des clauses de réexamen ou de révision dans les contrats publics, à condition pour l'un d'eux, qu'elles soient bien rédigées. De leur côté, 32 autorités contractantes sur 68 (soit 47 %) et 6 opérateurs économiques sondés sur 17 (soit 35,2 %) privilégient le déclenchement des clauses contractuelles pour modifier un contrat en cours d'exécution. L'un des opérateurs économiques précise que les clauses de revoyure sont toutefois encore rarement appliquées en pratique.

Les résultats des réponses des autorités contractantes et des opérateurs économiques convergent en ce sens puisque, si 17 autorités contractantes (soit 37,7 %) et 6 entreprises (soit 35,2 %) confient recourir rarement à des clauses contractuelles pour modifier un contrat, 7 autorités contractantes (soit 15,5 %) et 3 opérateurs économiques (soit 17,6 %) admettent y recourir assez régulièrement, 9 autorités contractantes souvent (soit 20 %), ainsi que 12 autorités contractantes (soit 26,6 %) et 3 autres opérateurs économiques (soit 17,64 %) très fréquemment. Dès lors, il s'agit prioritairement du déclenchement des clauses de révision des prix ou des tarifs (pour les autorités contractantes : 23 sur 28, soit 82,1 % ; pour les opérateurs économiques : 6 sur 6, soit 100 %), puis des clauses de revoyure ou de rendez-vous (pour les autorités contractantes : 11 sur 28, soit 39,2 % ; pour les opérateurs économiques : 4 sur 6, soit 66,6 %) ou d'autres clauses de réexamen (uniquement les opérateurs économiques : 18 sur 28, soit 64,2 %).

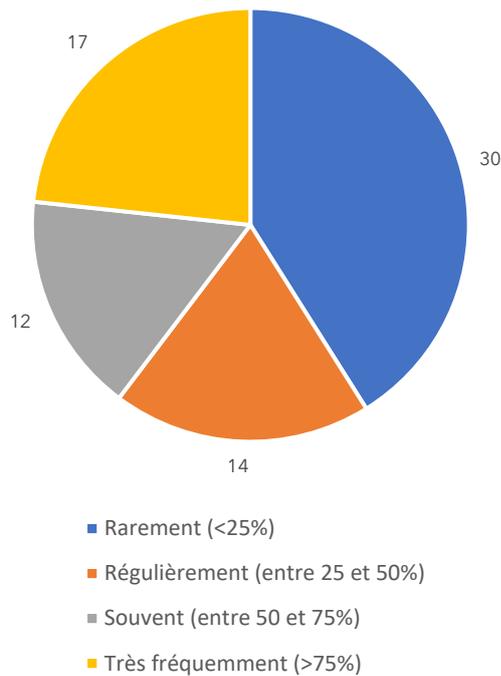


Figure 3.15 : Proportion des modifications par déclenchement de clauses contractuelles selon les sondages en ligne

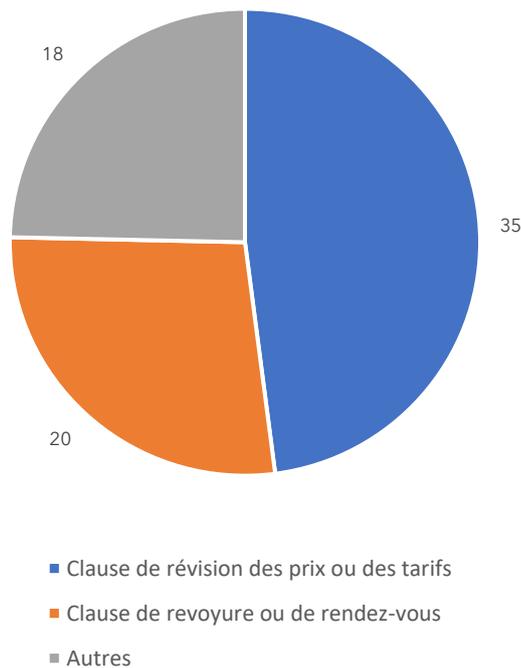


Figure 3.16 : Occurrence des clauses contractuelles de modification rencontrées selon les sondages en ligne

Approbation des clauses de réexamen par les interviewés. Les opérateurs économiques interrogés dans le cadre de l'enquête qualitative sont unanimement favorables aux clauses de réexamen, même si la majorité d'entre eux relève ses limites dans la pratique actuelle notamment en ne prévoyant que des discussions à la discrétion de l'autorité contractante⁴¹⁷ (à l'exception des clauses de révision des prix). D'ailleurs, selon un avocat interviewé, les clauses de réexamen se systématisent dans les marchés de construction ou de réhabilitation pour anticiper les modifications résultant de travaux de désamiantage qui sont difficilement évaluables en amont de l'exécution du contrat. D'autres aléas dans le domaine des travaux et de la construction sont concernés, en particulier pour des modifications résultant d'imprévus relatifs à la composition d'un sol.

⁴¹⁷ Une entreprise interviewée souligne que pour des marchés importants dans le secteur de l'énergie, des clauses de revoiture sont prévues pour discuter (sous condition que la situation prévue entraîne des dépenses supérieure à un seuil de 8 % du montant initial du contrat) d'une demande de réexamen calendaire ou technique du marché qui poserait une difficulté principale. Toutefois, ceci est à la discrétion de l'autorité contractante qui, si elle n'a pas l'intention de modifier, va ralentir le processus qui n'est nullement encadré temporellement. Plus encore, elle n'est pas contrainte de prendre une quelconque décision.

Mais toutes les clauses de réexamen n'emportent pas la conviction des entreprises du secteur de la construction et du BTP. En effet, si le nouveau CCAG-Travaux prévoit des clauses de revoyure⁴¹⁸, une entreprise interviewée demeure plus réservée sur son intérêt du fait que l'autorité contractante conserve le dernier mot en pratique et que, si les parties ne parviennent pas à un accord, elle peut unilatéralement prendre une décision sur l'avenir du contrat.

Forte demande par les opérateurs économiques. De manière générale, les opérateurs économiques interviewés semblent regretter de ne pas voir les autorités contractantes se saisir de cet instrument offert par les clauses de réexamen, à l'exception des grands donneurs d'ordres, d'autant que son intérêt réside dans l'absence de limite de montant pour la modification, à condition que la clause de réexamen soit claire et non-équivoque⁴¹⁹. Une des entreprises interrogée illustre ce propos avec un exemple, certes caricatural mais éclairant. Dans le cadre d'un projet de construction d'un million d'euros avec un maître d'œuvre titulaire qui propose une rémunération à 10 %, celui-ci s'aperçoit lors des études de faisabilité que le projet coûtera plus de deux millions d'euros. Grâce à la clause de réexamen, la modification peut être réalisée sans qu'une remise en concurrence ne soit nécessaire. Sans une telle clause, le contrat aurait dû être résilié et faire l'objet d'une nouvelle procédure de passation.

Tendance favorable aux clauses de réexamen. Les entretiens témoignent pourtant d'une tendance favorable aux clauses de réexamen dans les contrats des personnes publiques, notamment des collectivités territoriales qui confient en rédiger de plus en plus, ne se contentant pas de simples clauses de revoyure ou de rendez-vous, au point que certains craignent qu'une boîte de pandore ne se soit ouverte. Ces clauses sont perçues comme essentielles à l'exécution des marchés, notamment pour faire évoluer des produits ou des services, pour bénéficier de nouvelles technologies, pour transférer des contrats, pour prendre en compte la parité monétaire euro-dollar américain, ou encore pour faire face à certaines circonstances imprévues. En somme, la clause de réexamen est appréhendée comme un levier stratégique dans l'exécution du contrat afin de le modifier ou de l'adapter à des situations

⁴¹⁸ A ce propos, l'une des structures interrogées regrette l'absence des termes de raisonnable et de diligence dans la rédaction de l'article 54 du CCAG-Travaux, en pratique, et estime que ces exigences seront vraisemblablement attendues.

⁴¹⁹ Pour un service juridique d'entreprise interrogé, cette hypothèse de modification n'entraîne pas véritablement une modification du contrat. Lorsque la situation prévue dans la clause de réexamen survient, les parties ne feraient, finalement, qu'appliquer le contrat. Cette position est à relativiser car la clause de réexamen prévoit essentiellement des discussions en vue d'une modification et non une modification dans un sens précis, à l'inverse des clauses de révision des prix. Pour autant, la remarque de ce participant est intéressante puisqu'elle permet de questionner le degré de précision d'une clause de réexamen, surtout lorsqu'elle ne se contente pas en une clause de revoyure ou de rendez-vous. Ceci fait écho aux propos d'un avocat qui, dans le cadre de l'enquête qualitative, privilégiait les actes d'exécution et non les modifications pour adapter le contrat initial.

prédéterminées. En outre, l'avantage de la clause de réexamen tient à sa transparence et à sa légèreté administrative. Elle évite de réunir la commission d'appel d'offres ou une assemblée délibérante et peut même, chez certaines autorités contractantes, justifier des modifications unilatérales par simple ordre de service. Elle facilite également le travail des opérationnels et des services juridiques puisqu'elle éviterait, selon une collectivité territoriale, certains écueils d'analyse comme le choix du cas de modification prévu à l'article L. 2194-1 du Code de la commande publique ou la détermination de la qualification de charge contractuelle ou extracontractuelle. Le délai de traitement est également accéléré, notamment pour les clauses de révisions des prix. Une personne publique interrogée indique avoir procédé à plus de soixante modifications en quelques mois rien qu'avec les clauses de révision des prix. Cela n'est pas sans effet sur les relations contractuelles avec les opérateurs économiques qui se réjouissent de cette réactivité qui faisait, jusqu'alors, défaut à la commande publique.

Difficulté principale des clauses de réexamen : leurs caractères clair et non-équivoque. Encore faut-il que la rédaction des clauses de réexamen convienne. Or, la principale difficulté rencontrée par les autorités contractantes⁴²⁰ et les avocats interviewés est celle de la rédaction des clauses de réexamen (par exemple, pour les clauses de révision des prix, il est souvent délicat de trouver la formule appropriée avec les indices adéquats, d'autant que la formule dépend de chaque projet). Ce constat est confirmé par les résultats des sondages en ligne avec 8 avocats (sur 13 ayant répondu à la question, soit 61,5 %), 29 autorités contractantes (sur 44 ayant répondu à la question, soit 65,9 %) et 6 opérateurs économiques (sur 12 ayant répondu à la question, soit 50 %) qui avouent éprouver des difficultés à déterminer les caractères clairs et non-équivoques de telles clauses. Plusieurs interviewés de l'enquête qualitative admettent que les clauses ne remplissent pas systématiquement les conditions de clarté et de non-équivocité exigées par le Code de la commande publique et les directives. Les clauses de revoyure du nouveau CCAG travaux sont d'ailleurs peu convaincantes pour un des avocats interrogés qui n'y voit que de simples thèmes de clauses à préciser et améliorer, sans pour autant qu'il n'apporte de piste d'amélioration. D'ailleurs, tant pour les clauses de réexamen du CCAG que pour celles qu'elles auraient rédigées, un avocat interviewé confie que les autorités contractantes éprouvent souvent des difficultés à les employer en matière de travaux et de construction. Un autre avocat du panel de l'enquête confirme cette confiance et ajoute que même pour lui, eu égard à la mauvaise rédaction des clauses (peu claires et

⁴²⁰ Trois autorités contractantes confient ne pas être certaines que leurs clauses de réexamen soient claires et non-équivoques.

équivoques) par les autorités contractantes, il lui est difficile de les mettre en œuvre. Elles sont alors inutiles et leur déclenchement occasionnerait un risque d'illégalité important sur la modification qui en résulterait. Il assure tout de même qu'il en est autrement des clauses de réexamen rédigées par les avocats étant donné qu'ils prennent plus de temps pour les rédiger en s'attachant principalement à la clarté et la non-équivocité des causes de déclenchement (exemple : la hausse du prix d'une matière première ou d'un matériau de X % permet d'enclencher la procédure de réexamen sur simple alerte du titulaire), moins sur les conséquences qui sont plus délicates à définir en amont de la signature tant chaque modification est portée par des objectifs différents (exemple pour les clauses de révision des prix : la solution de modifier une clause de révision des prix ou sa périodicité ou encore son indice sont tant de leviers possibles qu'il ne saurait y avoir une solution adéquate initialement prévue par la clause)⁴²¹.

Précisions apportées par les sondages en ligne. D'ailleurs, dans le cadre de l'enquête quantitative, 3 avocats sondés ont précisé les éléments qu'une clause de réexamen devrait, selon eux, comporter pour répondre aux exigences du Code de la commande publique : l'énumération des cas de déclenchement clairs et précis, dont la nature des aléas concernés (pour les 3 avocats) ; la détermination des modalités pratiques selon lesquelles le réexamen sera opéré (pour 2 de ces avocats⁴²²) ; la détermination de la fourchette de prix à négocier au moment de l'activation de la clause de réexamen (pour un des trois avocats) ; la précision de la périodicité et de la durée d'application de la clause (pour un des trois avocats).

De même, pour 9 autorités contractantes sondées, la clause doit être clairement définie en terme technique et en terme d'impact financier. Il ne suffit pas de définir qu'une prestation sera ajoutée en cours de marché, mais d'en préciser la consistance et de l'intégrer dans l'estimation financière avant le lancement de la procédure. Ainsi, la clause devrait préciser le montant ou la limite de montant, si ce n'est chiffré, au moins chiffrable, et les spécificités techniques. En outre, pour ces 9 autorités contractantes, la clause doit comporter les conditions de déclenchement, de mise en œuvre, ainsi que les hypothèses ou aléas justifiant le recours à ladite clause. Le champ d'application doit, d'ailleurs, être de limitation stricte. Ainsi, pour l'une d'elles, la clause de réexamen se conçoit comme une équation mathématique : « *si le cas X*

⁴²¹ Une collectivité territoriale explique procéder de manière similaire. Elle ajoute toutefois systématiquement dans les clauses de réexamen que le déclenchement de la clause dépend de la survenance d'un événement imprévisible avant la signature du contrat et que le bénéfice de la clause est à la libre appréciation de l'autorité contractante (elle n'est pas de droit).

⁴²² L'un des deux détaille certaines modalités dont un préavis suffisant pour la mise en œuvre par l'une ou l'autre des parties ou encore la définition claire de la portée de la modification possible.

survient alors la clause permettra de déclencher Y et Z (prestation, allongement de durée, etc.) ». Plus encore, pour une autre autorité contractante, la clause doit indiquer un périmètre, un cadre, une durée, une quantité, une fréquence, un montant ou un pourcentage d'augmentation et éventuellement un calendrier de déclenchement. En cas de risque de déclenchement, il faudrait préciser que les éventuelles modifications doivent être comprises dans le montant maximum du marché public⁴²³. Enfin, une autorité contractante ajoute que la clause de réexamen doit préciser le support juridique comme un avenant ou une décision unilatérale.

Avertissement sur la légalité des clauses de réexamen. En outre, une autorité contractante relève que toute clause de réexamen n'assure pas la sécurité juridique de la modification en résultant. Effectivement, il conviendrait de distinguer deux cas :

« Le premier cas est celui de la clause de réexamen au titre du Code de la commande publique : il faut que le fait générateur et les conséquences soient déterminés et déterminables. Tel est le cas d'une clause de révision des prix ou d'une clause « tranche optionnelle ». Lors de la procédure de passation, il y a eu une transparence sur les potentielles modifications à venir et tous les candidats ont en été informés. La rupture d'égalité n'est pas caractérisée.

Le second cas, lui, pose problème. C'est celui des clauses de rendez-vous ou de revoyure qui se limitent à des simples discussions sur l'évolution du contrat sans définir clairement les contours de la modification. Or, de tels cas ne peuvent pas répondre aux exigences du Code de la commande publique. On ne pourra pas se retrancher derrière le bénéfice des clauses de réexamen. On devra entrer dans l'une des hypothèses classiques de modification. Et donc, on se retrouve soumis aux autres obligations, dont la limitation du montant par exemple. La clause de réexamen perd tout son intérêt. »

C'est pourquoi, il est important, selon cet interviewé, en attendant qu'une ingénierie juridique se développe en la matière, de demeurer prudent en pratique.

Proposition d'une systématisation des clauses de réexamen par les interviewés. Malgré le manque de clarté dans les rédactions actuelles, 6 autorités contractantes et 4 opérateurs économiques du panel de l'enquête qualitative se disent favorables

⁴²³ Ce qui à notre sens réduirait fortement l'intérêt de la clause de réexamen puisqu'une modification résultant de son application n'est pas encadrée par un quelconque seuil financier.

à ce que les clauses de réexamen deviennent, si ce n'est obligatoires, au moins systématiques pour les projets d'une certaine ampleur⁴²⁴, au même titre que les clauses de révision des prix le sont pour les chantiers de longue durée. L'exemple des marchés publics informatiques est assez précieux sur ce point, puisque, selon l'entreprise du secteur interrogée, il y a une nécessité sur des marchés de trois à cinq ans (en période ferme avec une reconduction éventuelle) d'adapter les fournitures ou les services aux technologies à venir par des clauses de réexamen donnant lieu à des avenants ou des modifications automatiques (à l'instar des clauses de révision des prix), tant les innovations technologiques sont nombreuses en terme de matériel (*hardware*) que de logiciel (*software*)⁴²⁵. En effet, la clause de réexamen est systématiquement insérée dans ces contrats, lorsque la procédure de passation est négociée, dans trois circonstances concrètes. La première concerne les fournitures où la clause de réexamen va offrir une évolutivité du catalogue et des équipements pour lutter contre l'obsolescence technologique, d'autant que les supports ont une durée réduite, en permettant la modification du BPU ainsi que de nouveaux services et de nouvelles prestations. Sur ce point, les centrales d'achat public proposent des clauses pragmatiques et adaptées au secteur. La deuxième circonstance concerne les services. La clause de réexamen va permettre l'anticipation de l'évolution de services technologiques qui seront arrêtés en cours d'exécution du marché et auquel il faudra lui substituer un nouveau service à iso-terme, iso-prix et iso-service. Enfin, pour faire face à la fluctuation de la parité euro-dollar américain, les titulaires des marchés doivent avoir des garanties de change puisqu'ils achètent l'équipement informatique en dollar américain. La clause de réexamen va alors, dans cette circonstance, prévoir l'évolution du prix en fonction du taux défavorable de la parité euro-dollar américain. Là encore, les centrales d'achat ont, dans leurs contrats, des clauses de réexamen pertinentes en ce sens.

Proposition d'une discussion des clauses de réexamen lors de la passation d'un marché ou d'un contrat de concession par des interviewés. Pour autant, les opérateurs économiques demeurent conciliants vis-à-vis des autorités contractantes. Les clauses de réexamen sont un mécanisme récent nécessitant un apprentissage par la pratique. Deux pistes sont évoquées par les entreprises interrogées pour accompagner les acheteurs

⁴²⁴ Une entreprise interrogée souligne que l'obligation de prévoir des clauses de réexamen permettrait de rééquilibrer les forces en présence dans le contrat, notamment pour certaines concessions où la négociation semble, selon elle, figée quand il s'agit d'intégrer des clauses de revoyure dans les contrats.

⁴²⁵ Pour l'interviewé : « *Les clauses de réexamen ont complètement changé la vie : anticiper les évolutions futures est primordial dans les marchés publics informatiques où il y a beaucoup de marchés négociés, de dialogues compétitifs en raison de la complexité du contrat dans la téléphonie et l'informatique. La possibilité de négocier les clauses de réexamen de manière fléchée a complètement changé la donne.* »

publics et les autorités concédantes dans la conception des clauses de réexamen. La première consisterait à ouvrir, comme le font déjà certaines autorités contractantes, à la discussion les parties administratives des marchés et des concessions à condition d'apporter la démonstration que le soumissionnaire améliore une prise en charge d'un risque et apporte une plus-value favorable à l'offre par la modification proposée⁴²⁶. Ceci serait utile, notamment pour les clauses de révision des prix afin de choisir des index pertinents⁴²⁷ (et mettre aussi en concurrence les offres en fonction de ces différents index⁴²⁸), pour réduire la charge de l'aléa sur le prix initial du marché et bénéficier de l'expertise des entreprises dans leur domaine⁴²⁹. Un opérateur économique du panel de l'enquête insiste sur ce point en constatant que, selon lui :

« Les acheteurs publics n'ont pas forcément conscience des répercussions financières et techniques sur les offres qui leur sont soumises au regard de la lecture de leurs cahiers des charges par les soumissionnaires. En réalité, le contenu de ces clauses a une répercussion immédiate sur l'offre d'une entreprise. »

Des avocats confirment cette nécessité. Au regard de la difficulté pour les autorités contractantes de rédiger des clauses de réexamen ou de révision des prix appropriées au projet souhaité, un avocat interrogé conscient que les opérateurs économiques ont un précieux savoir-faire en la matière en raison des *feedbacks* qu'ils ont par leur expérience tant dans les contrats privés que dans d'autres contrats publics, incite ses clients pouvoirs adjudicateurs à prévoir dans le règlement de consultation lors de la passation la possibilité pour les candidats de

⁴²⁶ Dans le cadre du sondage en ligne, l'un des opérateurs économiques sondés insiste sur l'utilité de partager les expériences entre les entreprises et les acheteurs publics. Il souligne que les marchés privés ont pris de l'avance sur le terrain des clauses de réexamen et de révision des prix. Le secteur privé a déjà intégré de façon habituelle, sans doute grâce à l'article 1195 du Code civil, ces pratiques. Un autre opérateur économique affirme, pour appuyer ce besoin de coopération dans la rédaction de telles clauses, que plus il y aura de partage entre les acheteurs publics, plus le niveau général augmentera au profit de leurs contrats en faveur d'une bonne utilisation des deniers publics. Cependant, selon deux autorités contractantes sondées témoignent que les soumissionnaires ne proposeraient pas de formules de révision des prix plus pertinentes. L'un d'elles explique essayer d'obtenir des clauses de réexamen basique lors des premiers tours de négociation avec les soumissionnaires puis ils avisent en fonction des demandes des entreprises. Une autre autorité contractante admet recourir désormais aux services d'un cabinet extérieur pour la rédaction de ces clauses afin d'être sûre de la pertinence de la formule de révision des prix et de son adéquation avec le projet.

⁴²⁷ A ce titre, quatre opérateurs économiques ayant participé à l'enquête quantitative soulignent l'inadéquation des index des clauses de révision des prix au marché au point que, selon l'un d'entre eux, les mêmes index sont utilisés pour des prestations très différentes et, pour un autre, que les révisions ne couvrent généralement pas l'intégralité de l'évolution d'un ingrédient du prix. Ce constat n'est pas partagé par la majorité des autorités contractantes : 35 sur 42 considèrent leurs clauses de révision des prix ou des tarifs adaptées à leurs contrats (soit 83,3 %). Quatre autorités contractantes sondées admettent toutefois une inadéquation entre l'objet du marché et les index de la formule de révision des prix.

⁴²⁸ Il est également possible d'ajouter qu'un titulaire qui aurait proposé lui-même l'index de la formule de révision des prix pourrait difficilement la remettre en question ultérieurement dans le cadre d'une demande de modification de cette formule.

⁴²⁹ A ce propos, dans le cadre des sondages en ligne, deux avocats sondés constatent que les clauses de révision des prix ne sont pas toujours adaptées et qu'elles sont souvent des clauses standardisées.

proposer des clauses de révision des prix. L'autorité contractante limite alors en nombre et thématique les propositions, et se réserve le droit de les retenir ou non au regard des justifications apportées par l'opérateur économique. Cette pratique serait à généraliser, selon lui, afin de réduire le coût des marchés publics. En effet, les opérateurs économiques répercutent systématiquement dans leurs prix les aléas qu'ils pourraient rencontrer lors de l'exécution du contrat, surtout en l'absence de clause de révision des prix ou en présence d'une telle clause inadaptée. Il est donc important de réfléchir en amont à une clause de révision des prix adaptées pour éviter cette répercussion dans l'offre de base.

Proposition d'une publication de clausier type ou de modèle de clause de réexamen par des interviewés. La seconde piste de réflexion proposée par trois autres opérateurs économiques de l'enquête qualitative consiste à proposer la publication d'un clausier type, comme il y en eut pour les marchés de partenariat, par la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances (à condition d'inviter les membres de fédérations d'entreprises à participer aux discussions sur ce point, à la manière de la rédaction du nouveau CCAG-Travaux de 2021) pour éviter l'impression de certaines entreprises interviewées que chaque acheteur rédigerait des clauses à sa manière, sans discussion ou ingénierie juridique globale.

Confirmation de l'intérêt de modèles ou clausiers types dans les sondages en ligne. Cette proposition est partagée par une majorité des sondés ayant répondu à l'enquête quantitative. Du côté des avocats, 11 sur 15 sont favorables à la publication de clauses-types ou de modèles de clauses de réexamen, de révision ou de revoyure (soit 73,3 %). Un avocat n'étant pas favorable à des clauses types de réexamen explique que, puisque chaque situation est différente, le risque est d'avoir des clauses inadaptées insérées par copier-coller dans les contrats, ce qui n'en ferait pas des clauses adaptées à ceux-ci et les rendraient inutiles. Un autre avocat favorable, lui, aux clauses types de réexamen relève l'utilité des modèles de CCAG et que par conséquent des clauses types de réexamen pourraient être intéressantes. Toutefois, un de ses confrères également favorable, insiste sur la nécessité de recommander une adaptation à chaque cas d'espèce. Les clausiers types doivent donc être accompagnés par une recommandation d'adaptation qui doit être ferme et claire. En outre, il faudrait que ce soit des exemples de clauses de réexamen dont la rédaction répond aux exigences du Code de la commande publique, mais également une liste d'indices pertinents par segment d'achat.

Pour les opérateurs économiques, à l'unanimité (soit 100 %), l'utilisation des clauses de réexamen et des clauses de révision des prix devraient faire l'objet davantage de promotion et devrait, selon l'un d'entre eux, être généralisées à tous les contrats de la commande publique. Ainsi, tous sont favorables à la publication de clauses-types ou de modèles de clauses de réexamen, de révision, ou de revoyure.

Cette proposition est partagée par 42 autorités contractantes (sur 45 ayant répondu à la question, soit 93,3 %). Pour autant, une autorité contractante précise n'y être favorable que pour les clauses de révision des prix ou des tarifs. Ces dernières, pour elle, devraient être mieux conçues, surtout les formules de révision, pour pouvoir tenir dans la durée. Sur ce point, une autre autorité contractante regrette que la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances n'ait pas saisi l'occasion de la modification des CCAG en 2021 pour instaurer un mécanisme de révision des prix par défaut dans le CCAG-Travaux, à l'instar du CCAG-Maîtrise d'œuvre. Un acheteur public, quant à lui, reconnaît l'utilité des clauses de réexamen et la nécessité d'en intégrer plus : « *En effet, nous nous apercevons que des modifications étaient prévisibles et auraient pu être anticipées. Toutefois, les délais pour le lancement des consultations étant souvent courts, ceci n'est pas idéal pour anticiper l'exécution du marché* ». Toutefois, quatre autorités contractantes estiment qu'il est difficile d'anticiper chaque situation et de rédiger les clauses de réexamen au moment de la rédaction du marché. L'une d'elles relève d'ailleurs que le Code de la commande publique et la jurisprudence proposent assez d'outils pour modifier les contrats. Les clauses de réexamen ne servent alors que de levier de négociation avec les cocontractants. Pour une autre, il demeure que la limite aux clauses de réexamen et de révision est la capacité pour le cocontractant à réaliser les prestations en cas de modification. Or, trop de risques dans le contrat peut engendrer des aléas en terme de prix et donc une augmentation du prix de l'offre, selon elle. Enfin, une dernière autorité contractante alerte sur la tendance des cocontractants à vouloir élargir le champ d'application des clauses de réexamen à toute difficulté d'exécution. Pour elle, la clause de réexamen ne doit alors prévoir que des contextes atypiques comme une pandémie ou une pénurie de matériaux.

Pour autant, 3 autorités contractantes sur 47 sont défavorables à la publication de clauses-types ou de modèles de clauses de réexamen ou de révision (soit 6,3 %). S'il est toujours appréciable d'avoir des modèles, selon deux d'entre elles, il faut qu'elles demeurent adaptées à l'objet du marché. C'est pourquoi, selon la dernière autorité contractante, des modèles de clauses

de réexamen risquerait d'être utilisés sans adaptation à l'objet du marché et à ses modalités d'exécution.

Point spécifique sur l'inadéquation des clauses de révision des prix. Or, les autorités contractantes de l'enquête qualitative semblent conscientes de la relative pertinence de certaines de leurs clauses de réexamen, en particulier pour les clauses de révision des prix. Quatre autorités contractantes avouent avoir un « déficit d'expertise » en la matière. Dès lors, leurs clauses de révision des prix ne sont pas, dans la grande majorité des cas, adaptées aux contrats en cause. Une collectivité territoriale explique que :

« Les indices sont utilisés par automatisme et mimétisme au regard d'anciens marchés. On les fait peu évoluer. Mais aujourd'hui, avec l'inflation, certains indices qui semblaient très peu dynamiques par le passé entraînent des hausses de prix importantes. On prend conscience de notre retard en la matière et apprenons de nos erreurs afin d'améliorer les formules de révision des prix des futurs contrats. Le processus est lent, certes, mais la tendance est à l'amélioration. »

Pour illustrer son propos, elle partage l'expérience d'un marché public de transport urbain qui, en raison d'une formule de révision mal conçue et inadaptée, a vu son prix augmenter de quatre millions d'euros en un an par application de la clause de révision du prix, alors même que le titulaire du marché n'avait aucune charge supplémentaire. D'où l'importance, conclut-elle, de bien analyser et concevoir la formule de révision des prix et de prévoir dans le contrat des clauses butoirs. Encore faut-il, pour les clauses butoirs, ne pas être dans un secteur avec une faible concurrence car celles-ci auraient tendance à les éloigner. A ce propos, une autorité contractante précise, dans le cadre du sondage en ligne, que ne mettre des clauses butoir que lorsque l'indice INSEE sont trop fluctuants⁴³⁰.

Par ailleurs, avec le contexte actuel, une autre collectivité territoriale a pris acte de la nécessité à la fois d'une réactivité sur le prix des marchés ou des concessions et de la préservation des deniers publics. Ainsi, elle prévoit dans ses avenants modifiant les clauses de révision des prix, des clauses de limitation des révisions des prix : l'augmentation des prix par

⁴³⁰ Un acheteur public sondé confie que les clauses de révision des prix n'étaient jusqu'alors pas beaucoup étudiées, perçues comme des clauses basiques sur lesquelles ses services ne s'attardaient pas sauf pour éviter des difficultés d'interprétation pour la trésorerie ou pour s'assurer de la légalité de la clause. Toutefois, il précise que la situation actuelle l'a amené à les examiner en profondeur et à observer qu'elles n'étaient pas adaptées en terme de temporalité et de rédaction (les index n'étant pas pertinents). Ceci lui a fait prendre conscience qu'il s'agissait de clauses attractives pour les entreprises puisque dans un contexte de fluctuation financière, elles rassurent les soumissionnaires.

application de la clause de révision des prix est bornée dans le temps (trimestriellement, semestriellement ou annuellement). Si la période de révision ne compense pas le surcoût, un avenant est de nouveau conclu pour une durée limitée.

4. Pratique de la substitution de cocontractant

Constat majoritaire d'une rareté de la cession de contrat. A partir des entretiens et des sondages, il est possible de constater la rareté de la substitution de cocontractant en cours d'exécution d'un contrat de la commande publique. Même si, dans le cadre de l'enquête qualitative, un avocat conseille souvent ses clients sur cette question et que quatre autorités contractantes interrogés en rencontre régulièrement, deux avocats et une autorité contractante n'en ont jamais connu dans leur pratique, et quatre avocats ne les voient que de manière marginale et accessoire. En outre, les entretiens menés avec les autorités contractantes et les opérateurs économiques ne témoignent d'aucune difficulté particulière pour eux, sachant que la majorité d'entre eux ne se sont pas prononcés sur la question et qu'une majorité des autres interviewés s'est contentée de signaler que la situation était exceptionnelle dans leur pratique. Selon la majorité des avocats ayant répondu au sondage de l'enquête quantitative (13 sur 16, soit 81,25 %), leurs clients sont rarement confrontés à la problématique de la substitution d'un cocontractant en cours d'exécution d'un de leurs contrats publics. Seul un avocat considère qu'ils n'y sont jamais confrontés et 2 qu'ils le sont régulièrement⁴³¹.

Retours pratiques des interviewés et des sondés. Principalement quatre autorités contractantes du panel de l'enquête qualitative connaissent régulièrement des substitutions de cocontractant de l'article R. 2194-6 du Code de la commande publique sur le fondement tant des clauses de réexamen que du régime légal pour restructuration interne du titulaire initial. L'une d'elle témoigne :

« On utilise assez régulièrement l'article R. 2194-6 du Code de la commande publique. On prévoit souvent une clause de réexamen spécifique pour les groupements où on explique ce qu'il se passe en cas de défaillance de l'un des membres, comme par exemple une restructuration ou une procédure collective permettant alors son remplacement ou la reprise de la partie d'exécution par un

⁴³¹ Un seul avocat indique que la substitution provient généralement de l'application d'une clause de réexamen et selon deux avocats, elle provient d'une restructuration du titulaire du marché.

autre membre ou un sous-traitant. On utilise également l'hypothèse de la restructuration lors de l'exécution, mais généralement la question se pose surtout lors de la passation. Par ailleurs, la question reprend de son intérêt avec les sanctions internationales contre la Russie dans le cadre de la guerre en Ukraine. »

S'il ressort des enquêtes que la notion de restructuration interne du titulaire initial ne pose majoritairement aucune difficulté pour les autorités contractantes⁴³², il demeure pour certaines de ces autorités que la problématique engendrée par la substitution de cocontractant est principalement celle de la réactivité du mécanisme pour éviter de porter atteinte à l'exécution du contrat. Or, comme le relève une autorité contractante lors d'un entretien, il faut attendre la réponse de l'administrateur judiciaire, dans le cadre d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire et il est arrivé que l'administrateur résilie le contrat, la conséquence étant alors de procéder à une nouvelle mise en concurrence avec, dans le contexte actuel, des prix plus élevés.

Substitution par déclenchement de clause de réexamen. Parmi les 5 avocats du panel de l'enquête rencontrant rarement ou régulièrement des cas de substitution de cocontractant, un seul indique avoir des doutes quant à la clarté et la non-équivoque des clauses de transfert dans les contrats de concession de ses clients. La direction des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances devrait, selon lui, se saisir de la question afin d'assurer la sécurité juridique de ce mécanisme. Mais, pour la majorité d'entre eux, la difficulté tient principalement dans la définition de la notion de restructuration du titulaire initial en raison de l'hermétisme apparent du Code de la commande publique au droit des sociétés. Ces avocats se questionnent notamment sur la possibilité d'appliquer le régime légal de substitution de cocontractant lors d'un changement de contrôle majoritaire du titulaire du marché, une problématique récurrente dans les cabinets d'affaires. Il en est de même des investissements nouveaux.

Substitution pour restructuration du cocontractant initial. Toutefois, comme 7 avocats sur 12 dans le cadre de l'enquête quantitative (soit 58,3 %)⁴³³, 2 de ces 5 avocats interrogés ne rencontrent pas cette difficulté, dont un qui est régulièrement confronté à la

⁴³² Sur 41 autorités contractantes ayant répondu, dans le sondage en ligne, à la question de la clarté de la notion de restructuration interne du titulaire initiale, 24 ont répondu favorablement (soit 58,5 %). Durant les entretiens, aucun enquêté n'a insisté sur d'éventuelles imprécisions de cette notion.

⁴³³ Deux avocats ont apporté des précisions quant à la clarté de la notion de restructuration du titulaire initial. Un avocat pour qui la notion est suffisamment précise ajoute que cela laisse place à une certaine appréciation (sous-entendue bénéfique). L'autre avocat souligne que sans accompagnement juridique par un maître d'œuvre, cette notion peut s'avérer complexe à appréhender.

situation de rachats d'entreprises. Pour celui-ci, la notion de restructuration est assez claire et le problème tient surtout dans les craintes de l'autorité contractante que le nouveau titulaire exécute mal le projet ou que la modification soit considérée comme illégale. Pour le second avocat interviewé, l'application que son cabinet a des substitutions de cocontractant repose sur la question fondamentale suivante : « *Sommes-nous dans la vie normale de l'entreprise ou sommes-nous dans une opération de contournement des règles de la commande publique ?* » Selon lui : « *Si on a des changements rendus nécessaires car le titulaire se retrouve pris dans une opération sur son capital, en dehors du contrat en question, ou en liquidation, alors c'est la vie normale de l'entreprise.* » Ainsi, si la situation est simplement le fait pour un opérateur économique de récupérer non pas l'entreprise et son secteur d'activité dans son ensemble, mais seulement le contrat de la commande publique en cause, alors le contournement des règles de la commande publique est caractérisé. La restructuration devrait alors s'entendre comme l'évolution de la structure de l'entreprise, au-delà du simple contrat de la commande publique en cause. Le Code de la commande publique, en ne se référant pas au droit des sociétés permet justement d'avoir une interprétation large de la notion de restructuration tout en n'empêchant pas la vie normale d'une entreprise qui doit pouvoir rester libre de céder un secteur d'activité à un autre opérateur économique.

Avis mitigés des sondés sur l'importation des modèles italiens et hollandais de clause de « banc de réserve ». Enfin, dans le cadre des sondages de l'enquête quantitative, il était demandé aux avocats et aux autorités contractantes de réagir à la pratique des clauses dites de « banc de réserve ». En Italie et aux Pays-Bas, dans le cadre de ces clauses, la substitution de cocontractant repose sur l'ordre résultant du classement lors du choix de l'offre pour réattribuer le contrat. Ainsi, le candidat arrivé en deuxième position se substitue au titulaire initial, à condition de remplir encore à la date de la substitution les conditions initiales du marché ou de la concession. Sept avocats sondés contre 5 (soit 58,3 %) et 16 autorités contractantes contre 28 (soit 36,3 %) seraient favorables à ces clauses de « banc de réserve ». Deux autorités contractantes favorables à ce système le limiteraient toutefois, l'une, aux cas de substitution de cocontractant pour défaillance d'entreprises, l'autre, à la condition d'avoir été prévu dans les clauses du contrat initial sans que ceci n'impose une obligation de procéder à la substitution du fait que la situation économique des sociétés soumissionnaires peut changer en cours d'exécution du contrat. Toutefois, un avocat, qui a préféré ne pas se prononcer sur cette question, tempère l'intérêt d'un tel procédé car une entreprise ayant soumissionné à un moment t n'est plus forcément disponible le moment venu. De plus, ceci

pourrait occasionner des difficultés d'exécution supplémentaires (sans expliquer lesquelles). Ce même avocat évoque une autre solution, celle de prévoir un mécanisme de préférence avec questionnement préalable aux entreprises ayant soumissionné en fonction de leur classement. L'intérêt de ces clauses de « banc de réserve » est également relativisé par huit autorités contractantes défavorables à l'importation d'un tel mécanisme en droit français. Les raisons avancées par chacune sont assez variées. Pour certaines, ces clauses entraîneraient un risque d'incompatibilité avec la liberté d'entreprendre et de pratiques restrictives de la concurrence. Pour une autre, la reprise d'un contrat en cours d'exécution peut être source de complication, ce qui ne se présente pas lors d'une substitution résultant d'une fusion-absorption. Une telle solution soulève également des questions parmi ses autorités contractantes sondées, notamment pour les concessions en raison du caractère *intuitu personae*, ou, dans le cadre de tout contrat de la commande publique, si les offres suivantes du classement ne sont pas maintenues, ou encore si l'offre en deuxième position est fortement en-deçà de la première en terme technique, ou enfin s'agissant de la garantie pour l'acheteur ou l'autorité concédante que le remplaçant poursuive l'exécution du contrat aux conditions convenues avec l'attributaire initial (prix, conditions techniques, équipes dédiée aux prestations, etc.).

§III. APPROCHE THEORIQUE DES NOTIONS

JURIDIQUES

RESUME D'ETAPE N° 3

Si les participants aux enquêtes ne relèvent pas de difficultés particulières concernant les cas de modification autorisée des contrats de la commande publique, à l'exception du flou des notions de modification substantielle et de modification non-substantielle, il en va autrement de l'application de la théorie de l'imprévision qui, jusqu'à ces trois dernières années, n'était considérée que comme un cas d'école.

Principalement, ils perçoivent trois difficultés majeures dans l'appréciation du bouleversement de l'économie du contrat : la détermination de la durée d'appréciation des conséquences de la situation d'imprévision, la détermination du bilan pertinent et la répartition des charges entre les parties.

En outre, plusieurs enquêtés soulignent la difficulté pour comprendre, d'une part, qu'il convient de justifier les charges extracontractuelles rencontrées par l'opérateur économique sans opposer systématiquement le secret des

affaires et, d'autre part, d'indemniser au fil de l'exécution du contrat, même si la situation d'imprévision est toujours présente, le cocontractant afin d'éviter toute conséquence préjudiciable au contrat lui-même.

Majoritairement, enfin, la contractualisation de la théorie de l'imprévision est favorisée par les avocats interrogés, même si les clauses d'imprévision se contentent de prévoir des discussions entre les parties et non un droit à indemnisation avec des procédures et des éléments précis pour faciliter les demandes d'indemnisation et leur analyse.

Annnonce du plan. Après avoir dressé l'état des lieux de leur pratique, chaque participant a dû répondre à des questions relatives à la mise en œuvre de la notion de modification substantielle (A.), des cas de modification autorisée par les articles L. 2194-1 et L. 3135-1 du Code de la commande publique (B.) et de la théorie de l'imprévision (C.).

A. Mise en œuvre de la notion de modification substantielle

Objectif. Lors de cette phase des enquêtes, l'objectif attendu était d'observer l'approche des autorités contractantes, des avocats et des opérateurs économiques de la notion de modification substantielle et, par conséquent, des cas de modification autorisée pour modification non-substantielle.

Approche de la notion par les interviewés. A l'exception d'une entité adjudicatrice⁴³⁴, l'ensemble des interviewés soulèvent le caractère imprécis de la notion de modification substantielle pour deux principales raisons. La première tient au flou de la notion de nature globale du contrat. L'absence de définition claire de la nature globale du contrat entraîne de nombreux doutes dans l'application des dispositions des articles L. 2194-1 et L. 3135-1 du Code de la commande publique. Le second motif d'imprécision provient des hypothèses de modification substantielle illégale en ce qu'elle introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation, aurait attiré davantage de candidats ou permis le choix d'une offre autre que celle initialement retenue, ou du fait de la modification de l'équilibre du contrat en faveur du cocontractant dans des conditions non prévues dans le contrat initial. Pour l'un des opérateurs économiques du panel, soit cette condition se comprend comme le fait pour le premier du classement d'être finalement deuxième au profit de ce-dernier au regard des modifications envisagées, soit elle s'entend comme le simple fait que les soumissionnaires, en particulier le premier du classement, auraient déposé une offre différente. Ce constat est partagé par une autorité contractante :

« Ce qui nous pose problème, c'est la remise en cause de la mise en concurrence initiale car tout peut avoir un effet sur cette mise en concurrence initiale, même pour une simple histoire de délai. D'ailleurs, pour les contraintes de terrain, on ne

⁴³⁴ Celle-ci estime que la définition actuelle est suffisamment claire et précise, notamment par les apports jurisprudentiels. Les autres participants à l'enquête ne semblent pas suivre cette opinion.

va pas dénoncer le contrat et empêcher l'avenant, bien au contraire. D'autant que c'est compliqué de remettre en concurrence sur une prestation déjà bien enclenchée. »

Dans tous les cas, le raisonnement est purement hypothétique et ne saurait être viable. Surtout, ceci laisserait penser que de nombreuses modifications sont substantielles. Ainsi, certains des avocats interviewés indiquent ne pas être convaincus par les hypothèses des articles L. 2194-1 et L. 3135-1 du Code de la commande publique dans l'état actuel de leur rédaction étant donné que de nombreuses modifications peuvent répondre à ces critères. A ce titre, un avocat du panel de l'enquête estime qu'une modification sèche du prix ou des tarifs ne peut qu'être une modification substantielle puisqu'il impacte la mise en concurrence initiale et l'équilibre contractuel en faveur du cocontractant dès lors que la hausse de prix ou de tarif compense une perte non-prévue à l'origine.

Approche de la notion par les sondés. Dans le cadre des sondages en ligne, les résultats diffèrent. Si la majorité des avocats (11 sur 15, soit 73,3 %) et des opérateurs économiques (10 sur 12, soit 83,3 %) ayant participé à l'enquête quantitative considèrent que la notion de modification substantielle n'est pas suffisamment claire depuis la transposition des directives européennes de 2014⁴³⁵, la moitié d'entre eux relèvent que les jurisprudences nationales et européennes n'ont pas apporté de clarification suffisante de la notion. Pour l'un de ces opérateurs économiques, il aurait mieux valu dresser une liste de modification non-substantielle pour assurer la sécurité juridique des modifications, sachant qu'il est difficile d'interpréter les dispositions du Code de la commande publique sur ce point.

Toutefois, les avis sont plus mitigés du côté des autorités contractantes ayant participé à l'enquête quantitative. Pour 23 d'entre elles (contre 24, soit 48,9 %) ⁴³⁶, la notion de modification substantielle serait suffisamment claire. Pour autant, l'une d'elles se questionne sur la démonstration par l'acheteur d'une absence d'effets sur la mise en concurrence initiale dans la mesure où la situation ne s'est pas produite.

⁴³⁵ Un avocat ayant répondu que la notion était suffisamment définie précise que ceci laisse la place à l'appréciation de la substantialité d'une modification.

⁴³⁶ Pour vingt d'entre elles, les jurisprudences nationales et européennes ont apportés des éclairages nécessaires à leur compréhension de la notion de modification substantielle. L'une précise qu'il ne s'agit pas d'une définition claire, mais d'un faisceau d'indices à appliquer, même s'il est peu opérationnel dans ses contrats.

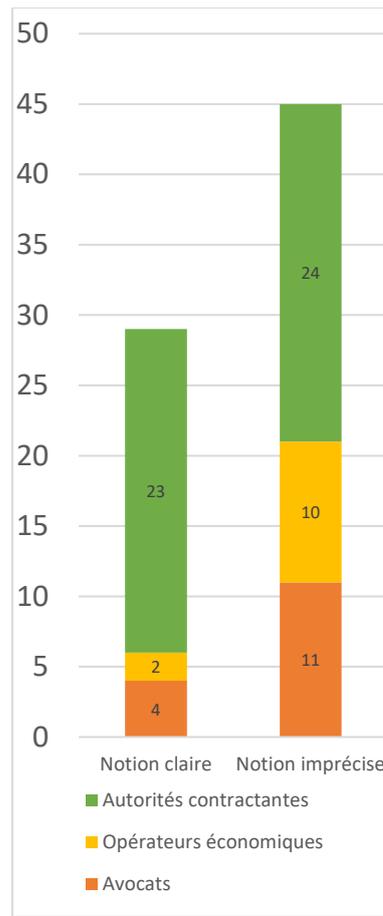


Figure 3.17 : Appréciation de la notion de modification substantielle selon les sondages en ligne

Regard tourné vers le droit civil pour un interviewé. Aucun participant à l'enquête n'a proposé de définition ou de critères autres pour les notions de modification substantielle et de modification non-substantielle. Une autorité contractante souligne toutefois se référer aux notions civilistes pour apprécier la substantialité d'une modification en se focalisant principalement sur les éléments essentiels du contrat en droit civil, à savoir la chose et le prix. Une autre rappelle que la décision de la Cour de justice de l'Union européenne de 2008, *Pressetext*, permet également de savoir qu'une modification en faveur de la personne publique et non de l'opérateur économique n'est pas substantielle.

Illustrations de modifications non-substantielles par les sondés. Pour autant, certains participants aux sondages en ligne ont partagé des illustrations de modifications non-substantielles. Selon un avocat sondé, les modifications techniques liées à une absence de prise en compte de la gestion des eaux pluviales entraînant la réalisation de catégories

d'ouvrages prévues au contrat et pour un montant inférieur à 10 % du montant du lot concerné. Par ailleurs, du côté des autorités contractantes, les cas suivants relèveraient du champ d'application des modifications non-substantielles : la substitution d'un matériau ou la modification des matériaux ou d'un élément technique (pour 3 autorités contractantes), la modification des quantités ou du périmètre des prestations à fournir (pour une autorité contractante), l'aménagement des conditions et délais de réalisation des prestations ou le décalage du planning (pour 3 autorités contractantes), l'augmentation de la prime d'assurance pour dégradation de la sinistralité dans la limite de 10 % (pour une autorité contractante), les précisions sur le planning (pour une autorité contractante), l'allongement de la durée d'une concession de service de moins de 10% (pour une autorité contractante), les ajouts de références au bordereau des prix unitaires d'un marché ou d'un prix dans le bordereau des prix unitaires d'un accord-cadre sans modification du montant maximum (pour 2 autorités contractantes), la modification financière de moins de 10 % ou 15% (pour une autorité contractante), la rectification d'une erreur matérielle dans une clause ou de l'acte d'engagement comme par exemple la rectification d'un numéro SIRET (pour 2 autorités contractantes), la substitution d'indices (pour une autorité contractante), les ajouts de nouveaux sites de distribution (pour une autorité contractante), la modification de la fréquence des paiements avec par exemple l'ajout d'une phase intermédiaire pour l'acompte (pour une autorité contractante), la passage d'un paiement sur compte unique à un paiement sur compte séparé pour chaque membre d'un groupement (pour une autorité contractante).

Tendance à considérer toute modification substantielle comme illégale.

En outre, les entretiens ont permis de constater que de nombreux opérateurs économiques et autorités contractantes assimilent toute modification substantielle comme étant automatiquement illégale⁴³⁷. Or, les dispositions actuelles des directives et du Code de la commande publique ne prévoient l'illégalité que des modifications substantielles non- autorisées⁴³⁸. Ceci témoigne du flou entretenu par la réglementation actuelle quant au caractère substantiel d'une modification d'un contrat de la commande publique.

Pratique des opérateurs économiques. En pratique, les entreprises interrogées dans le cadre de l'enquête qualitative expliquent ne pas s'attarder sur la question de savoir si la

⁴³⁷ Deux autorités contractantes se démarquent sur ce point en précisant clairement que toute modification substantielle, en France, n'emporte pas automatiquement son illégalité. La question ne se poserait finalement que sous l'angle de la modification non-substantielle, puisque dans les autres cas, il suffirait d'entrer dans les autres hypothèses de l'article L. 2194-1 du Code de la commande publique.

⁴³⁸ Voir l'état du droit pour plus de précisions sur ce point.

modification est substantielle ou non⁴³⁹, celle-ci étant surtout une source d'inquiétude pour les autorités contractantes. Deux d'entre elles opèrent de la manière suivante : elles cherchent à entrer dans un des cas d'ouvertures prévu par le Code de la commande publique et, si aucun ne convient, elles s'intéresseront en dernier lieu à la modification non-substantielle, et partant à la modification substantielle⁴⁴⁰. Une autre entreprise confie ne pas se focaliser sur cette question, non plus sur le Code de la commande publique en la matière, préférant se référer aux seuls documents contractuels. Cette pratique n'a pas été rapportée par d'autres interviewés. Les résultats du sondage en ligne confirment ces données puisque dans la plupart des cas, les opérateurs économiques sondés ne sont pas particulièrement préoccupés par la qualification de modification substantielle lorsque la modification d'un contrat public s'impose⁴⁴¹ (la question ne se pose pas : 2, soit 18,1 % ; systématiquement abordée : 2, soit 18,1 % ; en dernier lieu : 7, soit 63,6 %). Deux opérateurs économiques avancent des exemples de modification non-substantielle : ajout de prestation rattachée au besoin initial mais non décrite au départ dans le contrat et ajout d'une prestation minimale à la suite d'une modification mineure du besoin d'un client, entraînant l'introduction d'un prix nouveau.

Pratique des avocats. Une approche similaire se retrouve auprès des avocats dans le cadre des entretiens. Effectivement, trois avocats interrogés expliquent se fonder sur les cas de modifications autorisées autres que la modification non-substantielle au risque de « tordre le droit », pour reprendre les mots de l'un d'entre eux, afin que la modification contractuelle entre dans l'une de ces catégories. Un avocat interrogé précise toutefois que dans les rares cas de suspicion d'une modification substantielle rencontrés, il n'y a que peu de place au doute et la modification était véritablement substantielle au regard de son ampleur. Pour autant, la pratique auprès des avocats ayant participé au sondage en ligne semble plus variée puisqu'autant d'avocats sondés traitent de la question en dernier lieu (8 sur 16, soit 50 %) que de manière systématique (8 sur 16, soit 50 %). Enfin, un avocat interviewé souligne que, dans son domaine (à savoir les travaux publics et les concessions), le débat de savoir ce qui constitue ou non une

⁴³⁹ Seule une entreprise du panel de l'enquête confie avoir actuellement un dossier où la question du caractère substantiel de la modification se pose. Une autre entreprise indique que si jamais la modification serait annulée pour son caractère substantielle, elle se réfugierait derrière la théorie de l'enrichissement sans cause pour obtenir réparation et donc le règlement des prestations effectuées.

⁴⁴⁰ La pratique rapportée par ces deux entreprises ressemble à celle des autorités contractantes, opérateurs économiques et magistrats allemands où le droit en Allemagne met en place un test de substantialité. Voir la partie sur le droit comparé dans l'état du droit.

⁴⁴¹ Pour 2 d'entre eux, la question ne se pose pas. Pour 7 d'entre eux, la question est abordée en dernier lieu. Pour les 2 derniers la question est systématiquement appréhendée.

modification substantielle est limitée puisque pour la plupart des exceptions la substantialité importe peu.

Pratique des autorités contractantes. La pratique des autorités contractantes interrogées dans le cadre de l'enquête qualitative s'inscrit dans cette lignée puisque la majorité ne se pose pas systématiquement la question, seulement lorsqu'aucune hypothèse autre que la modification non-substantielle intervient, ou pour d'autres, si la modification emporte une augmentation de plus de 20 ou 25 % du montant initial du marché, comme si elles étaient encore marquées par l'ancien régime (en réalité, cette exigence provient surtout des élus plutôt que des anciennes jurisprudences). Une difficulté pratique a été soulevée par une autorité contractante dans l'appréhension de la modification substantielle en cas de succession d'avenants pour savoir si la modification substantielle se caractérise par un seul avenant, certains d'entre eux ou par l'ensemble. Une clarification par le Code de la commande publique serait, pour cette autorité contractante, bienvenue.

L'enquête quantitative relativise ces témoignages. En effet, lorsque la modification d'un contrat public s'impose, 2 autorités contractantes sondées confient ne jamais se poser la question de la qualification de modification substantielle (soit 4,3 %), tandis que 27 l'abordent systématiquement (soit 58,6 %) et 17 seulement en dernier lieu (soit 36,9 %).

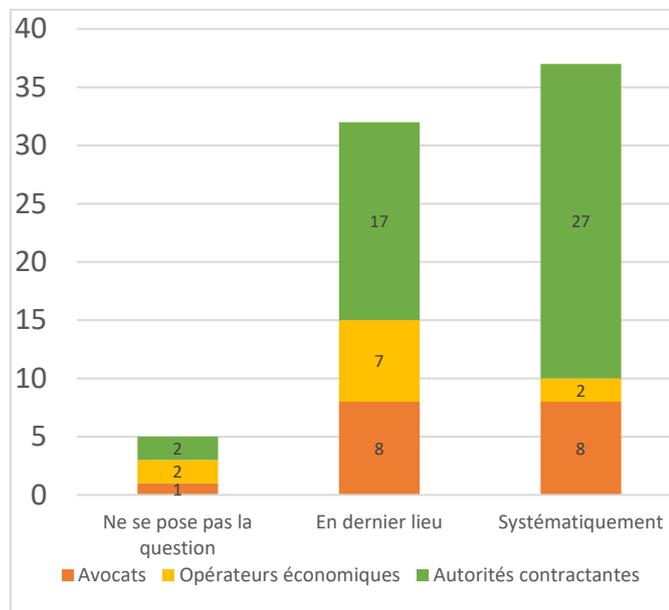


Figure 3.18 : Moment où les praticiens se questionnent sur le caractère substantiel ou non d'une modification selon les sondages en ligne (en valeur absolue)

Difficultés dans la détermination des cas de modifications non-substantielles. Au-delà de la notion de modification substantielle, les entretiens montrent que le cas de modification non-substantielle est délaissé par les praticiens qui, en raison du flou de la notion de modification substantielle, ne savent pas comment appréhender ce cas de modification. Pour deux autorités contractantes et trois opérateurs économiques du panel de l'enquête, la modification non substantielle serait celle qui n'aurait aucune incidence financière, c'est-à-dire qui emporterait un changement d'un point de détail d'une fourniture ou d'un service à iso-prix, iso-délai, iso-qualité ou qui corrigerait une erreur matérielle d'une clause de révision inapplicable en l'état ou en contradiction avec un autre document de la procédure d'appel d'offres, ou encore la substitution d'un membre de groupement au sein de ce groupement.

Proposition d'un interviewé dans le cas spécifique des équipements autofinancés. Enfin, pour éviter que la question ne se pose dès lors qu'il est question de modification ayant des répercussions financières, une entreprise interrogée intervenant dans le service aux collectivités propose que les autorités contractantes prévoient dans les appels d'offres des comptes d'exploitation avec des chiffres encadrés par des causes de malus et de bonus. En effet, dans le cadre de certains contrats spécifiques, le pourcentage de redevance dépend, généralement, d'un chiffre d'affaire prévisionnel (hypothétique au moment de la remise des offres), ce qui a pour conséquence de dérégler la concurrence lors des appels d'offres. Et si, en cours d'exécution, il s'avère qu'une modification de ce pourcentage doit être effectuée, le risque que celle-ci soit substantielle est important. Ainsi, en prévoyant dans l'appel d'offres la mise en place d'un compte d'exploitation avec un bonus et un malus, en fonction des situations, permettrait à la fois de réduire la distorsion de concurrence occasionnée par des chiffres d'affaires prévisionnels, et surtout de prévenir le caractère substantiel d'une modification future en cours d'exécution.

B. Mise en œuvre des cas de modification autorisée par le Code de la commande publique

Constat majoritaire d'une absence de difficultés pratiques. Dans le cadre des entretiens, les autorités contractantes, les opérateurs économiques et les avocats du panel d'enquête n'éprouvent pas de difficultés particulières quant à l'application des cas de modifications autorisées par les articles L. 2194-1 et L. 3135-1 du Code de la commande publique, à l'exception de la modification non-substantielle (voir *supra*). Un des avocats est

d’ailleurs plutôt enthousiaste quant au nouveau régime de modification introduit par la transposition en France des directives européennes de 2014 puisque celui-ci « *limite les risques juridiques et augmente la lisibilité et la prévisibilité du droit* ». De ce fait, « *aujourd’hui, il est plus facile en pratique de savoir si une modification est légale ou non* ».

Focus sur les prestations supplémentaires devenues nécessaires. Deux autorités contractantes attirent toutefois l’attention sur la notion de travaux, fournitures ou services supplémentaires devenus nécessaires au sens de l’article R. 2194-2 du Code de la commande publique disposant :

« Le marché peut être modifié lorsque, sous réserve de la limite fixée à l'article R 2194-3, des travaux, fournitures ou services supplémentaires, quel que soit leur montant, sont devenus nécessaires et ne figuraient pas dans le marché initial, à la condition qu'un changement de titulaire 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 achetés dans le cadre du marché initial. »

Pour elles, les conditions exigées par cet article sont difficiles à mettre en œuvre en pratique, tant par les juristes que par les opérationnels, en raison de leur caractère trop précis, restrictif et limitatif.

Précisions par les sondages en ligne. Les résultats des sondages en ligne témoignent également de certaines difficultés rencontrées dans l’application des travaux, services ou fournitures supplémentaires devenues nécessaires. Selon 6 avocats sondés sur 14 (soit 42,8 %), l’encadrement par le Code de la commande publique et les directives européennes des travaux ou services supplémentaires devenus nécessaires n’est pas suffisamment adapté à la pratique de leurs clients. Pour l’un d’eux, l’encadrement est inadapté en raison de la nécessité que les travaux ne puissent pas être réalisés par une autre entreprise. Or, en pratique, cette condition n’est pas conciliable avec les difficultés survenues en cours d’exécution dès lors qu’elles pourraient être facilement résolues sans cette condition. Ce constat se retrouve également du côté des opérateurs économiques avec 7 sur 9 (soit 77,7 %) qui affirment l’inadéquation de la réglementation avec la réalité du terrain, notamment en matière de travaux ou du fait de la limitation de 50 % du montant initial du marché. Cependant, 30 autorités contractantes sur 46 (soit 65,2 %) estiment l’encadrement juridique adapté à leur pratique,

sachant que, selon l'une d'elles, chaque collectivité aurait ses propres exigences quant à la limitation des prestations supplémentaires.

Focus sur les circonstances imprévues par les sondés. S'agissant des circonstances imprévues, la majorité des sondés reconnaît que la condition tenant à la diligence de l'acheteur est source de difficultés d'interprétation (11 avocats sur 14, soit 78,5 % ; 27 autorités contractantes sur 45, soit 60 % ; 9 opérateurs économiques sur 12, soit 75 %⁴⁴²). Deux autorités contractantes sondées indiquent que les circonstances imprévues ne se prêtent pas idéalement à la situation de la pandémie de la Covid-19 et à celle de la pénurie des matériaux, surtout qu'il n'y a aujourd'hui plus rien d'imprévisible⁴⁴³. Deux autres autorités contractantes soulignent que la diligence dépend fortement de l'expertise interne de l'acheteur et de ses compétences. A ce titre un acheteur public s'interroge sur la susceptibilité que l'exigence de diligence varie d'un acheteur à l'autre selon qu'il soit ou non doté de service compétent, d'autant que le caractère imprévisible s'apprécierait également vis-à-vis de l'entreprise, selon lui, à la lecture de l'avis du Conseil d'Etat du 15 septembre 2022. De plus, pour une autorité contractante, la condition de diligence tiendrait à la bonne foi des utilisateurs ou des opérationnels. Si elle renvoie nécessairement à une insuffisance dans le travail préparatoire de l'acheteur, il est toujours difficile pour lui d'admettre ses erreurs.

Focus sur les sujétions techniques imprévues par les sondés. De leur côté, les sujétions techniques imprévues, si elles ne faisaient pas l'objet de commentaires particuliers lors des entretiens, ont été source de nombreuses remarques des sondés. Huit opérateurs économiques contre 4 (soit 66,6 %) et 26 autorités contractantes contre 15 (soit 63,4 %) considèrent que la théorie des sujétions techniques imprévues est toujours d'actualité dans leur pratique. Si l'un des opérateurs économiques pense que cette théorie ne s'applique pas à son secteur des télécoms, deux autres ont des difficultés à les faire reconnaître aux acheteurs. Une autorité contractante admet, à ce titre, ne l'utiliser que rarement. Une entreprise s'interroge également sur la pertinence de l'utilisation de cette théorie compte-tenu des cas de modification du marché prévus désormais dans le Code de la commande publique. D'ailleurs, trois autorités contractantes indiquent ne pas rencontrer de difficultés pratiques particulières. Il s'agit principalement d'une approche casuistique et d'une négociation de prix, à la suite d'un manque

⁴⁴² Un opérateur économique appuie également la rareté de la reconnaissance d'une circonstance imprévue.

⁴⁴³ L'une d'elle s'inquiète d'ailleurs de la multiplication des crises et de leur durée et s'interroge : « *Jusqu'à quand allons-nous pouvoir invoquer des circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir dans un tel contexte ?* »

de définition des besoins en amont et de lacune dans l'exécution des travaux⁴⁴⁴. Toutefois, deux autres autorités contractantes relèvent quelques difficultés, notamment car la notion fait écho à la diligence de l'acheteur et que les prescripteurs cherchent à faire passer leurs insuffisances pour des impondérables. Or, « pour le juriste ou l'acheteur public, il est difficile de déterminer de quel côté de la frontière il se situe : sujétion technique imprévue ou manque de diligence de l'acheteur ? ». De plus, les services des autorités contractantes n'ont pas forcément en tête l'exacte définition des sujétions techniques imprévues : les conditions cumulatives sont finalement rarement remplies.

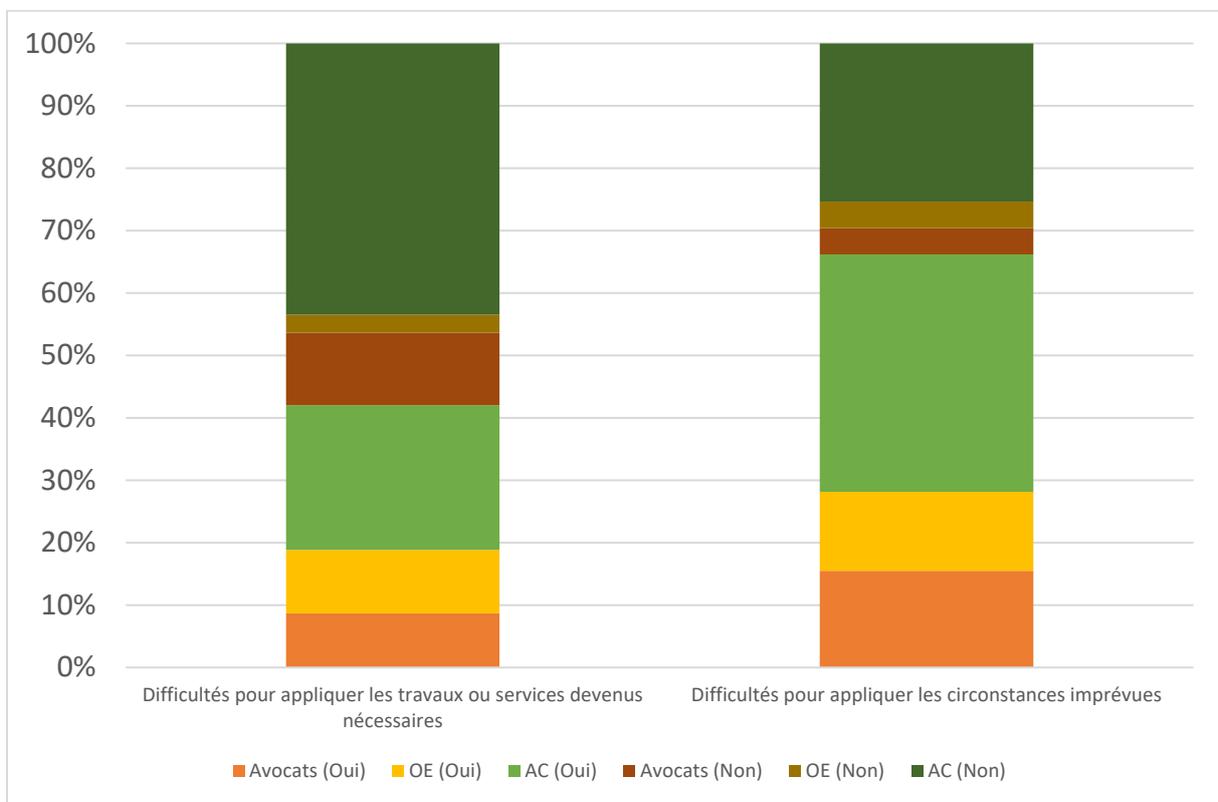


Figure 3.19 : Approches des travaux ou services devenus nécessaires et des circonstances imprévues selon les sondages en ligne

Diversité des pratiques. Par ailleurs, les entretiens permettent de constater que les pratiques sont assez différentes d'un enquêté à un autre, même dans des domaines d'intervention semblables. Pour exemple dans les opérations de travaux, si un des avocats

⁴⁴⁴ Un avocat sondé confirme cette observation.

interviewés rencontre rarement des cas de sujétions techniques imprévues⁴⁴⁵, un autre, quant à lui, les privilégie avec les modifications techniques du projet et les modification du phasage⁴⁴⁶. Toutefois, deux avocats interrogés relèvent la difficulté de réunir les conditions exigées pour l'application du cas de modification pour travaux ou services devenus nécessaires⁴⁴⁷ notamment, pour l'un des deux, concernant l'appréciation temporelle de la nécessité : est-elle d'origine ou apparait-elle en cours d'exécution ?

C. Mise en œuvre de la théorie de l'imprévision

Renouveau de la théorie de l'imprévision. L'application de la théorie de l'imprévision a suscité de la part de la majorité des participants aux enquêtes un vif intérêt et de nombreuses remarques.

Parmi les 7 avocats de l'enquête qualitative, un seul n'a pas encore été confronté à la théorie de l'imprévision dans sa pratique malgré le contexte de ces trois dernières années⁴⁴⁸. Pour les 6 autres, les demandes d'indemnisation en application de la théorie de l'imprévision ont augmenté en particulier en conséquence de la pandémie de la Covid-19. Ce constat est partagé par les principaux observateurs de ce phénomène : les autorités contractantes⁴⁴⁹. En effet, si une seule autorité contractante affirme ne pas en connaître dans le contexte actuel⁴⁵⁰, toutes les autres témoignent d'une hausse considérable des demandes, en particulier depuis l'été 2021 et le printemps 2022⁴⁵¹. L'une d'entre elle confie même privilégier l'imprévision aux modifications sèches du prix, surtout depuis l'avis du Conseil d'Etat du 15 septembre 2022⁴⁵².

⁴⁴⁵ L'interviewé précise n'avoir connu en 10 ans que trois dossiers relevant de cette catégorie du fait de sols pollués.

⁴⁴⁶ Celui-ci n'utilise que très peu le cas de modification pour circonstances imprévisibles.

⁴⁴⁷ Ces deux avocats admettent pour autant que cette hypothèse est assez rare, l'un d'entre eux ne l'ayant rencontrée que dans deux dossiers ces dernières années.

⁴⁴⁸ Tous les avocats ayant répondu au sondage considèrent que leurs clients ont, depuis 2020, émis des demandes d'indemnisation au titre de la théorie d'imprévision.

⁴⁴⁹ Depuis 2020, la moitié des autorités contractantes ayant répondu au sondage ont reçu des demandes d'indemnisation au titre de la théorie d'imprévision (dix-neuf sur trente-huit).

⁴⁵⁰ Pour autant, celle-ci est surtout confrontée à l'application de la théorie du fait du prince en raison de son secteur d'activité. Des avenants sont alors conclus pour anticiper ou prendre en considération les effets d'un fait du prince.

⁴⁵¹ Parmi ces autorités contractantes, une entité adjudicatrice souligne indemniser également ses cocontractants au titre de prestations supplémentaires en raison de la théorie des sujétions techniques imprévues ou au titre de la jurisprudence *Région Haute-Normandie* (CE, 5 juin 2013, n° 352917 : « 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 »). Les demandes pour imprévision sont toutefois supérieures en nombre.

⁴⁵² Pour les raisons motivant ce choix, voir *infra*.

Difficultés d'obtenir une indemnisation pour imprévision. Si les demandes aboutissaient généralement à une indemnisation du cocontractant⁴⁵³ (ce constat n'étant pas partagé par les opérateurs économiques du panel de l'enquête), les avocats interrogés admettent que leurs clients rencontrent régulièrement des difficultés principalement dans la justification du bien-fondé de la demande et de sa recevabilité. Deux avocats évoquent les difficultés de leurs clients dans la prise en considération des critères justifiant leur demande d'indemnisation, notamment s'agissant du bilan pertinent (mensuel, semestriel, annuel, sur l'ensemble de l'exécution du contrat, etc. ; choix du référentiel entre le chiffre d'affaires ou le bénéfice ; etc.), de la durée prise en compte (durée totale du contrat ou celle du bouleversement de l'économie du contrat) et de la répartition des charges (identification des charges résultant exclusivement de la situation d'imprévision avec la problématique des charges accessoires). Pour autant, un avocat interviewé explique que la justification du bouleversement de l'économie du contrat de ses clients repose sur la démonstration que la situation imprévisible engendre, au regard des comptes prévisionnels, un déséquilibre financier important au-delà de ce qui pouvait être raisonnablement prévu par les parties. Les demandes s'appuient alors sur des mémoires avec une analyse financière minutieuse effectuée par un prestataire externe spécialisé en finance. Pour un autre avocat intervenant majoritairement dans des dossiers relatifs à des concessions, la justification et l'évaluation du bouleversement de l'économie du contrat résultent de la différence entre le bilan d'exploitation lors de l'année de l'imprévision et les bilans d'exploitation des meilleures années d'exercices permettant de déterminer le déficit d'exploitation après déduction des charges. Ce déficit représenterait alors le montant de l'indemnisation souhaitée.

Incompréhension mutuelles des parties. Par ailleurs, le traitement des demandes d'indemnisation pour imprévision semble être la source d'incompréhension entre les parties. Selon un des avocats interrogés, les opérateurs économiques seraient parfois réticents à communiquer les preuves du bouleversement de l'économie du contrat, opposant le secret des affaires afin de ne pas dévoiler leur marge et leur stratégie commerciale d'autant qu'un risque contentieux existe, bien que faiblement, pour l'autorité contractante au regard des dispositions de l'article R. 557-3 du Code de la commande publique. Dans la majorité des cas, à cause des difficultés financières qu'ils connaissent dans le cadre de l'exécution du contrat, les

⁴⁵³ Deux avocats du panel de l'enquête précisent que les personnes publiques sont, majoritairement, favorables à indemniser leurs cocontractants sur le fondement de la théorie de l'imprévision, dès lors que les demandes sont justifiées et recevables. Cependant, certaines autorités concédantes vont privilégier d'actionner d'autres leviers pour indemniser les concessionnaires comme celui de la prolongation du délai de la concession.

cocontractants acceptent de communiquer les éléments utiles et pertinents à l'appui de leur demande, ce que confirme une entité adjudicatrice interviewée. Du côté des autorités contractantes, un avocat interviewé explique que sa clientèle ne comprend pas l'utilité d'indemniser immédiatement le cocontractant tant que la situation d'imprévision n'est pas éteinte car il peut y avoir d'autres conventions d'indemnisation pour imprévision à l'avenir sur le même contrat et il peut y avoir un risque de trop perçu. La préférence pour les autorités contractantes serait alors pour indemniser à la fin de l'exécution du contrat, et les propos de certaines lors des entretiens semblent confirmer ce constat porté par l'avocat. En ce sens, une collectivité territoriale explique ne pas avoir conclu de protocole transactionnel ou de convention d'indemnisation pour imprévision du fait que, outre l'exigence d'une délibération du conseil municipal, il n'était pas envisageable d'attendre la fin du contrat pour aider financièrement les cocontractants en difficulté⁴⁵⁴. Une telle position de la part des personnes publiques est critiquée par un autre avocat du panel de l'enquête qui rappelle la finalité de l'indemnité d'imprévision : permettre la poursuite de l'exécution du contrat. En effet, entre l'apparition des conséquences d'une situation d'imprévision et la fin de l'exécution d'un contrat, le cocontractant pourrait se retrouver dans une situation financière critique (par exemple en cessation de paiement justifiant une liquidation judiciaire) et, partant, le projet du pouvoir adjudicateur se trouverait altéré. Cet avocat conseille plutôt d'indemniser au fil de l'exécution du contrat et de prévoir dans les conventions d'indemnisation des réunions ultérieures pour vérifier si la situation d'imprévision est toujours d'actualité et nécessite une nouvelle indemnisation ou si, après coup, la situation financière du cocontractant s'est rétablie voire s'il n'y a pas eu, finalement, un trop perçu.

Peu de demandes d'indemnisation selon les opérateurs économiques interviewés. A l'inverse des autres participants (autorités contractantes et avocats), la proportion des opérateurs économiques ayant demandé ces dernières années aux autorités contractantes le versement d'une indemnité d'imprévision est plus faible⁴⁵⁵. En effet, il ressort

⁴⁵⁴ Partant, ceci signifie que certains services d'autorités contractantes associent l'indemnisation pour imprévision à une résolution en fin de contrat.

⁴⁵⁵ Sur l'imprévision, l'enquête qualitative révèle l'existence de deux mondes parallèles. Le premier, celui des avocats et des autorités contractantes dans lequel plusieurs demandes d'indemnisation sur le fondement de la théorie de l'imprévision ont été soumises aux personnes publiques par leurs cocontractants et qui seraient concluantes, dès lors qu'elles répondent aux critères exigés. Le second, celui des opérateurs économiques où la théorie de l'imprévision est délaissée et n'intervient qu'à titre subsidiaire si aucune modification n'est envisageable, avec un faible taux de succès. Les explications de ce décalage sont multiples. Déjà, il convient de distinguer les demandes recevables de demandes irrecevables. Les propos du premier monde concernent surtout les demandes recevables, tandis que ceux du second engloberaient toute demande recevable comme irrecevable,

des entretiens que la moitié des opérateurs économiques interviewés (quatre sur huit, les autres n'ayant déposé que rarement de telles demandes) n'ont pas soulevé la théorie de l'imprévision malgré le contexte actuel d'inflation économique. Les raisons de leur choix s'expliquent généralement par la compréhension des acheteurs publics des difficultés rencontrées dans le contexte actuel et les négociations menées pour parvenir à une modification du contrat. D'autres raisons motivent également certaines entreprises du panel de l'enquête, en particulier la communication de leur marge bénéficiaire pour justifier le bouleversement de l'économie du contrat. Cette immixtion dans le secret des affaires des cocontractants n'est, pour elles, pas à leur avantage et justifie en partie qu'elles n'envisagent la théorie de l'imprévision qu'en dernier recours⁴⁵⁶. Ce choix est également motivé par les faibles chances de succès d'une telle demande, même si une entreprise interrogée ayant demandé l'application de la théorie de l'imprévision reconnaît que, depuis l'aggravation de l'inflation économique occasionnée par la guerre en Ukraine, les exigences des autorités contractantes semblent plus souples et elles solliciteraient plus souvent des modèles de convention auprès des demandeurs⁴⁵⁷.

Vision contraire des autorités contractantes interviewées. Le regard est tout autre du côté des autorités contractantes. En effet, même si certaines admettent rejeter systématiquement les demandes d'indemnisation au titre de l'imprévision, toutes expliquent que cette décision provient d'une difficulté à déterminer, vues les pièces apportées par les cocontractants, le bouleversement de l'économie du contrat alors même que des doctrines internes ont été développées pour faciliter le traitement des demandes. Pour exemple, deux collectivités ont établi une doctrine interne déterminant un seuil minimum de bouleversement

pour appréhender les chances de réussite. Ensuite, s'agissant de l'estimation de la quantité de demandes, la stratégie étant propre à chaque opérateur économique en fonction de son secteur d'activité, de ses capacités financières et de ses relations avec sa clientèle publique, le regard du second monde ne peut être représentatif de la pratique globale des opérateurs économiques, l'échantillon n'étant pas suffisamment important. Ces résultats sont à relativiser au regard des données récoltées grâce au sondage en ligne puisque 9 opérateurs économiques sur 12 (soit 75 %) ont admis avoir déposé des demandes d'indemnisation au titre de l'imprévision. Toutefois, une entreprise confie connaître systématiquement des refus de certains maîtres d'ouvrage dans la validation de leurs demandes indemnitaires quel qu'en soit le fondement.

⁴⁵⁶ Une entreprise du panel de l'enquête témoigne, sur ce point : « Nos clients publics nous emmènent systématiquement vers la théorie de l'imprévision. Cela suppose pour nous de travailler à comptabilité ouverte pour déterminer le bouleversement de l'économie du contrat. Donc, nous devons exposer tout, dont nos marges... Ce n'est pas à notre avantage. L'imprévision intervient alors, pour nous, en dernier lieu lorsqu'on n'a pas réussi à mettre en place d'autres solutions. Le problème, en outre, si on soulève le secret des affaires, c'est qu'on n'obtient rien puisque l'imprévision doit être démontrée. Si on commence à justifier quelque chose, c'est potentiellement du secret des affaires. C'est une limite qui arrive rapidement. Psychologiquement la personne publique ne comprend pas : pour lui, on doit être transparent et donc face au secret des affaires, il devient suspicieux et la négociation s'enlise. »

⁴⁵⁷ Ce constat n'est pas partagé par l'ensemble des opérateurs économiques ayant souhaité bénéficier d'une indemnité d'imprévision. Une autre entreprise estime que « les clients privés sont plus compréhensifs que les clients publics sur les difficultés rencontrées par les entreprises du fait d'une meilleure connaissance du milieu des affaires et des entreprises ».

de l'économie du contrat de 7 % pour l'une et de 10 % pour l'autre et une liste de documents utiles à l'appréciation de ce bouleversement. D'une part, ce seuil n'a pas été fixé arbitrairement dans ces deux cas. En effet, ces doctrines internes ont été conçues au regard des demandes des opérateurs économiques en 2020. D'autre part, sur les documents utiles, il s'avère que souvent aucun justificatif n'est joint aux demandes ou de simples articles de journaux traitant de l'inflation économique. Lorsque des documents sont présents, encore faut-il être en mesure de les analyser et d'en vérifier la véracité⁴⁵⁸. Or, comme le relève une collectivité territoriale :

« On est relativement démunie par rapport à la capacité à apprécier les hausses des prix annoncés par les entreprises car on ne peut pas les vérifier. Même nos services spécialisés ont du mal à le faire. Il y a beaucoup de déclaratif par les entreprises sans éléments objectifs, ce qui accroît la difficulté. Or, il nous faut apporter aux élus du conseil municipal l'ensemble des informations justifiant et certifiant qu'il y a de vraies raisons d'indemniser les cocontractants pour imprévision et éviter l'opportunisme économique. Seulement, il nous est difficile de nous prononcer sur le caractère raisonnable de la demande. »

Partant, en l'absence de justificatifs permettant d'apprécier objectivement le bouleversement de l'économie du contrat, le rejet sera prononcé. Seulement, une autorité contractante relève que, dans certains secteurs de niche où la concurrence est très limitée (deux ou trois entreprises sur le territoire national, par exemple), la demande d'indemnisation pour imprévision est un prétexte pour obtenir la résiliation du marché et, après remise en concurrence, augmenter considérablement les prix des fournitures ou des prestations initiales.

En tout état de cause, les autorités contractantes semblent conscientes des intérêts des entreprises. Preuve en est un retour d'expérience d'une collectivité territoriale qui indique avoir conclu des avenants et non pas retenu la théorie de l'imprévision, pour un de ses cocontractants prestataire de service ayant connu une hausse de salaire de ses employés. L'imprévision ne pouvait être retenue car le bouleversement représentait moins de 7 % de l'économie du contrat et que cette hausse de salaire résultait d'un accord entre les représentants du personnel et l'entreprise. L'avenant a toutefois été retenu car la collectivité comprenait que, même si le bouleversement était faible et en dessous des seuils de sa doctrine interne, les marges des

⁴⁵⁸ Une autorité contractante relève ne pas avoir de véritables difficultés à analyser les pièces produites et que souvent elles démontraient un bouleversement colossal de l'économie du contrat. Les demandes étaient très bien préparées en amont ce qui facilitait le travail d'analyse du service juridique.

entreprises de ce secteur sont faibles et que le risque d'avoir des prestations mal exécutées était important.

Confirmation par les sondages en ligne. L'ensemble de ces difficultés se retrouvent dans les résultats des sondages en ligne. En effet, parmi les sondés, 11 avocats sur 14 (soit 78,5 %) relatent comme difficulté principale l'appréciation du bouleversement économique du marché ou de la concession, ainsi que la difficulté à obtenir de la part du cocontractant les justificatifs nécessaires à l'évaluation de l'ampleur des surcoûts. Suivent la détermination de la part restant à la charge de l'entreprise (pour 6, soit 42,8 %), la doctrine juridique ou politique interne de l'autorité contractante ou d'une autorité de contrôle (par exemple, une préfecture) quant au traitement des demandes d'indemnisation au titre de la théorie d'imprévision (pour 5, soit 35,7 %) et l'appréhension de la durée de la période exceptionnelle fondant la demande d'indemnisation (pour 4, soit 28,5 %).

De leur côté, les autorités contractantes retiennent, dans cet ordre d'importance, les difficultés suivantes : l'obtention de la part du cocontractant des justificatifs nécessaires à l'évaluation de l'ampleur des surcoûts (pour 15 autorités contractantes sur 19, soit 78,9 %), l'appréciation du bouleversement économique du marché ou de la concession (pour 12, soit 63,1 %), la détermination de la part restant à la charge de l'entreprise (pour 9, soit 47,3 %), l'appréhension de la durée de la période exceptionnelle fondant la demande d'indemnisation (pour 6, soit 31,5 %) et la doctrine juridique ou politique interne de l'autorité contractante ou d'une autorité de contrôle (pour 1, soit 5,2 %).

Quant aux opérateurs économiques, reviennent comme principales difficultés, dans l'ordre, la détermination des justificatifs nécessaires à l'évaluation de l'ampleur des surcoûts (pour 9 d'entre eux, soit 75 %) l'appréciation du bouleversement économique du marché ou de la concession (pour 7 d'entre eux, soit 58,3 %), la détermination de la part restant à la charge de l'entreprise (pour 5 d'entre eux, soit 41,6 %), la doctrine juridique ou politique interne de l'autorité contractante ou d'une autorité de contrôle (pour 3 d'entre eux, soit 25 %) et l'appréhension de la durée de la période exceptionnelle fondant la demande d'indemnisation (pour 3 d'entre eux, soit 25 %).

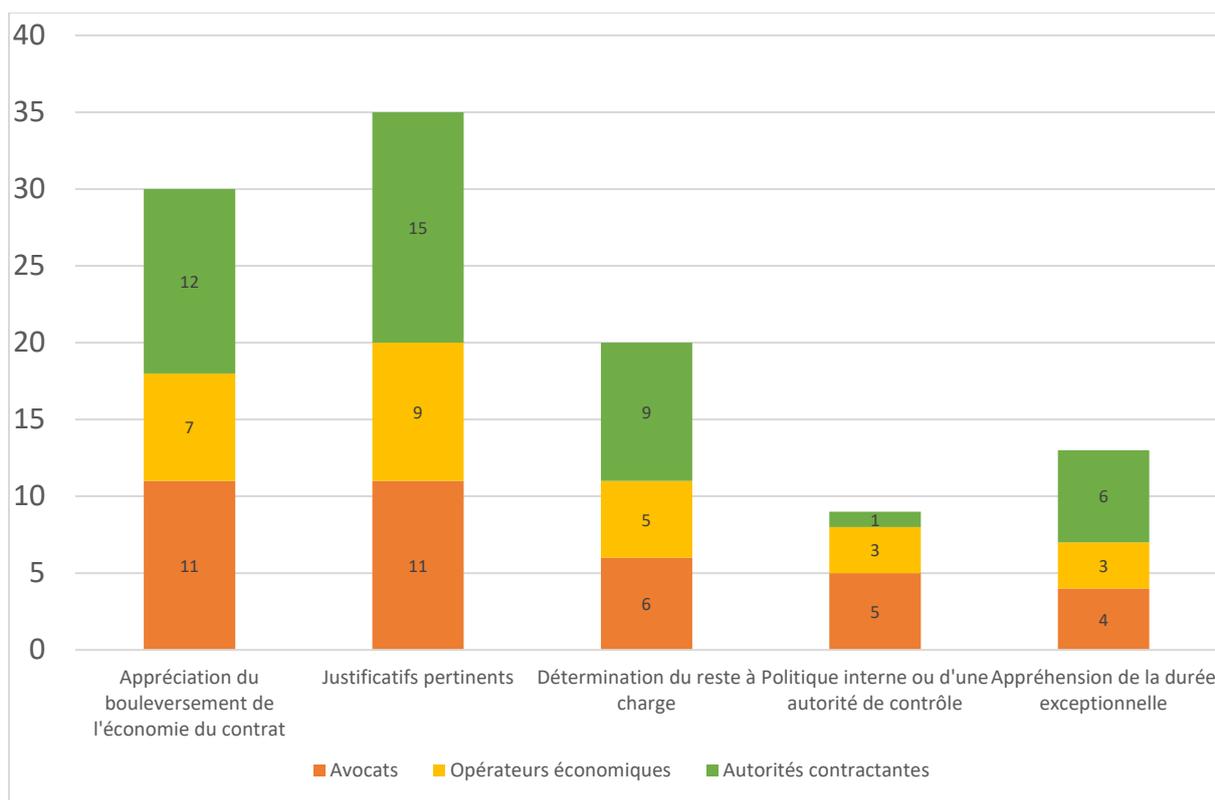


Figure 3.20 : Principales difficultés rencontrées pour obtenir l'indemnisation au titre de l'imprévision selon les sondages en ligne

Proposition d'une clarification des guides sur la théorie de l'imprévision par des interviewés. Face à ces difficultés pratiques deux autorités contractantes estiment que des guides plus clairs devraient être publiés par le ministère de l'économie et des finances. L'une d'elle propose même que le Code de la commande publique se saisisse de la question en détaillant dans des dispositions spécifiques la théorie de l'imprévision, notamment en codifiant certaines jurisprudences et pratiques des acheteurs (par exemple sur le seuil de bouleversement de l'économie du contrat ou le reste à charge, et les conflits éventuels avec le secret des affaires).

Confirmation par les sondages en ligne. A ce titre, dans le cadre des sondages en ligne, 7 avocats sur 16 (soit 43,7 %), 30 autorités contractantes sur 45 (soit 66,6 %) et 9 opérateurs économiques sur 12 (soit 75 %) indiquent être favorables à ce que le Code de la commande publique précise les conditions de déclenchement et d'application de la théorie d'imprévision. Pour les sondés défavorables à une telle proposition, l'importance de la souplesse offerte par l'absence d'encadrement est indispensable pour laisser une marge suffisante d'appréciation aux parties. Trois autorités contractantes confient, enfin, que les

jurisprudences sont claires et donnent des seuils de pourcentages permettant d'apprécier le bouleversement de l'économie du contrat. Les principales difficultés seraient finalement plutôt pratiques, notamment la justification et les preuves des charges extracontractuelles, voire la définition de ces charges. Or, il ne reviendrait pas au législateur de les encadrer, mais aux services opérationnels centraux d'établir des guides en ce sens.

Proposition d'une contractualisation de l'imprévision. Par ailleurs, pour répondre aux besoins de sécurité juridique des opérateurs économiques, une autorité contractante et deux entreprises du panel de l'enquête promeuvent l'encadrement des délais, des conditions de recours à l'imprévision et des conditions de forme pour rendre la théorie de l'imprévision plus opérationnelle et concrète dans le cadre de clauses d'imprévision. L'une d'elles rapporte que plusieurs de ses marchés publics contiennent des clauses dites d'« imprévision conventionnelle » objectivant les conditions de recours à l'imprévision avec un seuil de déclenchement déterminé et la répartition des charges (par exemple, un ratio de 80-20 ou de 70-30). L'avantage pour les parties est d'éviter les éventuels effets d'une jurisprudence nouvelle et défavorable, la sécurité juridique étant indispensable pour eux. Cette illustration témoigne de la volonté de certaines autorités contractantes d'actionner d'autres leviers que l'imprévision pour soutenir leurs cocontractants tout en préservant les deniers publics. Tel est également le cas de deux autres autorités contractantes qui ont préféré soit agir avec des BPU modificatif, avec retour la normale à l'issue de la situation imprévue, soit prolonger les durées ou les délais lorsque le contrat le permettait.

Ce souhait d'une contractualisation plus systématique de l'imprévision est partagé par une majorité des avocats du panel de l'enquête qualitative. Effectivement, si un avocat interrogé la rejette du fait que l'imprévision est hors-contrat, quatre autres y sont favorables et la préconise depuis la situation d'imprévision créée par la pandémie de la Covid-19. Deux d'entre eux regrettent qu'en France les clauses d'imprévision ne soient que des clauses de rencontre peu encadrées afin que les parties discutent du fait d'indemniser ou non le cocontractant, avec éventuellement la détermination de la répartition des charges et des postes d'indemnisation. Les personnes publiques y seraient, selon eux, assez réticentes par crainte d'altérer l'équilibre du contrat initial. Des clauses d'indemnisation pour imprévision peuvent alors « braquer » les opérationnels et les juristes.

Confirmation par les sondages en ligne. La contractualisation de l'imprévision est également accueillie par les participants aux sondages en ligne. Effectivement, 6 avocat sur

15 (soit 40 %), 19 autorités contractantes sur 23 (soit 82,6 %) ⁴⁵⁹ et 9 opérateurs économiques sur 12 (soit 75 %) sont favorables à la contractualisation des conditions de déclenchement et d'application de la théorie d'imprévision dans les contrats publics, même si la difficulté tiendrait, selon une autorité contractante à la rédaction de cette clause. Un opérateur économique questionne, de son côté, la possibilité pour un soumissionnaire ou un titulaire de négocier les conditions d'application de l'imprévision. Quoiqu'il en soit, comme le précisent certains sondés, ceci ne doit nullement rendre automatique l'application de la théorie d'imprévision sans aucune marge d'appréciation, ni être inséré par automatisme à tous les marchés (la clause doit être adaptée au cas par cas).

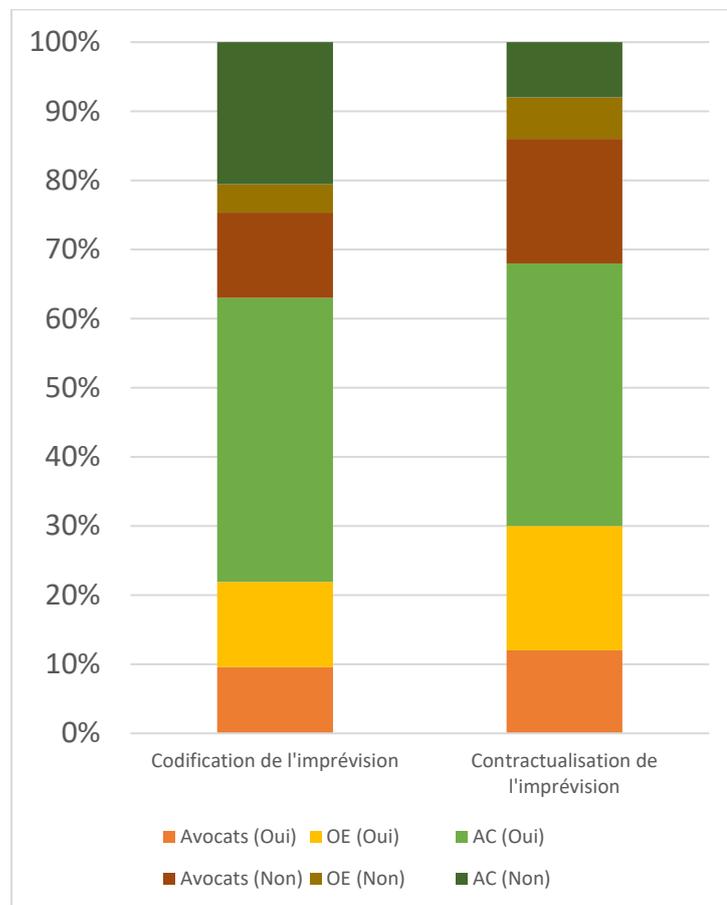


Figure 3.21 : Principales attentes sur l'imprévision selon les sondages en ligne

⁴⁵⁹ Une autorité contractante sondée estime que la théorie est vieille et n'intéresse que les universitaires : cette théorie est loin des conditions opérationnelles d'un marché public.

§IV. OPINION SUR L'AVIS DU CONSEIL D'ETAT DU 15 SEPTEMBRE 2022

RESUME D'ETAPE N° 4

De manière générale, l'avis du Conseil d'Etat du 15 septembre 2022 n'appelle pas de nombreux commentaires de la part des participants aux enquêtes, en particulier sur les modifications sèches des prix. Toutefois, certains propos des autorités contractantes et des opérateurs économiques se révèlent plus critiques à l'encontre de la position du Conseil d'Etat qui ne semble pas, pour eux, répondre aux réalités du terrain. Les opérateurs économiques regrettent principalement que la modification d'une clause de révision des prix ou du prix ou des tarifs demeure à la libre appréciation de l'autorité contractante sans que le Conseil d'Etat ne prenne en considération la loyauté contractuelle et le motif d'intérêt général que représente la bonne exécution d'un marché ou d'une concession et, partant, la continuité du service public. Les autorités contractantes, quant à elles, auraient apprécié que le Conseil d'Etat examine d'autres solutions que la modification sèche du prix pour qu'elles puissent soutenir économiquement leurs cocontractants sans alourdir les deniers publics, notamment à travers des avances ou des BPU provisoires.

En outre, des précisions auraient été bienvenue quant à la rétroactivité et la teneur de cette rétroactivité d'avenants modifiant le prix ou le tarif, ou la formule de révision des prix.

S'agissant des indemnités d'imprévision, les avis divergent entre un avocat qui suit entièrement le raisonnement de la section administrative du Conseil d'Etat et la majorité des participants qui, bien qu'ils s'en satisfassent, regrettent un manque d'approfondissement dans les modalités pratiques de preuve de la charge extracontractuelle et de son calcul et doutent de la conformité au droit de l'Union européenne de la non assimilation à une modification contractuelle d'une indemnité d'imprévision.

Cet avis aura eu, *in fine*, le bénéfice de confirmer la stratégie de certains opérateurs économiques et d'une autorité contractante, les premiers recherchant en priorité la modification et se réservant l'imprévision comme une seconde chance, l'autre en refusant toute modification sèche des prix ou des formules de révision afin de forcer les cocontractants à se fonder sur la théorie de l'imprévision pour que leur indemnisation ne soit que partielle et ainsi préserver les deniers publics.

En somme, il ressort des entretiens que l'avis du Conseil d'Etat en date du 15 septembre 2022 emporte plus de questionnements que de réponses en pratique, ne se limitant dans les grandes lignes qu'à rappeler l'état du droit sans innovation majeure. Tel est notamment le cas de l'assujettissement à la TVA de l'indemnité d'imprévision (aujourd'hui résolue par une prise de position de la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances en date du 8 décembre 2022), ou celui du sort réservé aux décomptes généraux et définitifs n'ayant pas prévu entre mars 2022 et septembre 2022 les indemnités d'imprévision pour déterminer si les cocontractants peuvent après la signature, et conformément à l'avis, déposer une demande d'indemnisation sur le fondement de la théorie de l'imprévision.

Généralités. L'ensemble des participants de l'enquête qualitative a pris connaissance de l'avis de la section administrative du Conseil d'Etat en date du 15 septembre 2022⁴⁶⁰. Si 11 d'entre eux⁴⁶¹ estiment que celui-ci aura des répercussions sur la pratique en apportant une certaine sécurité juridique et en facilitant les discussions entre les parties⁴⁶², la majorité considère que l'avis n'apporte aucun véritable éclaircissement sur le régime de la modification des contrats de la commande publique et la théorie de l'imprévision et n'en constituerait qu'une synthèse⁴⁶³. Pour l'un des avocats interviewés, l'avis souffre d'un manque de clarté que la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances comble grâce à sa fiche technique publiée fin septembre 2022. Pour un autre, le Conseil d'Etat n'a pas saisi l'occasion offerte par cet avis afin de préciser la notion de la nature globale du contrat.

Opinion des participants sur les modifications sèches du prix ou des tarifs. Sur les modifications sèches du prix ou des tarifs, une autorité contractante⁴⁶⁴ et 3 avocats interrogés saluent la position explicite du Conseil d'Etat sur le principe de l'intangibilité des prix ou des tarifs qui apporte une véritable souplesse tant pour les parties à un contrat de la commande publique. Selon l'un de ces avocats, avant l'avis du 15 septembre 2022, plusieurs pouvoirs adjudicateurs refusaient toute modification sèche du prix opposant le principe de l'intangibilité du prix alors même que la doctrine juridique n'était pas d'accord avec

⁴⁶⁰ L'ensemble des participants de l'enquête quantitative (à l'exception d'une autorité contractante) ont également pris connaissance de l'avis du Conseil d'Etat du 15 septembre 2023.

⁴⁶¹ Cinq autorités contractantes, 3 opérateurs économiques et 3 avocats.

⁴⁶² Une entreprise du panel de l'enquête qualitative admet que, jusqu'à présent, rien ne s'opposait juridiquement à une modification sèche des prix ou de la clause de révision des prix. Pour autant, la modification d'un BPU ou la mise en place d'une clause de révision a parfois été retoquée par des préfetures qui demeuraient strictes quant à l'intangibilité d'un prix ferme. L'avis du Conseil d'Etat est donc important sur ce point, surtout pour les entreprises par la souplesse qu'il apporte. Une autre entreprise rapporte que jusqu'à l'avis, plusieurs autorités contractantes se réfugiaient derrière la position de la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances et de la circulaire « Castex » pour refuser des modifications sèches du prix. Pour autant, les opérateurs économiques faisaient souvent des telles demandes tout en se restreignant pour éviter des poursuites pénales pour avantage injustifié. La formule de révision du prix ou le prix lui-même ont parfois été modifiés sans qu'il n'y ait de condamnation pénale par la suite. L'avis permet de débloquent des problèmes juridiques immédiatement dans la pratique où les autorités contractantes qui étaient conscientes du bien-fondé de nos demandes cherchaient un moyen d'y répondre légalement.

⁴⁶³ Un opérateur économique ne se prononce pas du fait du caractère récent de l'avis du Conseil d'Etat. Un autre, intervenant explique ne pas être concerné par cet avis du fait de la spécificité de leurs contrats qui ne possèdent ni prix, ni tarifs, mais un pourcentage de redevances, et qu'il ne soulève pas la théorie de l'imprévision, laquelle est toujours accueillie avec méfiance par les collectivités.

⁴⁶⁴ Cette autorité contractante explique : « *Pendant le Covid, on avait l'impression de pouvoir tout faire sans limite concernant le prix. Mais pour la hausse des matières premières, on brandit l'intangibilité des prix : c'était complètement déconnecté de la réalité opérationnelle. Il nous fallait de la souplesse pour continuer l'exécution des contrats tout en garantissant la bonne gestion des deniers publics, et sans mettre en difficulté l'entreprise titulaire ou concessionnaire.* »

cette interprétation issue de la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances⁴⁶⁵. Les négociations vont donc pouvoir reprendre avec des fondements juridiques solides et assurant une certaine sécurité juridique aux avenants à venir modifiant le prix ou les tarifs des contrats en cours d'exécution. Pour autant, un avocat interrogé regrette l'absence d'approfondissement de la part du Conseil d'Etat et de la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances et se questionne sur les indices pertinents à prendre en considération pour les formules de révision des prix et sur la bonne périodicité. Il relativise son propos en rappelant que cette problématique relève plus des compétences des opérationnels que du Conseil d'Etat.

Critiques d'autorités contractantes interviewées. L'avis demeurerait, toutefois, peu viable en pratique, selon une autorité contractante. En effet, systématiquement, les hausses de prix sont limitées dans le temps et la formule de révision n'est pas en elle-même affectée, mais plutôt sa périodicité en fonction des familles d'achats. L'appréciation de la limite de 50 % du montant initial est alors délicate à effectuer⁴⁶⁶. De plus, la clause de révision de prix s'inscrit en dehors de la modification du contrat initial et ne remet pas en cause la mise en concurrence initiale puisqu'elle est prévue par le contrat mis en concurrence. Une collectivité territoriale ajoute à ce constat que l'avis intervient trop tardivement au regard des enjeux économiques :

« Certaines entreprises n'arrivent plus à assurer leurs prestations et il nous faut les indemniser. Le problème est que, dans notre cas, la préfecture a bloqué toute indemnisation. Or, pour des TPE ou PME ces augmentations peuvent leur être fatales. De plus, il faut que les finances des collectivités suivent alors que nous avons de moins en moins de ressources surtout avec la suppression de la taxe d'habitation, alors que notre volume d'achat est à plus d'un milliard pour certains marchés, et qu'il faut composer avec le risque qu'une révision des prix emporte une modification substantielle du contrat au regard de l'augmentation importante du prix. En cela, l'avis du Conseil d'Etat ne répond pas aux attentes du terrain. »

Une autre collectivité territoriale relativise également l'apport du Conseil d'Etat dans son avis sur les modifications sèches des prix en regrettant l'absence de précisions quant à la possibilité pour une autorité contractante d'exiger du cocontractant une modification de la

⁴⁶⁵ Voir l'état du droit positif et de la doctrine en première partie du rapport.

⁴⁶⁶ Sur ce point, la majorité des autorités contractantes relève que le seuil de 50 % est rarement atteint en pratique, sauf sur de rares contrats.

formule de révision des prix⁴⁶⁷ et le silence gardé sur d'autres solutions pour soutenir économiquement un cocontractant en situation financière délicate comme les avances, ou la possibilité de prévoir, dans des marchés à bon de commande, des BPU provisoires avec des prix réhaussés au regard de l'inflation et un retour à la normale après l'inflation.

Par ailleurs, une autre autorité contractante s'étonne de l'insertion du Conseil d'Etat par laquelle il énonce que les modifications non-substantielles ne peuvent gérer les circonstances imprévisibles. L'imprécision de la notion de modification non-substantielle augmente.

Critiques d'opérateurs économiques interviewées. De leur côté, si les entreprises interviewées sont satisfaites de la remise en cause « du sacrosaint principe de l'intangibilité totale du prix », la principale critique qu'elles formulent porte sur le caractère non-obligatoire de la modification du prix ou des tarifs, demeurant une simple faculté pour l'autorité contractante. En ce sens, un des opérateurs économiques interrogés confie que peu de ses clients recourent à des modifications sur le fondement des dispositions du Code de la commande publique, privilégiant ainsi les documents contractuels. Il témoigne également que certains maîtres d'ouvrage publics concluraient des marchés de longue durée sans clause de révision des prix alors même que ceci est obligatoire, et que, malgré les arguments juridiques présentés par l'entreprise (avec l'appui de l'avis du Conseil d'Etat et la circulaire « Borne »), l'autorité contractante leur opposerait les documents du contrat initial et le consentement de l'entreprise. Pour ces situations-là, l'avis récent du Conseil d'Etat et la circulaire « Borne » n'apportent aucun changement dans la pratique dès lors que l'autorité contractante demeure libre de modifier ou non les prix ou les tarifs. S'il est vrai que l'absence d'obligation de modification se justifie par la nécessité d'un consentement de l'acheteur public ou de l'autorité concédante, la loyauté contractuelle et la préservation de l'intérêt général⁴⁶⁸ pourraient constituer des motifs intéressants pour, au minimum, exiger des discussions sur des modifications sèches du prix sous certaines conditions.

Pour autant, avec cet avis, deux opérateurs économiques interviewés estiment que la modification sèche du prix a l'avantage de permettre une analyse de la pertinence de la clause

⁴⁶⁷ Cette collectivité territoriale explique que, l'année dernière, dans le cadre d'un marché de transport public, la formule de révision des prix a engendré une hausse de quatre millions d'euros sur l'année alors même que les charges du transporteur n'ont pas augmenté. Une modification de la formule de révision des prix aurait été ici pertinente pour préserver les deniers publics.

⁴⁶⁸ L'intérêt général pourrait être affecté si le marché ou la concession sont mal exécutés en raison de difficultés financières du titulaire ou du concessionnaire. Le projet lui-même peut être remis en cause ou accroître plus encore les dépenses pour l'autorité contractante sur le long terme, en particulier si le projet doit être repris presque intégralement.

de révision du prix en fonction du marché, en particulier des index et de la périodicité, ainsi que de la présence ou non d'une clause butoir ou de sauvegarde. L'un d'eux explique :

« Le simple fait de discuter, avant, de la non-pertinence de l'index, les acheteurs se réfugiaient derrière le bouclier « Doctrine de Bercy ». Ce ne sera probablement plus le cas aujourd'hui avec la circulaire « Borne » et les fiches de la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances. Toutefois, il faudra voir si cela sera suivi d'effets ou non car nous sommes, ici, dans du droit souple. Il n'y a pas de véritable contrainte : c'est laissé au bon vouloir des parties. Voilà, la principale limite de l'exercice. »

Une autre entreprise interrogée confie se saisir de cet avis afin de convaincre les acheteurs publics d'insérer des clauses de révision des prix dans ses marchés publics de prestations intellectuelles dans un domaine où le prix est généralement ferme alors même que les parties peuvent être confrontées à un aléa majeur, à savoir actuellement le contexte économique qui incite à adopter une politique salariale plus dynamique (c'est-à-dire d'augmenter les salaires des salariés dans des proportions non-prévues initialement). Ce même opérateur économique entend également faire disparaître les parties fixes des clauses de révision des prix qui, par la pondération des indices qu'elle engendre, réduit les effets des indices.

Questions restant en suspens selon les interviewés. En outre, l'avis du Conseil d'Etat du 15 septembre 2022 laisse subsister quelques questions pour les opérateurs économiques concernant la modification sèche du prix ou des tarifs en particulier concernant la date d'entrée en vigueur du prix modifié (à la date de la signature de l'avenant ou avec effet rétroactif⁴⁶⁹). Ces doutes sont partagés par une autorité contractante qui se questionne, au-delà du caractère rétroactif d'un avenant, de l'étendue de cette rétroactivité pour résoudre la problématique engendrée par la situation imprévisible, sachant que certains de ses cocontractants entendent intégrer à la situation actuelle les effets de la crise sanitaire de 2020.

Précisions apportées par les sondages en ligne. Les sondages en ligne, quant à eux, n'apportent pas plus d'éléments critiques. Leurs résultats enseignent cependant sur la pratique avant et après l'avis du Conseil d'Etat du 15 septembre 2023 en matière de modification sèche du prix ou des tarifs. Huit avocats sondés contre 4 suivaient, avant cet avis,

⁴⁶⁹ Le risque de l'effet rétroactif est de conclure un avenant de régularisation illégal.

les orientations de la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances et l'interprétation de la circulaire « Castex » du 30 mars 2022⁴⁷⁰, et ont indiqué que cet avis aura des répercussions dans leur pratique. Toutefois, 5 avocats sur 11 conseillaient, avant l'avis du Conseil d'Etat, des modifications sèches du prix ou des tarifs (soit 45,4 %).

De leur côté, la majorité des opérateurs économiques (10 sur 11, soit 90,9 %) suivaient, avant l'avis du Conseil d'Etat, les orientations de la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances et l'interprétation de la circulaire « Castex »⁴⁷¹. L'un d'eux indique qu'il tentait de se prévaloir de ses orientations avec plus ou moins de succès. Un autre souligne que les clients publics admettent plus facilement, désormais, la modification sèche du prix depuis la publication de l'avis du Conseil d'Etat. Partant, la majorité des opérateurs économiques (10 sur 11, soit 90,9 %) estiment que cet avis aura des répercussions dans leur pratique. Seulement, un opérateur économique regrette que cet avis laisse trop de liberté à l'acheteur puisque « *tout dépendrait de sa volonté, et généralement il ne veut pas vraiment* ».

Quant aux autorités contractantes sondées, 37 sur 41 (soit 90,2 %) suivaient, avant l'avis du Conseil d'Etat, les orientations de la direction des affaires juridiques et la circulaire « Castex »⁴⁷². Une autorité contractante indique qu'une circulaire du préfet conforme à la position de la circulaire « Castex » l'avait dissuadé d'aller à l'encontre de la doctrine gouvernementale. Pour autant, avant l'avis du Conseil d'Etat, 10 autorités contractantes sur 41 (soit 24,3 %) admettent avoir procédé à des modifications sèches du prix ou des tarifs, notamment, pour l'une d'elles, à travers des mises à jour de catalogue dans le cadre de l'obsolescence des matériels ou, pour une autre, en vue de maintenir la poursuite de l'exécution d'un marché.

⁴⁷⁰ Toutefois, un avocat indique que la notion de modification sèche du prix est inventé par la direction des affaires juridiques pour des raisons de politique budgétaire ne reposant sur aucun fondement juridique.

⁴⁷¹ Pourtant, avant l'avis du Conseil d'Etat, 2 opérateurs économiques sondés sur 9 procédaient à des modifications sèches du prix ou des tarifs.

⁴⁷² Un des sondés indique ne pas suivre ces orientations dans le cadre de ses marchés de défense et sécurité.

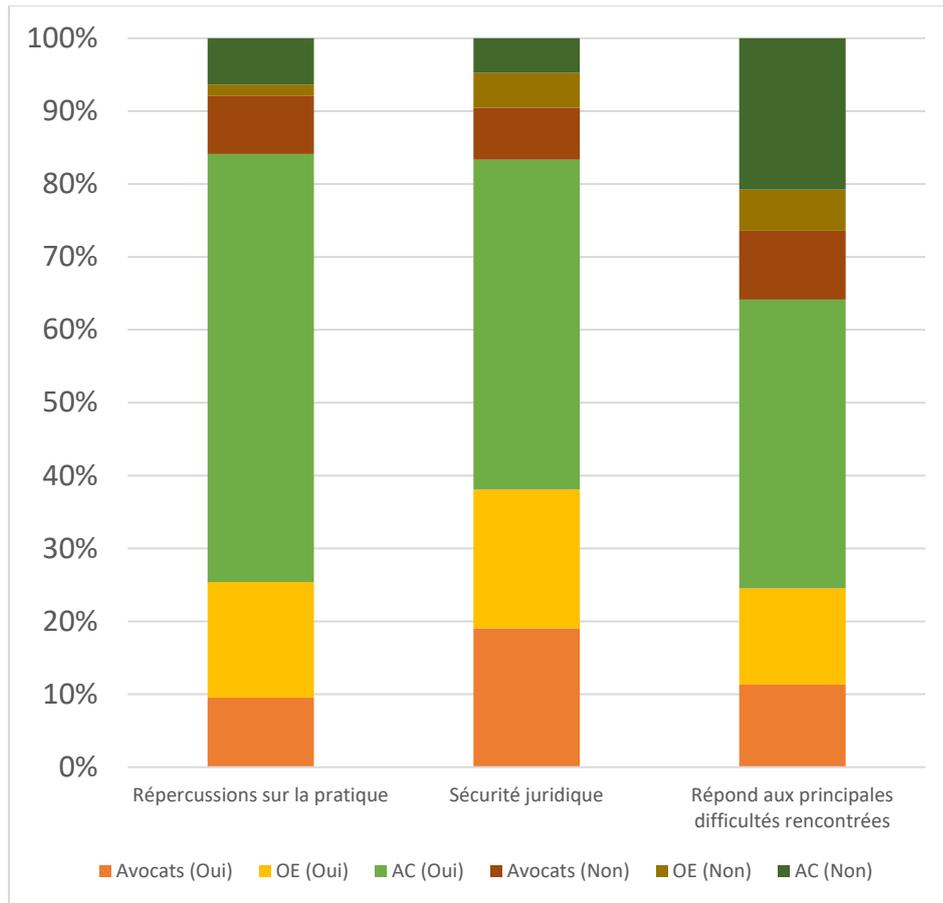


Figure 3.22 : Influence de l’avis du Conseil d’Etat du 15 septembre 2022 sur la pratique selon les sondages en ligne

Opinion des participants sur l’indemnisation pour imprévision. Par ailleurs, sur l’indemnisation du cocontractant en application de la théorie de l’imprévision, l’ensemble des avocats du panel de l’enquête semble plutôt favorable à la position libérale du Conseil d’Etat⁴⁷³, même s’ils restent plus critiques sur l’absence de modification emportée par l’indemnité d’imprévision. Un seul d’entre eux suit l’avis du Conseil d’Etat sur ce point puisque le régime de la théorie de l’imprévision fait partie intégrante de l’environnement contractuel en ce sens que lorsqu’il est mis en œuvre, il ne s’agirait *in fine* que d’une application du contrat lui-même afin d’assurer sa survie dans son environnement⁴⁷⁴. Pour lui, alors que 2 de ses

⁴⁷³ Le sondage en ligne pour les avocats apporte quelques éclairages pratiques. Cinq avocats contre 7 éprouvaient des difficultés, avant l’avis du Conseil d’Etat, à appliquer les conditions de la théorie d’imprévision. Selon seulement 2 avocats sur 10, cet avis répond à leurs difficultés rencontrées par le passé pour mettre en œuvre la théorie de l’imprévision.

⁴⁷⁴ Cet avocat est suivi par 7 avocats contre 4 du sondage en ligne, ainsi que par 39 autorités contractantes sur 67 et 8 opérateurs économiques sur 9. Un opérateur économique ne suit pas le Conseil d’Etat dans sa non-assimilation

confrères interviewés et 3 autorités contractantes doutent de la conformité au droit de l'Union européenne (tant sur le plan du droit de la commande publique que sur celui des aides d'Etat), l'avis n'a nullement modifié la théorie de l'imprévision et n'a fait qu'en rappeler le régime, un régime qui n'a jamais posé de problèmes majeurs pour la CJUE ou la Commission qui n'ont jusqu'à présents pas réagi aux versements d'indemnité d'imprévision, malgré l'ancienneté de la théorie française⁴⁷⁵. Pour autant, ajoute-t-il, « si la théorie est mal appliquée, une requalification en libéralité ou en aide d'Etat illégale n'est pas à exclure » : la prudence est alors de mise pour les personnes publiques.

Intérêt général modéré pour l'avis. L'avis du Conseil d'Etat sur ce point n'attire pas l'attention de la majorité des autorités contractantes⁴⁷⁶ et des opérateurs économiques interrogés soit parce qu'ils ne l'appliquent pas en pratique, soit parce qu'ils ne remarquent aucun apport particulier, le Conseil d'Etat ne faisant que rappeler le régime de la théorie de l'imprévision (à l'exception de la non-assimilation à une modification du contrat qui n'a pas appelé de commentaires spécifiques des entreprises interviewées, seulement de 3 autorités contractantes qui y voient concrètement une modification du prix)⁴⁷⁷. Deux entreprises interrogées précisent que cet avis consolide, dans une certaine mesure, leur stratégie de privilégier la modification du prix et, à titre subsidiaire, si elles n'y parviennent pas à faire jouer la théorie de l'imprévision sachant que, même si c'est un droit pour le cocontractant, l'indemnisation sera plus faible que l'apport d'une modification sèche du prix. Dès lors, en cas

de l'imprévision à une modification du contrat. Pour lui, on reste dans l'exécution d'un contrat : « *Ainsi, même si nous subissons un évènement imprévisible cela a une incidence sur le contrat. Toute demande financière liée à son exécution devrait être gérée contractuellement. Par exemple, la clause de révision des prix permet de refléter la réalité économique et de l'intégrer contractuellement. L'imprévision devrait être comprise de la même manière, et si ce n'est pas le cas, cette différence de traitement est source d'inconfort contractuel* ». Dans le même sens, pour une autorité contractante, dans les faits, l'indemnisation emporte parfois une modification car il peut arriver que l'acte juridique, support de l'indemnité d'imprévision (transaction par exemple), soit signé après l'expiration de la durée de validité du contrat. Mais, il ne devrait pas être exclu qu'elle puisse également être une modification du contrat : « *A titre d'exemple, qu'est-ce qui s'opposerait à ce que l'indemnité d'imprévision puisse être un nouveau poste de bordereau des prix ou de la décomposition du prix global et forfaitaire ?* »

⁴⁷⁵ Dans le cadre de l'enquête quantitative, 3 avocats sur 8, 17 autorités contractantes sur 23 et 5 opérateurs économiques sur 6 considèrent que cette position est conforme au droit de l'Union européenne.

⁴⁷⁶ Pour l'une d'elles, l'indemnité d'imprévision est un faux sujet : « *En réalité, c'est le fait que les candidats se font rares à cause de l'impossibilité pour les entreprises de déterminer avec justesse les prix futurs pour leurs offres qui pose actuellement des difficultés.* »

⁴⁷⁷ Cependant, les sondages révèlent que pour 21 autorités contractantes sur 32 et 7 opérateurs économiques sur 10, cet avis répond à leurs difficultés rencontrées par le passé pour mettre en œuvre la théorie de l'imprévision. Et, *in fine*, pour la majorité des autorités contractantes (Oui = 19 ; Non = 2) et des opérateurs économiques (Oui = 3 ; Non = 1 ; Oui et non = 5), cet avis sera source de sécurité juridique et de clarification du cadre juridique. Pour deux autorités contractantes, l'avis va clarifier le cadre juridique, mais aurait pu aller plus loin. En outre, une autorité contractante doute de la clarification du fait de la forme que prendra l'indemnisation (avenant ou convention) et de la question du dessaisissement des commissions d'appel d'offres. Enfin, pour une autre autorité contractante, cet avis est à relativiser puisque seules les entreprises d'une certaine taille solliciteraient de telles demandes.

d'indemnisation pour imprévision, les opérateurs économiques ayant participé au sondage en ligne affirment privilégier désormais le protocole transactionnel (pour 7 d'entre eux), puis la convention d'indemnisation des charges d'imprévision (pour 4 d'entre eux) et, en dernier lieu, l'avenant transactionnel (pour 2 d'entre eux). Dans cette continuité stratégique, une autorité contractante admet qu'elle ne privilégiera pas les modifications sèches du prix mais la théorie de l'imprévision puisque celle-ci offre une indemnisation partielle et nécessite d'être démontrée à comptabilité ouverte. Si une indemnité pour imprévision devrait alors être versée, les résultats de l'enquête quantitative témoignent que les autorités contractantes favoriseraient aujourd'hui la conclusion d'une convention d'indemnisation (pour 15 d'entre elles), puis l'avenant transactionnel (pour 13 d'entre elles) et, en dernier lieu, le protocole transactionnel (pour 11 d'entre elles)⁴⁷⁸.

Besoin d'accompagnement sur l'indemnisation pour imprévision. La majorité des autorités contractantes et des opérateurs économiques du panel de l'enquête qualitative attendent surtout un accompagnement des autorités contractantes par le ministère de l'économie et des finances en produisant des modèles de convention d'indemnisation d'imprévision, la circulaire « Borne » n'étant pas satisfaisante sur ce point. D'autres difficultés sont également soulevées par les participants, notamment sur l'assujettissement ou non à la TVA de l'indemnité d'imprévision. La question est aujourd'hui tranchée positivement à la suite de la réponse de la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances sur le fondement de l'article 256 du Code général des impôts :

« Conformément à l'article 256 du CGI, sont soumises à la TVA les livraisons de biens et prestations de services effectuées à titre onéreux par un assujetti agissant en tant que tel. Selon une jurisprudence constante, une prestation de services n'est effectuée « à titre onéreux », au sens de cette disposition, que s'il existe entre le prestataire et le bénéficiaire un rapport juridique au cours duquel des prestations réciproques sont échangées, la rétribution perçue par le prestataire constituant la contre-valeur effective du service fourni au bénéficiaire.

L'existence d'une prestation de services ou d'une livraison de biens effectuée à titre onéreux est l'une des conditions requises pour l'assujettissement à la TVA d'une

⁴⁷⁸ Une autorité contractante explique faire à la fois des protocoles transactionnels et des conventions d'indemnisation tandis que deux autres suivent soit les directives de la direction générale des finances publiques en privilégiant les conventions d'indemnisation soit la préfecture.

opération, rappelée de façon constante tant dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) que dans celle des juridictions nationales.

Il résulte de la jurisprudence de la CJUE qu'il ne peut en être ainsi que s'il existe un lien direct entre le service rendu et la contre-valeur reçue, les sommes versées constituant la contrepartie effective d'un service individualisable fourni dans le cadre d'un rapport juridique où des prestations réciproques sont échangées.

[...]

A contrario, une indemnité qui a pour objet exclusif de réparer un préjudice, n'a pas à être assujettie à cet impôt si elle ne constitue pas la contrepartie d'une livraison ou d'une prestation de services.

[...]

S'agissant plus spécifiquement de l'indemnité d'imprévision, celle-ci est prévue à l'article L. 6 du code de la commande publique pour les contrats administratifs relevant de ce code, sous réserve de ceux mentionnés au livre V de la deuxième partie et au livre II de la troisième partie de ce même code.

Le versement de l'indemnité d'imprévision a pour finalité de permettre au cocontractant de l'administration d'assurer l'exécution du contrat en lui attribuant des sommes destinées à couvrir temporairement son déficit d'exploitation résultant de la survenance d'un événement imprévisible et indépendant des parties.

Dès lors, il existe un lien direct entre le principe du versement de l'indemnité d'imprévision et la réalisation des livraisons de biens et prestations prévues par le contrat.

À l'instar des sommes versées en application d'une clause de révision de prix, ces sommes versées par l'acheteur public au titulaire du marché public sur le fondement de la théorie de l'imprévision s'analysent comme la contrepartie des opérations imposables effectuées par ce dernier et doivent en conséquence être soumises assujetties à la TVA. »⁴⁷⁹

⁴⁷⁹ DAJ, Ministère de l'économie, des finances et de la souveraineté industrielle et numérique, « Assujettissement de l'indemnité d'imprévision à la TVA dans les contrats publics », 8 décembre 2022, disponible en ligne : <https://www.economie.gouv.fr/daj/assujettissement-de-lindemnite-dimprevision-la-tva-dans-les-contrats-publics>.

Critique de l'inscription facultative de l'indemnité d'imprévision dans le décompte général et définitif. En outre, une entreprise s'interroge sur la portée d'une renonciation à une indemnité d'imprévision dans le cadre d'un avenant avant le décompte général et définitif à travers une clause de renonciation. Par ailleurs, l'absence de l'indemnité d'imprévision dans les décomptes généraux et définitifs signés entre mars 2022 et le 15 septembre 2022 questionne et ne rassure pas tant les autorités contractantes que les entreprises : les opérateurs économiques pourront-ils réclamer une indemnité d'imprévision sachant que l'avis du Conseil d'Etat n'exige pas la présence de l'indemnité d'imprévision dans le décompte général et définitif ? Ceci est un risque important également pour les autorités contractantes de devoir indemniser sur le fondement de la théorie de l'imprévision un ancien titulaire de marché après la signature du décompte général et définitif.

De même, quatre avocats participants à l'enquête estiment que de nombreuses questions courantes en pratique demeurent encore sans réponse de la part du Conseil d'Etat. Tout d'abord, l'un d'entre eux confronte l'avis du 15 septembre 2022 à son expérience du terrain :

« Le Conseil d'Etat nous dit, à peu près que la modification est principale et l'indemnité d'imprévision subsidiaire. Mais, en réalité, soit on modifie les contrats avec les règles classiques, soit on soulève la théorie de l'imprévision. Sachant que la modification ne peut pas être imposée à la personne publique alors que l'indemnisation le peut puisque l'indemnisation pour imprévision est un droit, je privilégie pour mes clients l'imprévision à la modification dans un contexte que l'on connaît. De plus, le Conseil d'Etat nous dit qu'on peut invoquer l'imprévision même après un décompte général et définitif. Mais, jusqu'à quand ? Dans la réalité, les demandes sont faites en même temps que les réclamations sur le décompte général. Enfin, dire que c'est une charge extracontractuelle qui n'est pas obligatoirement inscrite au décompte général et définitif, c'est un aveu de la part du Conseil d'Etat qu'il ne connaît pas la réalité d'un marché et celle d'une entreprise. Les charges sont liées à l'exécution du contrat. Plus encore, tant les entreprises que les personnes publiques préfèrent l'inscription au décompte général et définitif pour que la créance soit immédiate et éviter une attente de plusieurs années dans le règlement du marché. »

Sur ce dernier point, la majorité des avocats interrogés indiquent qu'ils continueront de conseiller leur clientèle à inscrire les indemnités d'imprévision dans le décompte général et

définitif pour éviter toute insécurité juridique tant que les juridictions administratives n'ont pas traité de la question au fond⁴⁸⁰. Une autorité contractant les suit en confiant qu'elle continuera d'exiger de ses maîtres d'œuvre d'inscrire ces indemnités dans le décompte général et définitif⁴⁸¹. En outre, l'absence de précisions dans l'avis sur les modalités de preuve et de calculs de la charge extracontractuelle, ainsi que sur les postes d'indemnisation se fait ressentir dans les propos de trois avocats du panel de l'enquête. Enfin, un des avocats de l'enquête quantitative s'inquiète de l'insécurité juridique engendré par cet avis sur les délais de contestation des refus d'indemnisation, par exemple, quand la demande est fondée alternativement sur plusieurs fondement (à titre principal sur la faute, à titre subsidiaire sur l'imprévision).

⁴⁸⁰ Le sondage en ligne confirme cette opinion. Six avocats sondés contre 2 vont continuer à conseiller leurs clients d'inscrire les indemnités d'imprévision dans le décompte général et définitif (soit 75 %). Les deux autres se posent la question de savoir s'ils vont continuer ou non de conseiller leurs clients d'inscrire les indemnités d'imprévision dans le décompte général et définitif. S'agissant des modalités d'indemnisation au titre de la théorie d'imprévision, 7 avocats vont conseiller à leurs clients le protocole transactionnel, quatre vont conseiller la convention d'indemnisation des charges d'imprévision et deux vont conseiller l'avenant transactionnel. Un avocat souligne que le nom de l'acte indemnissant pour imprévision importe peu : « *c'est de la cosmétique* ».

⁴⁸¹ Quatorze autorités contractantes ayant répondu à l'enquête quantitative (sur 26 ayant répondu à la question, soit 53,8 %) confirme cette approche. Les opérateurs économiques, dans leurs réponses au sondage en ligne, s'inscrivent dans cette lignée. Sept opérateurs économiques sur 10 (soit 70 %) pensent à inscrire les indemnités d'imprévision dans le décompte général et définitif. L'un d'eux précise que ceci accroît la sécurité juridique en cas de requalification par un tribunal de la demande en réclamation sur un autre fondement contractuel et de ne pas être forclos dans son action.

§V. REGLEMENT DES DIFFERENDS LIES AUX MODIFICATIONS OU AUX REFUS DE MODIFICATIONS

RESUME D'ETAPE N° 5

Sur l'aspect de la résolution des différends, il est remarquable que rares sont les cas dans lesquels, en matière de modification ou de refus de modification, un contentieux se noue.

La résolution amiable, quant à elle, semble aux yeux des avocats peu mise en œuvre, alors même que les autorités contractantes et les opérateurs économiques relatent de nombreux cas de résolution amiable, tant lors des entretiens de l'enquête qualitative que des sondages en lignes de l'enquête quantitative. Les raisons de cette divergence d'opinions se trouvent peut-être dans le fait que plusieurs différends se résolvent sans l'intervention d'avocats, potentiellement à travers des gestes commerciaux en faveur des autorités contractantes ou l'acceptation des demandes des opérateurs économiques.

Les entretiens avec les opérateurs économiques soulèvent, par ailleurs, deux points importants à souligner : les retours d'expériences vis-à-vis des CCIRA et du CCNRA, et la méfiance croissante envers les juridictions administratives.

S'agissant des CCIRA et du CCNRA, tout d'abord, le constat dressé par les opérateurs économiques est alarmant tant ces comités sont engorgés par les saisines. Les délais de traitement s'allongent, réduisant l'utilité de cette solution amiable de résolution des différends qui perd en efficacité et en intérêt au regard des attentes des opérateurs économiques. En effet, il ne faut pas oublier que les opérateurs économiques reprochent à la Justice sa lenteur dont la conséquence est le gel d'une créance sur plusieurs années. Tel est le risque, à terme, avec les CCIRA et le CCNRA, d'autant plus que lorsque l'avis ne lie pas le juge administratif et que les parties peuvent introduire, ensuite, une action contentieuse allongeant là-encore le gel de la créance. Plusieurs pistes de réflexion ont été évoquées par deux opérateurs économiques en vue d'améliorer l'efficacité des CCIRA et du CCNRA consistant, principalement, en une augmentation des moyens financiers (augmentation des indemnités), matériels (attribution d'un lieu propre, fixe et déterminé) et humains (magistrats détachés ou mandat de cinq ans dès le départ à la retraite d'un magistrat de l'ordre administratif) des comités. Des évolutions structurelles ont également été évoquées, notamment en transformant ces organismes en une chambre spécialisée des juridictions administratives en matière de marchés publics ou en autorité administrative indépendante (voire en juridiction administrative spécialisée) dont les avis deviendraient obligatoires et exécutoires sauf à ce qu'une des parties les contestent devant le juge administratif. Les idées sont finalement nombreuses et témoignent de l'attachement des opérateurs économiques à cette voie de résolution des différends.

S'agissant, enfin, de la perte de confiance en la justice administrative, ce sentiment est, là-encore, propre aux opérateurs économiques, les autorités contractantes n'ayant fait part d'aucun témoignage en ce sens. Outre le délai déraisonnable de traitement des recours contentieux évoqué préalablement,

cette méfiance s'exprime surtout dans le ressenti général des entreprises d'une incompréhension techniques des projets par les juges administratifs et une méconnaissance du milieu des affaires et des entreprises. Les décisions seraient alors souvent en faveur des autorités contractantes au nom de la préservation des deniers publics. Ces critiques ne sont toutefois pas partagées par les autorités contractantes, non plus par les avocats.

Annnonce du plan. Dans le cadre des entretiens, les autorités contractantes, les opérateurs économiques et les avocats du panel de l'enquête furent interrogés sur leur pratique des modes alternatifs de règlement des différends (A.) et sur celle de la résolution contentieuse (B.).

A. Pratique des modes alternatifs de règlement des différends

Faible recours à la médiation selon les avocats interviewés. Malgré la rapidité, l'efficacité et la rentabilité du mécanisme, la résolution amiable des différends n'est pas encore ancrée dans la culture de la commande publique française selon les avocats interviewés qui reconnaissent n'en traiter que rarement, voire jamais pour deux d'entre eux. Un avocat interviewé signale que sur dix dossiers de médiation, seulement trois sont allés jusqu'au stade de la signature d'un protocole transactionnel. La raison principale, selon lui, des échecs des négociations viendrait du fait que le différend se transforme progressivement en « *un conflit de personnes et, malheureusement, chacun campe sur sa position* ». Il ajoute que « *les rares médiations qui aboutissent sont celles sur proposition du juge administratif car les parties craignent que l'absence d'accord leur soit par la suite préjudiciable au contentieux* ».

Constat infirmé par les autres participants aux deux enquêtes. Ce constat porté par ces avocats lors des entretiens doit être tempéré par les retours d'expériences des autorités contractantes et des opérateurs économiques, ainsi que de leurs confrères, dans le cadre des sondages en ligne⁴⁸². En effet, il ressort des entretiens que la culture de la résolution

⁴⁸² Dans le cadre de l'enquête quantitative, 5 avocats (représentant 35,7 %) confient recourir très régulièrement aux modes alternatifs des règlements des différends (par exemple via une conciliation, une médiation ou un arbitrage) afin de résoudre les différends de leurs clients en matière de modification ou de refus de modification. Un seul avocat n'y recourt jamais (soit 7,1 %), 2 y recourent rarement (soit 14,2 %), 2 autres y recourent parfois (soit 14,2 %), 3 y recourent régulièrement (soit 21,4 %) et un seul avocat y recourt systématiquement (soit 7,1 %). L'ensemble des avocats privilégient la médiation ou la conciliation par avocats des parties pour résoudre à l'amiable les différends de leurs clients en matière de modification ou de refus de modification. Sept avocats contre 4 privilégient la médiation sur ordonnance du juge administratif (soit 63,6 %) et 3 avocats contre huit privilégient la médiation ou la conciliation par le CCIRA (soit 27,2 %). Aucun avocat ne privilégie la médiation ou la conciliation par un comité constitué de spécialistes (ingénieurs et/ou juristes) déterminé avant le différend, tout comme dans le cas de la médiation ou la conciliation par un comité constitué de spécialistes (ingénieurs et/ou juristes) déterminé en cours d'exécution. Un avocat précise sur les CCIRA ne sont pas très utiles en raison de leur lenteur, de leur manque de réalisme et de leur déconnexion vis-à-vis des positions du juge administratif. Il ajoute que les avis des CCIRA ne sont pas souvent suivis (voire jamais) par les maîtres d'ouvrage. Une médiation ordonnée par le tribunal administratif est bien plus utile. Enfin, selon la majorité des avocats (9 sur 14, soit 64,2 %) la proportion des recours juridictionnels de leurs clients liés à l'exécution se concluant par une résolution amiable se situe en-dessous de 25 % et seuls 3 avocats (soit 21,4 %) la situe entre 25 % et 100%.

amiable des différends se développe fortement et qu'ainsi les modes alternatifs de règlement des différends serait de plus en plus sollicité par les parties à un contrat de la commande publique⁴⁸³.

Pratique de la résolution amiable. A l'exception d'une autorité contractante interviewée pour qui la médiation est prohibée en raison d'un accord international, les 10 autres interrogées y sont dans l'ensemble favorables même si 6 d'entre eux n'en connaissent que rarement. Il demeure que la résolution amiable est privilégiée pour éviter une issue contentieuse du litige⁴⁸⁴. A ce titre, deux autorités contractantes préfèrent résoudre les différends à travers des discussions directes et sans intermédiaires avec leurs cocontractants, la médiation ou la conciliation n'intervenant qu'en cas d'enlisement des discussions.

Deux autorités contractantes ont instauré un organe de résolution amiable des litiges propres à certains de leurs contrats soit avec un médiateur interne⁴⁸⁵, soit avec un comité de résolution des différends devant être obligatoirement saisi préalablement à toute requête contentieuse sous peine d'irrecevabilité⁴⁸⁶.

Par ailleurs, si une autorité contractante indique que la médiation est souvent à l'initiative du cocontractant et que le médiateur semblerait généralement favorable aux demandes des entreprises, 4 autres confient que la médiation leur semble impartiale et provient plus régulièrement d'un commun accord entre les parties demandant la désignation d'un médiateur au juge administratif ou saisissant les CCIRA ou le CCNRA afin de sécuriser au mieux les modifications qui pourraient en résulter. Les CCIRA sont, d'ailleurs, souvent sollicités dans le cadre de grandes opérations de travaux pour deux d'entre elles.

⁴⁸³ Dans le cadre de ces résolutions, les propos des interviewés laissent entendre que les interventions des avocats sont plus exceptionnelles, sauf dans des dossiers assez importants financièrement.

⁴⁸⁴ Les résultats des sondages confirment ces propos. Sur 34 autorités contractantes ayant répondu à la question, la proportion de leurs recours juridictionnels liés à l'exécution se concluant par une résolution amiable se situent en-dessous de 50 % pour 4 d'entre elles et entre 50 % et 100 % pour 9 d'entre elles. Seize considèrent qu'aucun de leurs recours juridictionnels ne se concluent par une résolution amiable et 5 au contraire que tous leurs recours juridictionnels se concluent par une résolution amiable. Par ailleurs, sur 38 autorités contractantes, 9 ne privilégient jamais le recours aux modes alternatifs des règlements des différends, 9 le privilégient rarement, une parfois, 10 très régulièrement et 5 systématiquement. Les types de médiation ou de conciliation privilégiés par les autorités contractantes sont la médiation ou la conciliation par avocats des parties (10 sur 20), la médiation ou la conciliation par le CCIRA (7 sur 20), la médiation ou la conciliation par un comité constitué de spécialistes (ingénieurs et/ou juristes) déterminé en cours d'exécution (5 sur 20), la médiation sur ordonnance du juge administratif (1 sur 20). Quatre autorités contractantes ont ajouté les modes de résolution suivants : tribunal arbitral, discussion entre les parties, médiateur interne, conciliation par un expert ou règlement amiable entre les parties via la négociation.

⁴⁸⁵ Celui-ci connaît essentiellement de demandes indemnitaires ne donnant pas lieu à des modifications des contrats en cours d'exécution pour les clauses litigieuses.

⁴⁸⁶ Lorsque ce comité est saisi, les délais de recours sont suspendus jusqu'au rendu de son avis. A ce titre, les avis de ce comité ne sont pas des décisions au sens de l'article 55 du CCAG-Travaux relatif au règlement amiable des différends.

De leur côté, si 2 opérateurs économiques du panel de l'enquête privilégient la résolution amiable par des solutions commerciales en vue d'entretenir de bonnes relations avec leurs clients⁴⁸⁷, les 6 autres recourent plus ou moins régulièrement à la conciliation, à la médiation (judiciaire ou non) ou à la saisine des CCIRA ou du CCNRA⁴⁸⁸. A l'exception de l'un d'entre eux en raison des disparités des pratiques en fonction des zones géographiques et du refus systématiques de certaines autorités contractantes institutionnelles de procéder à toute médiation, ceux-ci semblent satisfaits de la résolution des différends par la médiation ou la conciliation, en matière de modification ou de non modification des contrats de la commande publique⁴⁸⁹. Les avantages sont nombreux en comparaison de la résolution contentieuse en particulier grâce aux délais de traitement plus courts impliquant donc moins de frais que dans un contentieux juridictionnel. De plus, ces procédures généreraient moins de conflit entre les parties, notamment par leur volonté commune de résoudre leur différend⁴⁹⁰, et seraient un bon substitut aux CCIRA et au CCNRA, aujourd'hui engorgés.

Pour autant, la médiation reste peu accessible en raison de son coût et ne se justifie que lorsque l'enjeu financier est important. Aussi est-il rare, selon l'une des structures interviewées que des TPE ou des PME s'aventure dans cette voie-là.

Opinions majoritairement négative des CCIRA et du CCNRA. S'agissant des CCIRA et du CCNRA, les avis des interviewés⁴⁹¹ sont assez mitigés sur l'efficacité et l'utilité de ces organismes. Sur les 6 opérateurs économiques interrogés ayant eu affaire à ces comités,

⁴⁸⁷ Pour l'un des deux, le recours à la conciliation, à la médiation ou au CCIRA est seulement une stratégie pour justifier la légitimité de sa demande de modification et ne sert finalement que comme menace à l'encontre de l'autorité contractante.

⁴⁸⁸ Le protocole transactionnel est également parfois envisagé. Sur ce point, voir *supra*. En outre, les résultats de l'enquête quantitative confirment les propos des entretiens. La proportion des recours juridictionnels liés à l'exécution se concluant par une résolution amiable est inférieure à 50 % pour 4 opérateurs économiques sondés et entre 50% et 100% pour 2 autres. Trois privilégient systématiquement le recours aux modes alternatifs des règlements des différends, 4 très régulièrement, 2 rarement et 2 parfois. Les types de médiation ou de conciliation que les opérateurs économiques favorisent sont la médiation sur ordonnance du juge administratif (7 sur 8), la médiation ou la conciliation par le CCIRA (4 sur 8), la médiation ou la conciliation par avocats des parties (2 sur 8) et la médiation ou la conciliation par un comité constitué de spécialistes (ingénieurs et/ou juristes) déterminé en cours d'exécution (1 sur 8). Trois opérateurs économiques ajoutent les types de résolution amiable suivants : médiateur des entreprise, médiation avec un seul médiateur, convention d'expertise conduite comme une expertise judiciaire et intégrant une clause de réexamen.

⁴⁸⁹ Une attention particulière est portée par une entreprise interviewée sur l'homologation par le juge à la fin de la médiation ou de la conciliation : « *Il faut faire attention avec l'homologation de la transaction à la fin du processus. Ceci n'est pas forcément judicieux car ça rajoute du temps et une phase juridictionnelle dans une démarche qui se veut en être une alternative. L'homologation n'est alors pas nécessaire.* »

⁴⁹⁰ Mieux, comme le relate l'expérience d'une entreprise interrogée, dans le cadre d'une médiation judiciaire, celle-ci peut être un bon exercice pour les parties afin de vérifier dans le cadre d'une action en reprise des relations contractuelles, si elles peuvent effectivement de nouveau s'entendre et porter un projet en commun.

⁴⁹¹ Une précision doit être ici apportée : aucun des avocats du panel de l'enquête qualitative n'a eu à y représenter sa clientèle. Un seul d'entre eux a toutefois été en appui d'un de ses clients pour deux affaires dont les avis lui ont été favorables et ont été suivies d'effets par les autorités contractantes en cause.

seuls 2 en ont une opinion favorable qui y voit un moyen de traiter en équité un différend apparu lors de l'exécution d'un contrat de la commande publique, ainsi que d'appuyer une demande de modification par avenant⁴⁹².

Les 4 autres, à la suite d'expériences qu'ils qualifient de « catastrophiques », leur reprochent principalement leur lenteur en raison de leur engorgement ainsi que la relativité des effets de leurs avis. Ceux-ci n'étant que de simples avis consultatifs, ils ne seraient pas systématiquement suivis d'effets, surtout lorsqu'ils seraient défavorables aux acheteurs publics sachant qu'en général, selon ces entreprises, l'instruction et l'avis sont souvent favorables aux acheteurs publics. D'ailleurs, le tribunal administratif ne prendrait pas forcément en considération l'avis des CCIRA en raison de son caractère consultatif.

Un directeur juridique d'une entreprise du panel de l'enquête évoque plusieurs pistes d'amélioration des CCIRA et du CCNRA afin de leur rendre leur utilité. Tout d'abord, il conviendrait, selon lui, de donner plus de moyens matériels, financiers et humains aux comités notamment en revoyant sa composition. Il pourrait s'agir de magistrats détachés à temps plein ou, lors de leur départ en retraite, avec un mandat de cinq ans également à temps plein⁴⁹³. Un lieu fixe et déterminé pourrait également être attribué aux comités. De même, une revalorisation financière serait bien accueillie par les rapporteurs puisque ceux-ci ne seraient indemnisés qu'à hauteur de 180,00 euros pour des dossiers nécessitant des heures d'analyse. En outre, une refonte plus profonde des CCIRA et du CCNRA pourrait être envisagée afin de les transformer en chambre spécialisée des juridictions administratives en matière de marchés publics ou en autorité administrative indépendante (voire en juridiction administrative spécialisée) dont les avis deviendraient obligatoires et exécutoires sauf à ce qu'une des parties les contestent devant le juge administratif⁴⁹⁴. Quoiqu'il advienne de ses vœux, le directeur juridique interrogé insiste sur l'importance de ce débat alors même que depuis la création des CCIRA en 1976⁴⁹⁵ aucune assise ou convention ne s'est tenue pour les évaluer et discuter de leurs difficultés et de leur avenir.

⁴⁹² Ce sentiment favorable est partagé par deux autorités contractantes.

⁴⁹³ Cette proposition est partagée par un autre opérateur économique interviewé qui ajoute l'inadéquation dans leur composition actuelle des CCIRA avec la réalité du terrain et de la vie des entreprises, les magistrats à la retraite y siégeant ayant un regard partial des dossiers et fortement concentré sur la préservation des deniers publics.

⁴⁹⁴ Afin de garantir à cette nouvelle forme des CCIRA et du CCNRA les fonds suffisants pour assurer ses missions dans des délais raisonnables, l'interviewé ne rejette pas l'idée que ce recours soit payant avec éventuellement un financement conjoint avec le ministère de la Justice.

⁴⁹⁵ Avec la publication du CCAG-Travaux de 1976 par le décret n°76-87 du 21 janvier 1976 approuvant le cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux (voir l'article 50 du CCAG-Travaux de 1976).

Appréciation de l'utilité et de l'efficacité des CCIRA et du CCNRA par les sondés. Dans la continuité des propos recueillis lors des entretiens, les sondages en ligne ont été l'occasion de déterminer le degré d'utilité et d'efficacité que les sondés accordent aux divers modes de résolution amiable des différends.

Retours des avocats sondés sur l'utilité et l'efficacité des CCIRA et du CCNRA. Onze avocats sondés sur 12 les considèrent utiles (soit 91,6 %). S'agissant des CCIRA et du CCNRA, 2 avocats contre 10 (soit 16,6 %) considèrent que leurs avis sont majoritairement favorables aux autorités contractantes, autant d'avocats considèrent qu'elles sont également favorables aux opérateurs économiques (soit 16,6 %). Six avocats contre 7 considèrent que les avis des CCIRA et du CCNRA ne sont que rarement suivis d'effets par les parties (soit 46,1 %) et 3 avocats contre 10 estiment qu'ils ne sont suivis d'effets qu'en cas d'avis favorable à une autorité contractante (soit 23 %). Seul un avocat sur 13 indique que ces avis ne sont suivis d'effets qu'en cas d'avis favorable à un opérateur économique (soit 7,6 %). En revanche, aucun avocat ne considère que les avis des CCIRA sont toujours suivis d'effet par les parties. En outre, concernant la transaction, 7 avocats ayant répondu à la question recourent rarement à la transaction, hors avenant transactionnel, pour résoudre des litiges de leurs clients relatifs à l'exécution des contrats publics (soit 50 %). Six avocats y recourent fréquemment (soit 42,8 %) et un avocat n'y recoure jamais (soit 7,1 %). La moitié des avocats interrogés considèrent qu'il y a rarement homologation en cas de transaction. L'autre moitié considère qu'il n'y a jamais homologation. Sept avocats (soit 50 %) privilégient la transaction pour leurs clients lors du décompte général et 6 avocats la privilégient lors du différent (soit 42,8 %). Enfin, l'ensemble des avocats considèrent que le recours à la transaction est efficace et adapté au regard des intérêts de leurs clients.

Retours des autorités contractantes sondées sur l'utilité et l'efficacité des CCIRA et du CCNRA. De leur côté, 32 autorités contractantes sur 39 (soit 82 %) notent l'utilité des modes alternatifs des différends. Trois autorités contractantes ont souligné les inconvénients des modes alternatifs de résolution des différends : la longueur des délais d'instruction ou encore l'inadéquation avec la commande publique. Une autorité contractante insiste sur l'importance d'un regard neutre d'un tiers permettant de dépassionner le différend et de faire prendre conscience que les torts sont partagés entre les parties. S'agissant des CCIRA, 6 sur 23 autorités contractantes (soit 26 %) estiment que les avis sont majoritairement favorables aux opérateurs économiques. Ces avis ne seraient que rarement suivis d'effets par les parties, selon 4 autorités contractantes, contre 2 systématiquement suivis d'effets et une uniquement

lorsque l'avis est favorable à l'autorité contractante. Concernant la transaction, 8 sur 39 autorités contractantes n'en rencontrent jamais (soit 20,5 %), hors avenant transactionnel, tandis que 18 y recourent rarement (soit 46,1 %) et 13 régulièrement (soit 33,3 %). Dix-sept admettent qu'en cas de transaction, celle-ci ne fait pas l'objet d'une homologation (soit 73,9 %), 4 rarement (soit 17,3 %) et 5 régulièrement (soit 21,7 %). Sur 26 autorités contractantes, 8 privilégient la transaction avec leurs cocontractants lors du décompte général (soit 30,7 %) et 17 lorsque le différend survient en cours d'exécution (soit 65,3 %). Une autorité contractante indique faire les transaction uniquement au contentieux (soit 3,8 %). Une autre précise transiger lorsque les prestations ne sont pas couvertes contractuellement, souvent à l'issue de leur exécution. Trente autorités contractantes sur 37 reconnaissent l'efficacité de la transaction au regard de leurs intérêts (soit 81 %). L'une d'elle précise que la transaction est efficace à la suite d'une négociation et d'une bonne volonté des parties.

Retours des opérateurs économiques sondés sur l'efficacité et l'utilité des CCIRA et du CCNRA. Enfin, parmi les opérateurs économiques sondés, 7 sur 10 estiment que les modes alternatifs de règlement des différends sont utiles (soit 70 %). L'un d'eux précise que l'utilité des modes alternatifs des règlements des différends s'explique compte-tenu de l'engorgement des tribunaux. C'est la solution pour un règlement rapide du différend. Il alerte cependant sur les CCIRA qui commencent eux aussi à être engorgés. Un autre confie que l'utilité de ces modes alternatifs de règlements des différends dépend de la situation, et qu'il est donc difficile d'en tirer une généralité. S'agissant des CCIRA, pour les opérateurs économiques, les avis des CCIRA ne sont que rarement suivis d'effets par les parties (3 sur 7, soit 42,8 %). Deux estiment qu'ils ne sont suivis d'effets qu'en cas d'avis favorable à une autorité contractante, sachant qu'un d'entre eux relève que ces avis sont majoritairement favorables aux autorités contractantes. Un seul opérateur économique considère que les avis des CCIRA sont toujours suivis d'effet par les parties (soit 14,2 %). Concernant la transaction, 6 opérateurs économiques sur 9 n'y recourent que rarement (soit 66,6 %), hors avenant transactionnel et 3 jamais (soit 33,3 %). En cas de transaction, 4 indiquent ne jamais demander d'homologation, 2 rarement. Tous les opérateurs économiques ayant répondu à la question admettent l'efficacité de la transaction au regard des intérêts de leur entreprise, même si le processus peut être long et la négociation difficile, selon l'un d'eux.

B. Pratique de la résolution contentieuse

Constat général d'un faible taux de contentieux en matière de modification ou de refus de modification. Globalement, il ressort des entretiens un faible taux de contentieux en matière de modification ou de refus de modification tant dans les propos des autorités contractantes⁴⁹⁶ que ceux des opérateurs économiques et des avocats. Pour ces derniers, à l'exception de 2 avocats interrogés pour qui le contentieux en matière de modification ou de refus de modification représentent plus de 30 % de leur activité, les autres n'en ont jamais ou que rarement. Pour certains, le contentieux est un moyen d'affirmer pour une partie sa prétention et forcer la médiation car « le contentieux crédibilise la demande », ce que confirment les propos d'une autorité contractante. Pour d'autres, il est difficile de forcer à la conclusion d'un avenant et, s'agissant du recours par des concurrents, la réalité du monde des affaires est qu'une fois le marché ou la concession attribué, le concurrent n'y porte plus vraiment d'attention et se concentre sur d'autres projets. Ce n'est pas dans la culture des affaires françaises, surtout si les entreprises entendent remporter des contrats publics à l'avenir.

Confirmation du constat par les sondages en ligne. Selon les résultats du sondage en ligne pour les avocats, l'ensemble d'entre eux considère que la proportion des modifications contractuelles (avenant ou transaction) faisant l'objet d'un recours juridictionnel de la part d'un tiers est inférieure à 25 %. Six avocats évaluent la proportion des modifications unilatérales faisant l'objet d'un recours juridictionnel indemnitaire entre 25 % et 50% (soit 46,1 %), alors que 7 avocats la situe en dessous de 25 % (soit 53,8 %). Concernant la part des demandes de rémunération complémentaire non satisfaites faisant l'objet d'un recours juridictionnel indemnitaire, la moitié des avocats (7 sur 14, soit 50 %) l'estime entre 25 % et 50 %, 4 avocats en-dessous de 25 % (soit 28,5 %) et 3 autres entre 50 % et 75 % (soit 21,4 %).

Développement de stratégie d'évitement du contentieux. Ce constat de rareté du contentieux se retrouve également auprès des autorités contractantes qui tentent, selon 4 d'entre elles, de l'éviter autant que possible. En ce sens, une collectivité territoriale confie qu'en cas de risque contentieux important, leur décision est de résilier le contrat à sa date anniversaire en respectant les délais de préavis pour ensuite relancer une consultation. Tel a été,

⁴⁹⁶ Il convient d'apporter quelques précisions pour les autorités contractantes. Deux d'entre elles sont trop récentes pour connaître de contentieux en la matière. La première explique cela par l'obligation de saisir un tribunal arbitral qui n'intervient qu'à l'issue d'une procédure de résolution amiable interne via des multiples réunions avec les cocontractants. Actuellement, aucune demande n'est parvenue jusqu'au stade de la saisine du tribunal arbitral. La seconde rappelle que, hors décompte général et définitif, le délai de recours est de deux mois et qu'aucune action contentieuse n'a, pour l'heure, été déposée. La situation pourrait évoluer lors des décomptes généraux et définitifs.

par exemple, le cas d'un contrat de communication papier à la suite de la hausse du prix de la pâte à papier et des tensions dans l'approvisionnement de papier recyclé. Si la clause de révision des prix était appliquée, le cocontractant perdait plus de 80 % de sa rémunération, ce qui n'était aucunement envisageable au regard du contexte économique. Conclure un avenant emportait un risque juridique important puisqu'il aurait fallu modifier à la fois le prix, la formule de révision du prix et sa périodicité, la qualité du produit, les modalités de livraison, etc. La collectivité territoriale a donc privilégié de résilier le contrat à sa date anniversaire au bout d'un an au lieu de risquer une modification illégale et un probable contentieux⁴⁹⁷. La solution peut également être pour l'autorité contractante de résoudre volontairement le différend, surtout lorsqu'il provient d'une simple erreur comme, dans le cas que l'une d'entre elles rapporte, d'un déferement de produit d'un catalogue d'un accord-cadre par le pouvoir adjudicateur empêchant alors une entreprise de pouvoir bénéficier de commandes. La médiation est également sollicitée pour les raisons évoquées précédemment et, finalement, le contentieux n'interviendrait qu'en dernier lieu, notamment, selon deux autorités contractantes, lorsque sont concernés des refus de modification ou quand les avis des CCIRA leur sont défavorables.

Proportion du contentieux selon les sondés. Selon les résultats du sondage en ligne pour les autorités contractantes, sur 40 autorités contractantes, la proportion des modifications contractuelles faisant l'objet d'un recours juridictionnel de la part d'un tiers est inférieure à 25 % pour 39 d'entre-elles (soit 97,5 %) et entre 25 % et 50 % pour la dernière (soit 2,5 %). Toutes estiment la proportion des modifications unilatérales faisant l'objet d'un recours juridictionnel indemnitaire de leurs cocontractants en-dessous de 25 %. Quant à la part des recours contre des demandes de rémunération complémentaire non satisfaites, elle représente moins de 25 % pour 29 autorités contractantes (soit 93,5 %) et se situe entre 25 % et 50% pour 2 d'entre elles (soit 6,5 %)⁴⁹⁸.

De même, les opérateurs économiques du panel de l'enquête ne connaissent pas ou peu de contentieux en matière de contestation de la validité d'une modification ou pour refus de modification⁴⁹⁹. Les quelques retours partagés par eux sont, cependant, assez tranchés quant à

⁴⁹⁷ En l'espèce, la collectivité indique avoir appliqué une clause de résiliation du contrat. L'article L. 2195-6 du Code de la commande publique aurait également pu être invoqué : « *L'acheteur peut résilier le marché lorsque l'exécution du contrat ne peut être poursuivie sans une modification contraire aux dispositions prévues au chapitre IV du présent titre* ».

⁴⁹⁸ Onze autorités contractantes indiquent ne pas être concernées.

⁴⁹⁹ Dans le cadre du sondage en ligne, 9 opérateurs économiques considèrent que la proportion des modifications contractuelles faisant l'objet d'un recours juridictionnel de la part d'un tiers se situe à 25 %. La proportion des modifications unilatérales faisant l'objet d'un recours juridictionnel indemnitaire de leur part s'évaluerait à moins

leur opinion du système judiciaire devant le juge administratif en France. Les défauts seraient nombreux.

Lenteur de la justice. Tout d'abord, le problème principal communément admis est la lenteur de la justice française où un dossier déposé en 2023 pourrait ne pas être jugé avant 2030 dans certaines régions françaises. Or, comme le souligne une entreprise interviewée :

« D'un point de vue de l'entreprise, avoir une créance qui dure pendant près de dix ans n'est pas viable, d'autant que parfois, le client ne nous a pas libéré des emprises sur des travaux réalisés en début de chantier... Il est incompréhensible, alors même qu'on était sur un BCE 0 à l'époque, d'avoir une valorisation divisée de moitié sur le montant de la claim avec une augmentation incroyable des intérêts moratoires. »

Aussi une autre entreprise indique que le dépôt d'une requête se fait surtout dans le but de prendre date et d'éviter toute prescription de l'action, en espérant trouver une issue amiable par une transaction ou par une médiation avec des experts.

Défiance envers le juge administratif. Ensuite, un sentiment de « maltraitance » ressort de certains entretiens de la part des juridictions administratives à l'encontre des opérateurs économiques sous couvert de préservation des deniers publics, en témoigneraient l'important taux de rejet des demandes d'indemnisation sur le fondement des sujétions techniques imprévues ces dernières années, selon l'une des structures interrogées. Un des directeurs juridiques interviewés résume ce sentiment en partageant son impression de voir un Conseil d'Etat trop favorable à l'Etat au point de rouvrir l'instruction pour que l'Etat puisse déposer sa défense alors même qu'il n'avait pas répondu lors de la phase d'instruction : *« Il y a un vrai déséquilibre devant le juge administratif ; les contrats administratifs sont déséquilibrés, certes, mais le contentieux également ».*

En outre, une autre entreprise du panel de l'enquête relate plusieurs cas où le juge administratif refuse de nommer pendant plusieurs années des experts judiciaires durant l'instruction de l'affaire alors même que ceci pourrait accélérer le procès. Les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel sembleraient, selon elle, ne plus vouloir nommer et gérer d'experts judiciaires sauf au dernier moment, après plusieurs années, une fois

de 25 % pour 7, entre 25 % et 50 % pour 2 et entre 50 % et 75 % pour un seul. La part des demandes de rémunération complémentaire non satisfaites qui font l'objet d'un recours juridictionnel indemnitaire de leur part serait inférieure à 25 % pour 3 d'entre eux, entre 25 % et 50 % pour 2 autres, entre 50 % et 75 % pour 3 et au-dessus de 75 % pour 2.

que la formation de jugement comprend qu'elle ne pourra pas régler elle-même l'affaire au fond.

Critiques non-partagées par les autorités contractantes interviewées. Ces critiques portées contre le juge administratif ne sont pas toutes partagées par les autorités contractantes qui, si elles reconnaissent des lenteurs dans les délais de traitement, semblent plus reconnaître sa compétence dans la compréhension des éléments techniques d'un dossier. A ce propos, une entité adjudicatrice habituée au contentieux devant le tribunal judiciaire confie une méconnaissance de l'aspect technique des marchés par le juge judiciaire et propose de rattacher le contentieux contractuel de l'ensemble des entités adjudicatrices aux juridictions administratives.

Confirmation par les sondages. Les résultats des sondages de l'enquête quantitative confirment les ressentis de chaque corps interrogés. Pour les avocats, 7 avocats sondés font confiance à la juridiction administrative pour le traitement des recours juridictionnels de leurs clients liés à l'exécution (soit 58,3 %), contre 5 pour qui ce n'est pas le cas. Un avocat précise que ses clients étant essentiellement des maîtres d'ouvrage, ils font souvent confiance au juge administratif pour résoudre les litiges. Cette confiance se retrouve également auprès de 29 sur 35 autorités contractantes sondées (soit 82,8 %)⁵⁰⁰. Pour autant, une autorité contractante alerte sur les délais de traitement de 2 ans pour un simple référé et une autre regrette l'absence de prise en compte des contraintes organisationnelles ou de la négociation.

Du côté des opérateurs économiques, enfin, la méfiance est grande puisque seulement 3 contre 7 opérateurs économiques font confiance à la juridiction administrative pour le traitement des recours juridictionnels liés à l'exécution (soit 42,8 %). Les principaux reproches sont les suivants : la lenteur de la justice, le coût élevé d'un recours contentieux en raison du suivi par un avocat, la déconnexion du juge administratif entre les faits et le droit, la surprotection de l'administration ou encore le manque de connaissances et d'appréciations économiques pertinentes du fait d'une « obsession » à vouloir préserver les deniers publics. Enfin, comme le soulignait un opérateur économique lors des entretiens, un opérateur économique sondé regrette que les expertises soient de plus en plus rares lors des contentieux devant les juridictions administratives. Elles ne permettent donc plus au juge administratif

⁵⁰⁰ Trois autorités contractantes ne sont pas concernées car relevant du juge judiciaire.

d'avoir une idée du bienfondé et de la valeur des demandes de rémunérations complémentaires, par exemple.

Focus sur la décision *Centre hospitalier d'Ajaccio*. En outre, une question spécifique était adressée aux avocats répondant au sondage en ligne relative à la récente décision du Conseil d'Etat du 13 juin 2022 n° 453769, *Centre hospitalier d'Ajaccio* qui admet le pouvoir unilatéral d'une personne publique d'écarter une clause contractuelle d'un contrat administratif (en l'espèce, il ne s'agissait pas d'un contrat de la commande publique) qu'elle juge irrégulière ou illégale. Six avocats contre 8 (soit 75 %) considèrent qu'un tel pouvoir serait de nature à altérer les relations contractuelles et autant d'avocats considèrent qu'un tel pouvoir serait assimilable à une modification du contrat et même nombre d'avocats considèrent qu'une extension du recours Béziers 2 (recours en annulation) à ce type de litige serait opportune. Un avocat s'étonne qu'une personne publique puisse se prévaloir de sa propre turpitude pour des contrats qu'elle rédige. Le sondage étant intervenu avant l'arrêt qui admet la possibilité pour une personne publique de modifier une clause (CE, 8 mars 2023, SIPPAREC, n° 464619), il n'a pas pu interroger les protagonistes sur cette jurisprudence.

Utilité relative du contentieux pour les opérateurs économiques. Par ailleurs, comme le soulignait précédemment un avocat, le contentieux à l'encontre de modification est également rare de la part des opérateurs économiques concurrents. En effet, comme l'expliquent 2 directeurs juridiques d'entreprise interrogés, d'une part, le contentieux doit être structurant pour leur entreprise en lui permettant d'accroître ses parts de marché (en particulier pour mettre un terme à une pratique monopolistique abusive) et, d'autre part, leurs services juridiques ne vont pas perdre leur temps (et donc de l'argent) à chercher des illégalités dans les contrats des concurrents⁵⁰¹.

Crainte réelle du contentieux pénal. Enfin, selon une autre entreprise du panel de l'enquête, le véritable risque n'est pas réellement le contentieux administratif qui peut, lui, se résoudre par une transaction ou la théorie de l'enrichissement sans cause, mais le contentieux pénal dont les conséquences peuvent être bien plus désastreuses (voir *infra*).

⁵⁰¹ Au risque, d'ailleurs, que les concurrents fassent la même chose en réponse.

§VI. LIBRES-PROPOS CONCLUSIFS DES PARTICIPANTS

RESUME D'ETAPE N° 6

Les libres-propos soulignent, outre la satisfaction générale du régime actuel des modifications des contrats de la commande publique en cours d'exécution, un besoin de formation et de professionnalisation des agents des acheteurs publics et des autorités concédantes afin d'améliorer l'exécution des contrats de la commande publique. En outre, une clarification de la notion de la « nature globale du contrat » serait bien accueillie permettant d'accroître la sécurité juridique du régime actuel et l'attractivité du droit français.

Les sondages en ligne permettent d'apporter plus de précision sur les principales attentes des praticiens quant aux axes d'évolution à privilégier dans le cadre des modifications des contrats de la commande publique en cours d'exécution.

Globalement, les participants souhaiteraient un accompagnement des acheteurs et des autorités concédantes par les services centraux de l'Etat,

notamment par la publication de guides pratiques ou la création de services dédiés à cet accompagnement. Par ailleurs, une forte demande de formations au *contract managing* des agents des autorités contractantes ressort des sondages en ligne, ainsi qu'un besoin de clarification de certaines notions juridiques (par exemple : modification substantielle, circonstances imprévues, caractère claire et non-équivoque des clauses de réexamen, etc.) éventuellement par une réforme du Code de la commande publique.

Satisfaction générale du cadre juridique actuel. Dans l'ensemble les participants à l'enquête sont satisfaits de la réglementation actuelle et saluent les progrès réalisés ces dernières années en droit de la commande publique tant dans les textes qu'en pratique allant vers plus de souplesse⁵⁰². En effet, le nouveau régime de modification des contrats de marché public ou de concession apparaît plus pragmatique grâce à la souplesse qu'il apporte, en particulier du fait des clauses de réexamen, qu'un interviewé du panel promeut avec enthousiasme :

« Je mesure le chemin parcouru entre le Code des marchés publics et le Code de la commande publique en quelques années. Les clauses de réexamen sont une véritable innovation qui permet de renégocier le contrat pour l'adapter. On arrive à anticiper, flécher, prévoir des adaptation du marché désormais, alors qu'auparavant on était corseté avec la crainte de l'autorité contractante de voir sa modification qualifiée de substantielle et annulée. »

Tempéraments. Ce constat, bien que partagé dans l'ensemble, connaît quelques tempéraments de la part d'autres structures interrogées⁵⁰³. Un directeur juridique d'une entreprise du panel de l'enquête regrette qu'aujourd'hui, au regard des difficultés éprouvées pour discuter et parvenir à des modifications avec les autorités contractantes, *« les contrats sont devenus des combats entre des adversaires et non une coopération entre cocontractants »*. Selon lui, l'une des principales faiblesses du système actuel réside dans la formation des agents des autorités contractantes et de leur insistance sur le seul critère du prix :

« La commande publique est passée à des services d'achats. Avant, la commande publique était entre les mains de grands techniciens ou ingénieurs d'arrondissement ou de l'Etat. On a transféré au privé la gestion et on a paupérisé

⁵⁰² Un opérateur économique serait toutefois favorable à un assouplissement à condition qu'il s'accompagne d'un véritable contrôle systématique de l'exécution des contrats de la commande publique et de leurs modifications par un organisme externe. Une autorité contractante, par ailleurs, ne partage pas l'enthousiasme des autres participants en estimant que le droit de la commande publique ne protège pas les intérêts publics mais plutôt les opérateurs économiques. Il ressortirait, selon elle, de l'esprit de ce droit *« une méfiance exacerbée à l'encontre des personnes publiques qui seraient forcément malveillantes »*.

⁵⁰³ A ce titre, les sondages en ligne confirme un besoin d'évolution du cadre juridique des modifications. En effet, 8 avocat sur 11 (soit 72,7 %) considèrent que le cadre juridique actuel relatif à la modification des contrats publics en cours d'exécution manque de souplesse et seulement 3 avocats considèrent qu'il est adapté à la pratique. En outre, 9 opérateurs économiques sur 10 (soit 90 %) estiment que la réglementation actuelle manque de souplesse et un seul qu'elle est adaptée à la pratique. Toutefois, la majorité des autorités contractantes reconnaissent que le cadre juridique actuel est adapté à la pratique (24 sur 43, soit 55,8 %), tandis que 19 y constatent un manque de souplesse.

la maîtrise d'œuvre avec la mise en concurrence. On a mis les juristes devant les projecteurs, et maintenant des agents sortant d'école de commerce où seul le prix compte. »

Formations des agents et moyens des autorités contractantes. Concernant la compétence des agents des pouvoirs adjudicateurs, un avocat du panel de l'enquête relève une difficulté de taille pour les petites et moyennes collectivités territoriales : la formation des acheteurs qui soit est inexistante, soit assez légère. Par ailleurs, le manque de communication entre le service technique et le service marché de l'autorité contractante fragilise la bonne définition des besoins et la bonne gestion de l'exécution des marchés. A ce propos, la préparation des contrats devrait être mieux opérée, en ce sens où les retards de délais dans l'exécution des travaux résulteraient souvent d'un mauvais phasage des opérations de travaux. Or, dans la préparation des contrats, les autorités contractantes se focaliseraient principalement sur les pénalités, qu'elles n'activent jamais⁵⁰⁴, au lieu de se concentrer sur l'exécution.

Au-delà de la question de la formation des agents des autorités contractantes, partagée par d'autres participants de l'enquête, un autre directeur juridique d'entreprise souligne le manque de moyens matériels et humains des collectivités territoriales avec un formalisme excessif qui alourdit la charge de travail des agents publics, d'autant plus que le télétravail accentue le phénomène notamment pour parvenir à la signature d'avenants.

Ce manque de moyens des collectivités territoriales est également ressenti par un autre opérateur économique observant la difficulté pour un agent de la fonction publique territoriale d'agir dans un contexte où les effectifs et les ressources diminuent pour les collectivités. Or, une demande de modification requiert du travail et des moyens qu'il ne possède pas forcément. La conséquence est alors qu'il préfère utiliser les prix unitaires figurant initialement dans le marché et procéder à des opérations blanches pouvant mener à de fausses facturations plutôt que de modifier le contrat initial. Le risque pénal est alors important pour l'entreprise, même s'il demeure assez rare⁵⁰⁵, et peut entraîner la condamnation à de lourdes peines (par exemple : peine d'emprisonnement avec sursis) ainsi qu'à la restitution des fonds à l'acheteur public pour

⁵⁰⁴ La Cour de discipline budgétaire et financière a récemment rappelé que, en l'absence de renonciation expresse et justifiée, l'omission de la liquidation et de l'ordonnement des pénalités de retard constitue une infraction aux règles relatives à l'exécution des recettes et des dépenses publiques prévues à l'article L. 313-4 du Code des juridictions financières et un avantage injustifié au sens de l'article L. 313-6 du même code (CDBF, 23 nov. 2022, n° 263-796).

⁵⁰⁵ Selon l'opérateur économique interrogé, les dérives pénales devant le tribunal correctionnel proviennent généralement d'un règlement de compte interne à la collectivité.

les prestations considérées comme fictives car réalisées sur un autre prix pour éviter toute poursuite pour délit de recel de favoritisme.

Dès lors, former les agents territoriaux et leur octroyer les moyens nécessaires à leur mission de gestion de l'exécution des contrats en cours augmenterait l'efficacité de la commande publique et éviterait des dérives judiciaires néfastes tant pour l'acheteur lui-même que pour le cocontractant.

Proposition d'une réglementation sectorielle des modifications. Enfin, un des opérateurs économiques du panel de l'enquête qualitative a évoqué l'idée d'une réglementation sectorielle des modifications des marchés publics ou des concessions afin que le regard ne soit pas tourné essentiellement sur les opérations traditionnelles de BTP ou de l'eau. Il ne s'agirait pas, selon cet interviewé, de prévoir un cadre pour chaque secteur d'activité, mais de prévoir des adaptations ou des règles spécifiques à certains secteurs surtout à l'heure de fortes transformations des activités économiques engendrées par le numérique⁵⁰⁶. Cet encadrement sectoriel a suscité également l'intérêt d'une autre structure interrogée qui y voit un vecteur de sécurité juridique :

« L'idée est bonne, notamment en prenant en compte certains paramètres du contrat comme la redevance. Si on dit, par exemple, que le paramètre prioritaire serait dans un secteur déterminé le paramètre A, comme la redevance, cela devient intéressant. Ceci nécessite toutefois deux choses : identifier les paramètres à prioriser (prix, tarifs, redevances, durée, etc.) ; connaître les activités concernées, car souvent les textes sont en total décalage avec la pratique et la réalité. D'où la nécessité d'écouter les entreprises spécialisées d'un secteur en amont, puis de décider en fonction. »

Pour autant, la majorité des entreprises interviewées n'a pas témoigné un intérêt particulier à cette proposition estimant que le régime actuel (récent) est suffisant et qu'il n'a pas encore révélé toute sa force, ce que constatent également quatre autorités contractantes. Ainsi, il conviendrait, aujourd'hui, de laisser la pratique s'accoutumer à ce nouveau régime, en particulier des clauses de réexamen⁵⁰⁷, d'autant que la multiplication des réformes est source d'insécurité tant pour les opérateurs économiques que pour les autorités contractantes. Une

⁵⁰⁶ L'interviewé ne fait qu'évoquer cette idée sans donner de pistes ou d'illustrations précises.

⁵⁰⁷ Une collectivité territoriale souligne avec justesse que : « Les clauses de réexamen sont un outil utile, et en les maîtrisant, on peut éviter d'avoir à modifier le Code de la commande publique. Ceci implique, cependant, d'analyser et d'identifier les aléas et les causes d'avenant pouvant mener à des clauses de réexamen. »

autorité contractante insiste sur la nécessité de s'approprier les outils existants avant de réfléchir à une nouvelle réforme en relevant que : « *C'est étonnant d'avoir attendu 2022 pour s'interroger sur le contenu des directives et du Code de la commande publique, et sur ce qu'on peut en faire* ». Cependant, cet avis n'est pas partagé par une autre autorité contractante qui estime que le droit n'est pas assez réactif et se déconnecte à mesure que le temps passe de la réalité et des attentes du terrain⁵⁰⁸.

Axes d'évolution à privilégier selon les sondages en ligne. Dans la continuité des commentaires des interviewés, une question prospective était posée aux participants des sondages en ligne afin de déterminer des axes d'évolution à privilégier.

Axes à privilégier selon les avocats sondés. Du côté des avocats, seulement 2 sur 13 (soit 15,3 %) pensent qu'il conviendrait de réformer le Code de la commande publique. Cinq avocats sur 13 (soit 38,4 %) considèrent qu'il conviendrait de réformer les directives européennes de 2014, aucun ne juge toutefois nécessaire d'inciter à plus de transparence. Six avocats contre 7 (soit 46,1 %) seraient favorables à des précisions des notions juridiques comme la modification substantielle, les circonstances imprévisibles, les travaux ou services devenus nécessaires ou encore les clauses claires et non-équivoques. En outre, 7 avocats contre 6 (soit 53,8 %) estiment utile que soit publié des guides sur des clauses de réexamen claires et non-équivoques avec des exemples concrets, par exemple par la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances. Par ailleurs, 8 avocats contre 5 (soit 61,5 %) admettent la nécessité de former les praticiens au *contract managing* et 3 avocats l'accompagnement des agents des autorités contractantes par des services centraux spécialisés (soit 23 %). Mais aucun d'eux ne conçoit de revenir au système antérieur à la transposition des directives européennes de 2014.

Axes à privilégier selon les autorités contractantes sondées. Pour les autorités contractantes, les axes d'évolution à privilégier sont, dans l'ordre, la formation des praticiens au *contract managing* (28 sur 44, soit 63,6 %), la publication de guides sur des clauses de réexamen claires et non-équivoques avec des exemples concrets (26 sur 44, soit 59 %), l'accompagnement de leurs agents par des services centraux spécialisés (17 sur 44, soit 38,6 %), la réforme du Code de la commande publique (15 sur 44, soit 34 %) ou des directives européennes (10 sur 44) avec une incitation à davantage de transparence (9 sur 44, soit 20,4 %)

⁵⁰⁸ Cet interviewé ajoute que « *l'évolution du droit est lente, par tâtonnements successifs, alors que le terrain exige une réactivité* ».

ainsi qu'à la précision des notions juridiques (9 sur 44, soit 20,4 %). Trois autorités contractantes ne seraient pas défavorables à un retour au système antérieur à la transposition des directives européennes de 2014 (soit 6,8 %).

Axes à privilégier selon les opérateurs économiques sondés. Enfin, les attentes des opérateurs économiques se portent principalement sur la précision des notions juridiques (9 sur 11, soit 81,8 %), la formation des praticiens au *contract managing* (8 sur 11, soit 72,7 %), la publication de guides sur les clauses de réexamen claires et non-équivoques avec des exemples concrets (7 sur 11, soit 63,6 %), la réforme du Code de la commande publique (3 sur 11, soit 27,2 %), l'accompagnement des agents des autorités contractantes par des services centraux spécialisés (3 sur 11, soit 27,2 %) ou l'incitation à davantage de transparence (2 sur 11, soit 18,1 %). Aucun opérateur économique ne souhaiterait une réforme des directives européennes de 2014, non plus un retour au système antérieur à ces directives.

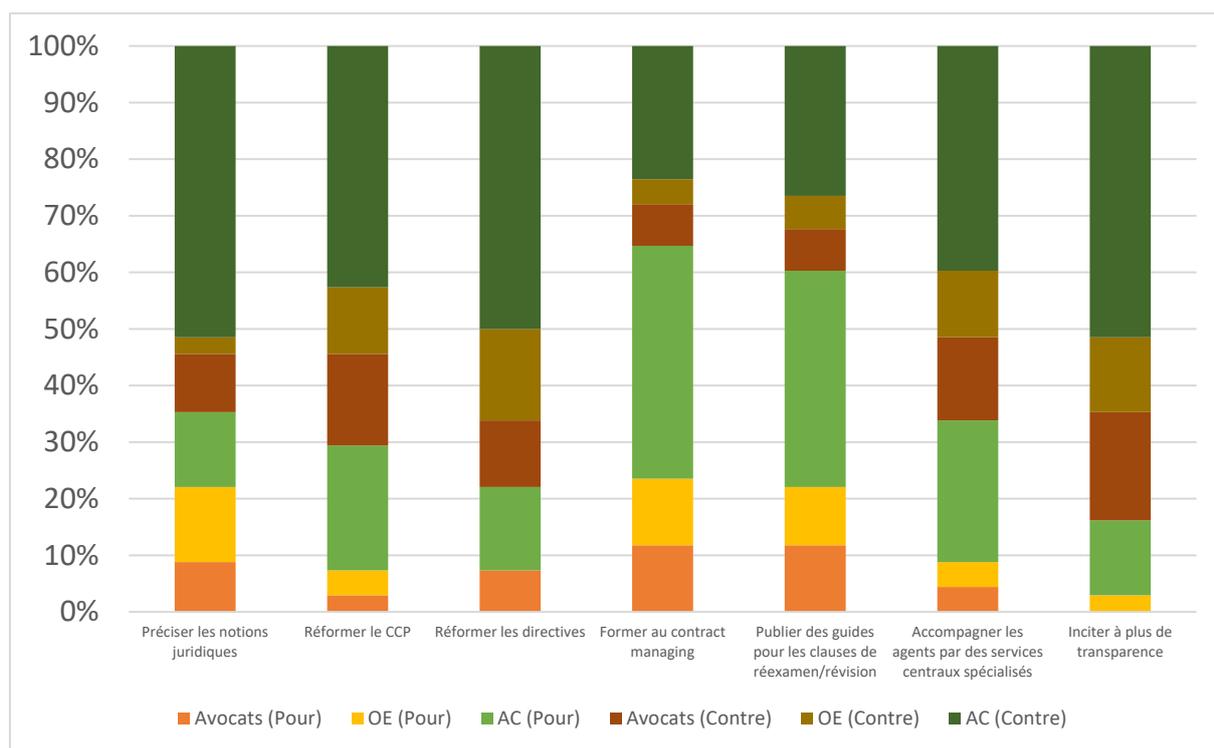


Figure 3.23 : Principaux axes d'évolution à privilégier selon les sondages en ligne

Attractivité du droit français. Quoiqu'il en soit, un entretien s'est conclu avec une touche d'espoir s'agissant de la qualité du droit français. Un avocat interviewé évoque

l'importance de l'attractivité du droit. Les banques et les investisseurs financiers étrangers qui entrent dans les grands contrats d'infrastructures sont rassurés par la précision et la prévisibilité du droit français tant sur les règles à appliquer aujourd'hui, que celles à venir, les zones d'ombres n'étant pas si nombreuses. Cette sensation de sécurité juridique du droit français de la commande publique est partagée par un autre avocat interviewé ajoutant aux attraits du droit français sa souplesse depuis la transposition des directives européennes de 2014 puis l'entrée en vigueur du Code de la commande publique. Une limite à cette sécurité est toutefois relevée par ce dernier avocat à cause de l'imprécision de la notion de la nature globale du contrat qui malgré la liberté qu'elle offre en pratique est source d'insécurité juridique par le manque de définition claire et précise de ladite notion.

PROPOSITIONS DE RECOMMANDATIONS

Moderniser et clarifier la réglementation et les notions juridiques

INTRODUCTION

Généralités. A la suite des enquêtes de terrain réalisées entre octobre 2022 et janvier 2023 ainsi que des discussions menées à l’occasion du séminaire organisé le 11 avril 2023 à l’Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, les chercheurs de la Chaire du droit des contrats publics proposent neuf recommandations afin d’améliorer la pratique de la modification des contrats de la commande publique en cours d’exécution. Les recommandations prennent en considération à la fois l’état du droit, en particulier la jurisprudence et la doctrine, d’éventuels apports résultant d’études comparatives avec des systèmes européens, des témoignages et des propositions partagés par les participants aux entretiens et aux sondages en ligne. Les principales recommandations développées par la Chaire sont les suivantes⁵⁰⁹ :

Recommandation n° 1 : Préciser la notion de modification substantielle dans le Code de la commande publique et recenser dans un guide les cas de modifications non-substantielles	277
Recommandation n° 2 : Publier des guides pour la conception et la rédaction de clauses de réexamen claires, précises et non-équivoques	284
Recommandation n° 3 : Accroître le <i>sourcing</i> pour les clauses de révision des prix ou tarifs et ouvrir à la discussion les clauses administratives des marchés et des concessions lors de la passation du contrat.....	286
Recommandation n° 4 : Renforcer la transparence en incitant les autorités contractantes à publier les avis de modification obligatoires.....	292
Recommandation n° 5 : Réformer les comités consultatifs de règlement amiable des différends et initier une réflexion globale de rétablissement de la confiance des opérateurs économiques envers les juridictions administratives.....	297
Recommandation n° 6 : Clarifier le régime de l’avenant transactionnel	303

⁵⁰⁹ Nous rappelons que le contenu des recommandations est propre aux chercheurs de Chaire et n’engage en aucune manière les partenaires de la Chaire.

Recommandation n° 7 : Former au *contract managing* les agents des autorités contractantes et instaurer un service central d'accompagnement dans la gestion des contrats de la commande publique.....304

Recommandation n° 8 : Préciser la théorie de l'imprévision dans le Code de la commande publique305

Recommandation n° 9 : Préciser la notion de restructuration du titulaire initial en vue de la substitution de cocontractant et insérer des clauses de « banc de réserve » dans les contrats futurs325

RECOMMANDATION N° 1 : PRÉCISER LA NOTION DE MODIFICATION SUBSTANTIELLE DANS LE CODE DE LA COMMANDE PUBLIQUE ET RECENSER DANS UN GUIDE LES CAS DE MODIFICATIONS NON-SUBSTANTIELLES

Il est proposé la suppression du « notamment » afin de sécuriser la notion de modification substantielle car les enquêtes ont montré qu'il est à l'origine d'incertitudes conduisant à ne pas se référer à cette notion. Il y aurait certes théoriquement un risque d'incompatibilité si la Cour de justice devait considérer qu'il y a une modification substantielle en dehors des quatre « conditions » (le terme paraît peu adapté mais il se trouve dans les directives) mais, à la réflexion, il paraît difficile d'en envisager d'autres donc le risque d'incompatibilité est faible.

Par ailleurs, la Chaire propose de ne pas donner de définition générale de la modification substantielle compte tenu de l'objectif de sécurisation recherché. En particulier, il ne paraît pas utile de se référer à la formule de la Cour de justice selon laquelle il s'agit de « *modifications qui présentent des caractéristiques substantiellement différentes de celles du marché initial et qui sont, en conséquence, de nature à démontrer la volonté des parties de renégocier les termes essentiels de ce marché* », formule reprise constamment depuis l'arrêt de la CJCE du 5 octobre 2000, *Commission c. France*, C-337/98, § 44 (voir, en dernier lieu, CJUE, 14 mai 2020, C-263/19, *T-Systems*, § 61). Il est enfin proposé de modifier la définition de la première hypothèse de la modification substantielle en remplaçant « *ou permis le choix d'une offre autre que celle admise* » par « *ou permis l'admission d'autres offres que celles initialement admises* ». En effet, une telle formulation nouvelle serait parfaitement logique au regard la notion de modification substantielle. Toutefois, une telle rédaction ne pourrait se faire sans modification des directives européennes.

Enfin, il est proposé, dans la lignée de l’avis du 15 septembre 2022, de préciser qu’une modification peut être substantielle tout en étant légale lorsqu’elle correspond aux hypothèses de l’article R 2194-1 à R. 2194-5 et à l’article R 2194-7, afin de contrer toute interprétation contraire qui existe parfois en pratique consistant à dire que toute modification substantielle est illégale.

VERSION ACTUELLE	VERSION RECOMMANDEE ⁵¹⁰
PARTIE LEGISLATIVE DEUXIEME PARTIE : MARCHES PUBLICS LIVRE I ^{ER} : DISPOSITIONS GENERALES TITRE IX : EXECUTION DU MARCHE	PARTIE LEGISLATIVE DEUXIEME PARTIE : MARCHES PUBLICS LIVRE I ^{ER} : DISPOSITIONS GENERALES TITRE IX : EXECUTION DU MARCHE
Chapitre IV : Modification du marché	Chapitre IV : Modification du marché
PARTIE REGLEMENTAIRE DEUXIEME PARTIE : MARCHES PUBLICS LIVRE I ^{ER} : DISPOSITIONS GENERALES TITRE IX : EXECUTION DU MARCHE	PARTIE REGLEMENTAIRE DEUXIEME PARTIE : MARCHES PUBLICS LIVRE I ^{ER} : DISPOSITIONS GENERALES TITRE IX : EXECUTION DU MARCHE
Chapitre IV : Modification du marché	Chapitre IV : Modification du marché

⁵¹⁰ Les passages en gras, soulignés et en rouge sont des ajouts apportés par la Chaire dans le cadre des présentes recommandations. Les passages originaux supprimés sont rayés, en gras, souligné et en rouge. Par ailleurs, la présente recommandation est plus détaillée que celle de l’ancien rapport de la Chaire en date d’octobre 2021 et comporte des propositions d’articles supplémentaires.

<p style="text-align: center;">Article R. 2194-7</p> <p>Le marché peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence lorsque les modifications, quel que soit leur montant, ne sont pas substantielles.</p> <p>Pour l'application de l'article L. 2194-1, une modification est substantielle, notamment, lorsque au moins une des conditions suivantes est remplie :</p> <p>1° Elle introduit des 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 offre autre que celle retenue ;</p> <p>2° Elle modifie l'équilibre économique du marché en faveur du titulaire d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché initial ;</p> <p>3° Elle modifie considérablement l'objet du marché ;</p> <p>4° Elle a pour effet de remplacer le titulaire initial par un nouveau titulaire en dehors des hypothèses prévues à l'article R. 2194-6.</p>	<p style="text-align: center;">Article R. 2194-7 (Modifié)</p> <p>Le marché peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence lorsque les modifications, quel que soit leur montant, ne sont pas substantielles.</p> <p>Pour l'application de l'article L. 2194-1, une modification est substantielle, notamment, lorsqu'au moins une <u>lorsqu'une</u> des conditions suivantes est remplie :</p> <p>1° Elle introduit des 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 offre autre que celle retenue ;</p> <p>2° Elle modifie l'équilibre économique du marché en faveur du titulaire d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché initial ;</p> <p>3° Elle modifie considérablement l'objet du marché ;</p> <p>4° Elle a pour effet de remplacer le titulaire initial par un nouveau titulaire en dehors des hypothèses prévues à l'article R. 2194-6.</p> <p><u>Une modification est autorisée tout en étant substantielle si elle répond aux conditions fixées aux articles R. 2194-1 à R. 2194-5 et R. 2194-8 à R. 2194-9.</u></p>
<p>PARTIE LEGISLATIVE</p> <p>TROISIEME PARTIE : CONCESSIONS</p> <p>LIVRE 1^{ER} : DISPOSITIONS GENERALES</p> <p>TITRE III : EXECUTION DU CONTRAT DE CONCESSION</p>	<p>PARTIE LEGISLATIVE</p> <p>TROISIEME PARTIE : CONCESSIONS</p> <p>LIVRE 1^{ER} : DISPOSITIONS GENERALES</p> <p>TITRE III : EXECUTION DU CONTRAT DE CONCESSION</p>

Chapitre V : Modification du marché	Chapitre V : Modification du marché
<p>PARTIE REGLEMENTAIRE</p> <p>TROISIEME PARTIE : CONCESSIONS</p> <p>LIVRE I^{ER} : DISPOSITIONS GENERALES</p> <p>TITRE III : EXECUTION DU CONTRAT DE CONCESSION</p>	<p>PARTIE REGLEMENTAIRE</p> <p>TROISIEME PARTIE : CONCESSIONS</p> <p>LIVRE I^{ER} : DISPOSITIONS GENERALES</p> <p>TITRE III : EXECUTION DU CONTRAT DE CONCESSION</p>
Chapitre V : Modification du marché	Chapitre V : Modification du marché
<p style="text-align: center;">Article R. 3135-7</p> <p>Le contrat de concession peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence lorsque les modifications, quel qu'en soit le montant, ne sont pas substantielles.</p> <p>Pour l'application de l'article L. 3135-1, une modification est considérée comme substantielle, notamment, lorsqu'au moins une des conditions suivantes est remplie :</p> <p>1° Elle introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient attiré davantage de participants ou permis l'admission de candidats ou soumissionnaires autres que</p>	<p style="text-align: center;">Article R. 3135-7 (Modifié)</p> <p>Le contrat de concession peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence lorsque les modifications, quel qu'en soit le montant, ne sont pas substantielles.</p> <p>Pour l'application de l'article L. 3135-1, une modification est considérée comme substantielle, notamment, lorsqu'au moins une des conditions suivantes est remplie :</p> <p>1° Elle introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient attiré davantage de participants ou permis l'admission de candidats ou soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou le choix d'une offre autre que celle retenue ;</p>

<p>ceux initialement admis ou le choix d'une offre autre que celle initialement retenue ;</p> <p>2° Elle modifie l'équilibre économique de la concession en faveur du concessionnaire d'une manière qui n'était pas prévue dans le contrat de concession initial ;</p> <p>3° Elle étend considérablement le champ d'application du contrat de concession ;</p> <p>4° Elle a pour effet de remplacer le concessionnaire auquel l'autorité concédante a initialement attribué le contrat de concession par un nouveau concessionnaire, en dehors des hypothèses visées à l'article R. 3135-6.</p>	<p>2° Elle modifie l'équilibre économique de la concession en faveur du concessionnaire d'une manière qui n'était pas prévue dans le contrat de concession initial ;</p> <p>3° Elle étend considérablement le champ d'application du contrat de concession ;</p> <p>4° Elle a pour effet de remplacer le concessionnaire auquel l'autorité concédante a initialement attribué le contrat de concession par un nouveau concessionnaire, en dehors des hypothèses visées à l'article R. 3135-6.</p> <p><u>Une modification est autorisée tout en étant substantielle si elle répond aux conditions fixées aux articles R. 3135-1 à R. 3135-5 et R. 3135-8 à R. 3135-9.</u></p>
---	---

Par ailleurs, il est apparu dans le cadre des recherches de la Chaire que la fiche technique de la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances intitulée « Les modalités de modification des contrats en cours d'exécution »⁵¹¹ participe involontairement à l'imprécision de la notion de modification substantielle auprès des acheteurs et des autorités concédantes.

D'une part, certaines formulations peuvent entretenir des confusions sur la notion même de modification substantielle, en particulier dans les développements du paragraphe 1.5 intitulé « *La modification envisagée n'est pas substantielle (hypothèse du 5° de l'article L. 2194-1 et 5° de l'article L. 3135-1 du code)* ». Par exemple, dans cette fiche technique, la direction des affaires juridiques indique :

« De la même façon pour les concessions il ne faut pas que la modification change la « nature globale » du contrat en étendant « considérablement son champ d'application » et sous réserve, là aussi, de ne pas entrer dans les autres hypothèses de modifications substantielles prévues à l'article R. 3135-7 du code. »

⁵¹¹ DAJ, « Les modalités de modification des contrats en cours d'exécution », Fiche technique, 2019, disponible en ligne : <https://www.economie.gouv.fr/daj/modalites-modif-contrats-en-cours-2019-2>.

Une telle formulation peut laisser croire que subsiste dans la définition de la modification substantielle la nature globale du contrat alors même qu'elle n'en constitue plus un élément caractéristique depuis l'entrée en vigueur du Code de la commande publique le 1^{er} avril 2019. En ce sens, les articles L. 2194-1 et L. 3135-1 du Code de la commande publique sont explicites puisqu'ils requièrent non pas que les modifications ne soient pas substantielles mais que les modifications, dans toutes les hypothèses prévues par le code, n'altèrent pas la nature globale du contrat.

D'autre part, la croyance de certaines autorités contractantes en l'illégalité de toute modification substantielle pourrait être confortée par ladite fiche technique dans laquelle est précisé notamment que : « *La prohibition des modifications substantielles du contrat s'applique quelle que soit la nature de l'acte introduisant des conditions nouvelles* ». De même, il est écrit que : « *En cas de modifications substantielles, l'acheteur ou l'autorité concédante devra résilier son contrat et relancer une nouvelle procédure de publicité et de mise en concurrence* ». Est ainsi sous-entendu que toute modification substantielle serait illégale et entraînerait novation du contrat initial et, par conséquent, obligation de résiliation de ce dernier. Or, de tels effets ne s'opèrent que pour les modifications substantielles non-autorisées au sens des articles L. 2194-1 et L. 3135-1 du Code de la commande publique.

Partant, une réécriture de certains passages de cette fiche technique par la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances pourrait être bienvenue afin d'accompagner au mieux les autorités contractantes dans leur compréhension de la notion de modification substantielle.

En outre, cette fiche technique pourrait être complétée par une liste recensant les cas de modifications substantielles et non-substantielles reconnus par les jurisprudences nationales et européennes.

Enfin, certaines données récoltées lors des enquêtes témoignent du maintien, dans l'esprit de certains services juridiques ou services d'achats des autorités contractantes, de l'ancien régime de modification des contrats de la commande publique prohibant toute modification substantielle et considérant comme substantielle toute modification emportant une augmentation du montant initial supérieure à 10 % voire 15 %. Un effort de pédagogie doit être menée par les services centraux auprès de ces services et des élus locaux pour leur expliquer l'étendue de la notion de modification substantielle. Au-delà des fiches techniques de la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances (qui sont, elles, à

jour), des solutions alternatives de communication et de vulgarisation de la réglementation pourraient être mises en œuvre comme de courtes capsules vidéos thématiques ou des notes illustrées, éventuellement par des schémas ou encore des fiches mentales. L'objectif à rechercher est alors d'atteindre les services des autorités contractantes de petite taille dont les agents n'ont pas spécialement le temps ou les moyens pour prendre connaissance de l'intégralité des fiches techniques de la direction des affaires juridiques. La communication, pour ces services, devrait être repensée.

RECOMMANDATION N° 2 : PUBLIER DES GUIDES POUR LA CONCEPTION ET LA REDACTION DE CLAUSES DE REEXAMEN CLAIRES, PRECISES ET NON-EQUIVOQUES

Les enquêtes qualitative et quantitative révèlent que la principale difficulté pratique, en matière de clauses de réexamen, consiste à respecter les conditions des dispositions des articles R. 2194-1 et R. 3135-1 du Code de la commande publique quant aux caractères clair, précis et sans équivoque de ces clauses, justifiant la frilosité de certaines autorités contractantes à intégrer de telles clauses dans leurs marchés ou contrats de concession. Pourtant, tant les opérateurs économiques que les acheteurs ou autorités concédantes admettent majoritairement l'utilité pratique du cas de modification par déclenchement de clauses de réexamen. Leur conviction est telle qu'ils regrettent la faible présence dans les contrats actuels des clauses de réexamen.

Afin de promouvoir et de systématiser les clauses de réexamen dans les contrats de la commande publique, la publication par les services centraux de modèles de clauses de réexamen claires et non-équivoques ou de clausiers-types serait positivement accueillies par les praticiens afin de juridiquement sécuriser les modifications résultant de l'application de telles clauses, à condition d'être accompagnés d'un guide explicatif insistant sur la nécessité d'adapter les modèles ou les clauses-types en fonction du marché ou du contrat de concession.

Pour autant, ainsi qu'il ressort à la fois des discussions menées au sein de la Chaire et des propos d'interviewés et de sondés, les clauses de réexamen ne peuvent faire l'objet d'une généralisation à travers des modèles préconçus tant leur contenu dépend, en grande partie, du projet propre à chaque contrat.

Aussi serait-il plus pertinent de recommander la publication de guides à destination des acheteurs et des autorités concédantes pour les accompagner dans la conception et la rédaction des clauses de réexamen. A cette fin, la fiche technique *précitée* de la direction des affaires

juridiques du ministère de l'économie et des finances apporte de premiers éléments utiles⁵¹². Des guides opérationnels pourraient les compléter en proposant des modes opératoires, des conseils sur les questions auxquelles les services opérationnels et les services juridiques devraient répondre, des exemples de rédactions de clauses claires, précises et non-équivoques (sans être des modèles-types) ou encore des points devant attirer l'attention des praticiens pour sécuriser au mieux les modifications issues du déclenchement des clauses de réexamen. Dans le même temps, les guides permettraient de cibler les secteurs d'activité dans lesquels de telles clauses sont indispensables comme dans la construction ou le BTP, la maîtrise d'œuvre ou encore les nouvelles technologies d'information et de communication.

Une telle recommandation a l'avantage de ne pas exiger de réforme législative ou réglementaire du Code de la commande publique ou des directives européennes. En outre, par la systématisation qu'emporteraient des modèles ou des clauses-types, il ne deviendrait pas nécessaire, contrairement à ce que souhaiteraient certains enquêtés, d'inscrire dans le Code de la commande publique une obligation de prévoir, pour les acheteurs ou les autorités concédantes, des clauses de réexamen dans l'ensemble de leurs contrats de la commande publique.

⁵¹² DAJ, « Les modalités de modification des contrats en cours d'exécution », Fiche technique *précitée*.

RECOMMANDATION N° 3 : ACCROITRE LE *SOURCING* POUR LES CLAUSES DE REVISION DES PRIX OU TARIFS ET OUVRIR A LA DISCUSSION LES CLAUSES ADMINISTRATIVES DES MARCHES ET DES CONCESSIONS LORS DE LA PASSATION DU CONTRAT

Des enquêtés proposent, comme le font d'ores-et-déjà certaines autorités contractantes, d'ouvrir systématiquement à la discussion les clauses administratives des marchés publics et des concessions susceptibles de faire l'objet d'évolution lors de la passation du contrat à condition que le soumissionnaire apporte la démonstration d'améliorer une prise en charge d'un risque et une plus-value favorable à l'offre par la modification proposée. L'utilité d'un tel procédé, couplé au *sourcing*, renforcerait la qualité des clauses de révision des prix ou des tarifs en profitant de l'expertise des opérateurs économiques quant au choix le plus pertinent d'index dans la formule de révision des prix ou des tarifs au regard de leur domaine d'activité. Par conséquent, ceci réduirait d'éventuelles modifications ultérieures en cours d'exécution du prix ou des tarifs et diminuerait potentiellement le prix de l'offre de chaque soumissionnaire⁵¹³.

Dans son ensemble, cette recommandation pourrait ne nécessiter aucune réforme législative ou réglementaire particulière en privilégiant la promotion auprès des autorités contractantes de l'utilité et de la nécessité du *sourcing* dans la conception des clauses de réexamen ou de révision des prix ou des tarifs des contrats futurs. Elle repose essentiellement sur la pratique opérationnelle des acheteurs et des autorités concédantes et favorise la coopération avec les opérateurs économiques dans l'intérêt du projet commun.

⁵¹³ Le prix proposé par les soumissionnaires tient compte du risque économique et financier du contrat en raison de clauses mal rédigées ou d'absence de clauses de réexamen leur permettant de modifier la relation contractuelle en fonction d'événements particuliers. En prévoyant une clause de révision des prix ou des tarifs avec des index pertinents, selon le soumissionnaire, celui-ci pourrait diminuer le coût des prestations du fait de la prévision de l'évolution du prix ou des tarifs.

Pour autant, une réforme de la partie réglementaire du Code de la commande publique pourrait être envisagée. Dans la continuité d'une coopération entre les opérateurs économiques et les autorités contractantes, la discussion sur la partie administrative du contrat pourrait intervenir en amont dans le cadre de la définition du besoin, du *sourcing*. Comme l'avait déjà recommandé la Chaire dans son deuxième rapport *Liens entre la passation et les difficultés d'exécution dans les contrats publics* d'octobre 2021⁵¹⁴, il pourrait être opportun d'ajouter par voie réglementaire dans le Code de la commande publique une procédure de *sourcing* compatible avec les principes de l'article L. 3, en particulier l'égalité de traitement des candidats et la transparence. Cette procédure, facultative (d'autres pratiques de *sourcing* pouvant être utilisées conformément aux dispositions des articles R. 2111-1 et R. 3111-1 du Code de la commande publique), pourrait être pertinente et utile pour la conception de clauses de révision des prix ou des tarifs adaptées au secteur d'activité et au projet du marché ou de la concession.

VERSION ACTUELLE	VERSION RECOMMANDEE ⁵¹⁵
PARTIE REGLEMENTAIRE	PARTIE REGLEMENTAIRE
DEUXIEME PARTIE : MARCHES PUBLICS	DEUXIEME PARTIE : MARCHES PUBLICS
LIVRE I ^{ER} : DISPOSITIONS GENERALES	LIVRE I ^{ER} : DISPOSITIONS GENERALES
TITRE I ^{ER} : PREPARATION DU MARCHE	TITRE I ^{ER} : PREPARATION DU MARCHE
Chapitre 1 ^{er} : Définition du besoin	Chapitre 1 ^{er} : Définition du besoin
Section 1 : Aide à la définition du besoin	Section 1 : Aide à la définition du besoin

⁵¹⁴ Chaire de droit des contrats publics, *Liens entre la passation et les difficultés d'exécution dans les contrats publics*, octobre 2021, p. 124, disponible en ligne sur le site de la Chaire.

⁵¹⁵ Les passages en gras, soulignés et en rouge sont des ajouts apportés par la Chaire dans le cadre des présentes recommandations. Les passages originaux supprimés sont rayés, en gras, souligné et en rouge. Par ailleurs, la présente recommandation est plus détaillée que celle de l'ancien rapport de la Chaire en date d'octobre 2021 et comporte des propositions d'articles supplémentaires.

<p>Sous-section 1 : Etudes et échanges préalables avec les opérateurs économiques</p> <p>Article R. 2111-1 (<i>inchangé</i>)</p>	<p>Sous-section 1 : Etudes et échanges préalables avec les opérateurs économiques</p> <p>Article R. 2111-1 (<i>inchangé</i>)</p> <p><u>Article R. 2111-1-1</u> (<i>Nouveau</i>)</p> <p><u>Dans le cadre de la préparation d'un marché par application de l'article R. 2111-1, l'acheteur peut publier un avis d'appel à compétences pour la préparation à titre gratuit d'un marché précisant les exigences minimales du besoin à satisfaire en termes fonctionnels, ainsi qu'une estimation du volume des prestations et des délais d'exécution.</u></p> <p><u>L'avis d'appel à compétences pour la préparation d'un marché mentionne également la nature individuelle ou collective des entretiens de préparation du marché, le lieu où se dérouleront ces entretiens, leur durée, la période pendant laquelle ces entretiens se dérouleront ainsi que les éléments sur lesquels porteront les discussions.</u></p> <p><u>Les éléments ouverts à la discussion dans le cadre de la préparation du marché peuvent concerner les spécificités techniques du besoin à satisfaire et la partie administrative d'un marché.</u></p> <p><u>Si les entretiens individuels ou collectifs peuvent être effectués en ligne, l'avis d'appel à compétences pour la préparation d'un marché mentionne cette possibilité ainsi que la plateforme utilisée.</u></p> <p><u>À la suite d'un délai que l'acheteur fixe en fonction de la complexité du projet ou du caractère nouveau du besoin à satisfaire, il sélectionne des opérateurs économiques susceptibles de répondre de manière pertinente à son besoin.</u></p> <p><u>Les opérateurs ainsi sélectionnés sont invités à participer gratuitement à des entretiens collectifs ou individuels avec l'acheteur, dans le respect des principes mentionnées à l'article L.3.</u></p>
---	--

	<p><u>Le contenu de ces entretiens fait l'objet d'un compte rendu anonymisé qui peut être annexé au dossier de consultation des entreprises à l'exception des informations confidentielles dont la communication violerait le secret des affaires.</u></p> <p><u>Article R. 2111-1-2 (Nouveau)</u></p> <p><u>L'avis mentionné à l'article R. 2111-1-1 peut être :</u></p> <p><u>1° Soit publié par l'acheteur sur son profil d'acheteur mentionné à l'article R. 2132-3 ;</u></p> <p><u>2° Soit publié dans un journal d'annonces légales ou au Bulletin officiel des annonces des marchés publics ;</u></p> <p><u>3° Soit publié dans une publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné.</u></p>
<p>PARTIE REGLEMENTAIRE</p> <p>TROISIEME PARTIE : CONCESSIONS</p> <p>LIVRE I^{ER} : DISPOSITIONS GENERALES</p> <p>TITRE I^{ER} : PREPARATION DU CONTRAT DE CONCESSION</p>	<p>PARTIE REGLEMENTAIRE</p> <p>TROISIEME PARTIE : CONCESSIONS</p> <p>LIVRE I^{ER} : DISPOSITIONS GENERALES</p> <p>TITRE I^{ER} : PREPARATION DU CONTRAT DE CONCESSION</p>
<p>Chapitre 1^{er} : Définition du besoin</p>	<p>Chapitre 1^{er} : Définition du besoin</p>
<p>Articles R. 3111-1 à R. 3111-3 <i>(inchangés)</i></p>	<p>Articles R. 3111-1 à R. 3111-3 <i>(inchangé)</i></p> <p><u>Article R. 3111-4 (Nouveau)</u></p> <p><u>Dans le cadre de la préparation d'un contrat de concession, l'autorité concédante peut publier un avis d'appel à</u></p>

	<p><u>compétences pour la préparation à titre gratuit d'un contrat de concession précisant les exigences minimales du besoin à satisfaire en termes fonctionnels, ainsi qu'une estimation du volume des prestations et des délais d'exécution.</u></p> <p><u>L'avis d'appel à compétences pour la préparation d'un contrat de concession mentionne également la nature individuelle ou collective des entretiens de préparation du marché, le lieu où se dérouleront ces entretiens, leur durée, la période pendant laquelle ces entretiens se dérouleront ainsi que les éléments sur lesquels porteront les discussions.</u></p> <p><u>Les éléments ouverts à la discussion dans le cadre de la préparation du contrat de concession peuvent concerner les spécificités techniques du besoin à satisfaire et la partie administrative d'un marché.</u></p> <p><u>Si les entretiens individuels ou collectifs peuvent être effectués en ligne, l'avis d'appel à compétences pour la préparation d'un marché mentionne cette possibilité ainsi que la plateforme utilisée.</u></p> <p><u>À la suite d'un délai que l'autorité concédante fixe en fonction de la complexité du projet ou du caractère nouveau du besoin à satisfaire, il sélectionne des opérateurs économiques susceptibles de répondre de manière pertinente à son besoin.</u></p> <p><u>Les opérateurs ainsi sélectionnés sont invités à participer gratuitement à des entretiens collectifs ou individuels avec l'autorité concédante, dans le respect des principes mentionnées à l'article L.3.</u></p> <p><u>Le contenu de ces entretiens fait l'objet d'un compte rendu anonymisé qui peut être annexé au dossier de consultation des entreprises à l'exception des informations confidentielles dont la communication violerait le secret des affaires.</u></p> <p style="text-align: center;"><u>Article R. 3111-5 (Nouveau)</u></p> <p><u>L'avis mentionné à l'article R. 3111-4 peut être :</u></p> <p><u>1° Soit publié sur son site internet ;</u></p>
--	--

	<p><u>2° Soit publié au Bulletin officiel des annonces des marchés publics ou dans un journal d'annonces légales ;</u></p> <p><u>3° Soit publié dans une publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné.</u></p>
--	--

RECOMMANDATION N° 4 : RENFORCER LA TRANSPARENCE EN INCITANT LES AUTORITES CONTRACTANTES A PUBLIER LES AVIS DE MODIFICATION OBLIGATOIRES

Le constat dressé lors de l'analyse de droit comparé européen souligne le retard des autorités contractantes françaises à se conformer à leur devoir de publication des avis de modification au *Journal officiel de l'Union européenne* avec seulement 103 avis publiés durant l'année 2022 contre 506 en Espagne (4,9 fois plus qu'en France), 828 en Pologne (8,0 fois plus qu'en France) et 1 780 en Allemagne (17,2 fois plus qu'en France). Le bilan se confirme sur les dix dernières années où uniquement 605 avis de modification ont été publiés au *JOUE* par les acheteurs et autorités concédantes françaises, contre 3 596 en Espagne (5,9 fois plus qu'en France), 8 967 en Pologne (14,8 fois plus qu'en France) et 14 451 en Allemagne (23,8 fois plus qu'en France)⁵¹⁶.

Dans le même sens, les enquêtes témoignent de la faiblesse du dispositif actuel en matière de publication d'avis de modification par les autorités contractantes puisque, dans la majorité des réponses données, les acheteurs ou les autorités concédantes ne publient aucun avis de modification au *Journal officiel de l'Union européenne* alors même que les dispositions des articles R. 2194-10 et R. 3135-10 du Code de la commande publique l'imposent pour les modifications résultant de circonstances imprévues ou de travaux, services ou fournitures supplémentaires devenus nécessaires.

La conséquence relevée par les avocats et les opérateurs économiques lors des enquêtes consiste en l'absence de purge des délais contentieux à l'encontre des modifications. Dès lors, les cocontractants subissent un risque juridique important par la négligence des autorités contractantes.

⁵¹⁶ Voir : Partie 2, §VII.

La recommandation vise à privilégier une approche de droit souple. En effet, une deuxième possibilité, celle d'une sanction financière, ayant été très débattue, il est suggéré de la proposer comme optionnelle et ultérieurement au cas où l'approche de droit souple ne produirait pas d'effets.

Cette dernière entend donc inciter les acheteurs et les autorités concédantes à investir dans des solutions informatiques comme des logiciels ou des plateformes en ligne de gestion des contrats en cours afin d'automatiser la publication des avis de modification au *Journal officiel de l'Union européenne* et à établir un guide de la DAJ expliquant la manière de mettre en œuvre cette obligation.

La systématisation de ce processus d'automatisation ne pose *a priori* aucune difficulté technique d'autant qu'il suffirait de reprendre la structure des modèles de formulaire établis par la Commission européenne. Des aides financières de l'État pourraient être bienvenues afin d'accompagner les autorités contractantes dans cette transition numérique et le respect de leurs obligations de publication.

On pourrait également réfléchir à l'établissement d'un guide, dans un cadre partagé avec la DAJ de Bercy, visant à accompagner les autorités contractantes dans la publication des modifications compte tenu de l'existence de nombreuses difficultés pratiques dans la mise en œuvre de cette obligation de publication.

La seconde solution, plus radicale, s'inspirerait des modèles autrichien et roumain en instituant une pénalité financière aux acheteurs ou aux autorités concédantes n'ayant pas, dans un délai imparti, procédé à la publication d'un avis de modification obligatoire.

Très discutée au sein de la Chaire, cette seconde recommandation est proposée à titre éventuel et ultérieur.

Les arguments en faveur d'un tel mécanisme sont les suivants.

Si l'insécurité juridique résultant d'une non publication de l'avis et donc d'un risque de recours est parfois avancée comme une sanction suffisante, c'est une sanction très hypothétique compte tenu de la méconnaissance, par les tiers, de la modification. On peut certes trouver des contre-exemples, à l'image de l'arrêt *SHAM* qui concernait une substitution de cocontractant ayant fait l'objet d'un référé contractuel (substitution qui ne fait pas l'objet d'une obligation de publication). Mais le rapporteur public expliquait que le secteur en question voyait s'affronter, en France, deux opérateurs économiques souvent en contentieux, de sorte que le non titulaire

était très vigilant quant aux modifications des marchés publics de l'autre concurrent (CE, 16 mai 2022, *SHAM*, n° 459408).

Ne pas publier l'avis de modification, là où il est requis, est de nature à accroître les risques de corruption et plus généralement les atteintes à la probité (favoritisme, prise illégale d'intérêt etc.). Le Professeur Richer, dans un article paru au *JCP A* du 6 mai 2023, a pu démontrer comment le risque de corruption se déplace de plus en plus du stade de la passation au stade de l'exécution. Au-delà du risque d'atteinte à la probité, une publicité effective peut être vertueuse en ce qu'elle contraint les autorités contractantes à s'interroger sur la réelle nature de la modification (substantielle ou non substantielle, justifiée par des circonstances imprévues ou par des prestations devenues nécessaires) alors que la pratique montre que ce n'est pas toujours le cas.

Enfin, en réponse à certaines remarques faites au sein de la Chaire, il convient de préciser qu'une absence de publication des modifications ne signifie aucunement et systématiquement la volonté de cacher une pratique corruptrice ou plus généralement une atteinte au devoir de probité. =Mais il est certain que l'absence de publicité peut être un terreau fertile pour des pratiques attentatoires à la probité.

Les arguments contre une telle sanction financière sont les suivants. La publication de cet avis emporte, en pratique, des difficultés opérationnelles non négligeables avec notamment la question du moment de la publication, le montant à indiquer en cas de modifications successives ou en cas de modification unilatérale avec émission de réserves de la part du cocontractant.

Ensuite, le risque accru de recours peut être de nature à brider les modifications. A cet égard, l'interview d'une avocate roumaine spécialiste de commande publique laisse en effet augurer d'un risque de paralysie de l'évolution contractuelle qu'elle a pu constater en Roumanie suite à l'adoption du dispositif de sanction financière en cas de non publication de l'avis de modification lorsqu'il est obligatoire. En outre, il faut certainement tenir compte du contexte national et des recours dont les tiers peuvent disposer contre les modifications, la France étant assez généreuse de ce point de vue.

Par ailleurs, certains risques de dérives ont pu être mis en avant et les remarques qui suivent ont pour but d'y répondre. Le risque de contournement des sanctions n'est pas à exclure : des autorités contractantes pourraient en effet être tentées de se baser sur d'autres fondements du Code qui ne requièrent pas de publication (modification non substantielle par exemple) ou

d'indemniser les circonstances imprévues ou prestations supplémentaires via l'imprévision, les sujétions imprévues ou les travaux indispensables.

Une autre dérive pourrait consister dans la tentation de rédiger les contrats afin de limiter les circonstances imprévues ou prestations supplémentaires avec pour conséquences des offres plus onéreuses et cela au détriment des finances publiques. Cela étant, cet argument est réversible puisqu'on peut aussi y voir un effet vertueux : ainsi serait limité le risque de dépassement des coûts, trop souvent dénoncé par les rapports de la cour des comptes et des chambres régionales des comptes. Ce serait même de nature à recentrer les discussions en amont, lors des phases de discussions préalables à l'attribution des contrats, à condition bien sûr que ces discussions soient ouvertes aux candidats (cf. rapport n°2 de la Chaire sur les Liens entre règles de passation et difficulté d'exécution, 2021, précité, qui démontre que c'est encore trop rarement le cas).

Enfin, le bien fondé du mécanisme proposé par les directives peut être questionné puisque basé sur le « Private enforcement », c'est-à-dire sur l'intérêt que peuvent avoir des tiers à demander à un juge de faire respecter les règles de la commande publique. Autant on peut comprendre que ce mécanisme s'applique tant que le contrat n'est pas signé (référé précontractuel) ou lorsqu'il vient d'être signé et pour les violations des règles de passation les plus graves (référé contractuel, recours Tarn-et-Garonne exceptionnellement), autant cela est plus discutable pour des contrats qui ont largement commencé à être exécutés. Le tiers doit-il pouvoir s'immiscer ainsi dans la relation contractuelle ?

Aussi, il paraît préférable de n'envisager une telle sanction financière que de manière éventuelle et ultérieure. Ce ne serait qu'une fois les obstacles opérationnels levés, à la condition que le droit souple s'avère insuffisant pour remédier à la situation et après qu'un bilan de l'application de cette sanction financière ait pu être mené en Autriche et en Roumanie que cette seconde recommandation pourrait être envisagée.

Si la solution d'une sanction financière devait un jour être adoptée, il pourrait être proposé de prévoir un délai de prescription de la sanction par l'autorité compétente. Pour éviter que le défaut de publicité ne soit perçu comme traduisant une pratique corruptrice, il pourrait être proposé que l'amende soit versée à l'Etat (et non à l'agence française anti-corruption) et qu'une autorité administrative soit, en outre, chargée de contrôler la réalité de la publicité pour la plupart des autorités contractantes. Enfin, il pourrait être proposé de préciser que l'amende peut aller jusqu'à 10 000 euros (20 000 euros maximum en cas de récidive) afin de

laisser une marge d'appréciation à l'autorité compétente, ce montant correspondant à celui établi par la loi pour le non-respect de l'obligation d'établir un bilan des gaz à effet de serre touchant certaines personnes morales, y compris publiques (article L 229-25 du Code de l'environnement). On pourrait aussi se poser la question de savoir s'il ne faudrait pas réduire l'intérêt à agir des tiers, un peu à l'image de ce qui a été fait par le législateur dans le contentieux des autorisation d'urbanisme.

Si, durant les enquêtes, la question de l'extension de ces obligations de publicité à toute modification a pu se poser, il ne semble pas pertinent, pour l'heure, de proposer une recommandation en ce sens dès lors que les obligations actuelles de publication ne sont peu respectées par les acheteurs et les autorités concédantes pour les motifs prévus par les directives, que les directives elles-mêmes n'ont pas prévu de telles obligations et que la pertinence de telles obligations de publicité peut être discutée.

RECOMMANDATION N° 5 : REFORMER LES COMITES CONSULTATIFS DE REGLEMENT AMIABLE DES DIFFERENDS ET INITIER UNE REFLEXION GLOBALE DE RETABLISSEMENT DE LA CONFIANCE DES OPERATEURS ECONOMIQUES ENVERS LES JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES

Si majoritairement la résolution amiable des différends est considérée par les enquêtés comme satisfaisante dès lors qu'elle procède d'une médiation ou d'une conciliation, il en est autrement de la résolution amiable des différends par la saisine des CCIRA ou du CCNRA et du contentieux juridictionnel devant le juge administratif.

D'une part, pour les marchés publics, l'utilité et l'efficacité des CCIRA ou du CCNRA dans la résolution des litiges nécessiterait une réforme en profondeur de leur fonctionnement et de leur office éventuellement après l'organisation d'assises nationales de ces comités consultatifs de règlement amiable des différends. Dans l'attente de la tenue de telles assises, outre la réévaluation des indemnités forfaitaires des membres-rapporteurs siégeant dans ces comités consultatifs du fait du temps nécessaire à l'analyse de chaque affaire, le Code de la commande publique pourrait éventuellement faire l'objet de modifications mineures par lesquelles les CCIRA ou le CCNRA gagneraient en efficacité et en moyens. Ces recommandations s'inscrivent dans la lignée de certaines critiques formulées par les opérateurs économiques lors des entretiens et du sondage en ligne. Il n'a pas été jugé opportun de transformer les avis de ces comités consultatifs en décision administrative emportant force exécutoire dès notification puisque ceci reviendrait à dénaturer l'esprit ayant guidé la création des CCIRA et du CCNRA. De même, une extension des compétences des CCIRA et du CCNRA aux différends portant sur l'exécution des contrats de concession n'est pas, en l'état du fonctionnement et de l'organisation des CCIRA et du CCNRA, jugée pertinente en raison de l'engorgement actuel de ces comités.

VERSION ACTUELLE	VERSION RECOMMANDÉE ⁵¹⁷
<p>PARTIE REGLEMENTAIRE</p> <p>DEUXIEME PARTIE : MARCHES PUBLICS</p> <p>LIVRE I^{ER} : DISPOSITIONS GENERALES</p> <p>TITRE IX : EXECUTION DU MARCHE</p>	<p>PARTIE REGLEMENTAIRE</p> <p>DEUXIEME PARTIE : MARCHES PUBLICS</p> <p>LIVRE I^{ER} : DISPOSITIONS GENERALES</p> <p>TITRE IX : EXECUTION DU MARCHE</p>
<p>Chapitre VII : Règlement alternatif des différends</p>	<p>Chapitre VII : Règlement alternatif des différends</p>
<p>Section 1 : Comités consultatifs de règlement amiable des différends</p> <p><i>(inchangé)</i></p>	<p>Section 1 : Comités consultatifs de règlement amiable des différends</p> <p><i>(inchangé)</i></p>
<p>Sous-section 1 : Compétences des comités consultatifs de règlement amiable des différends <i>(inchangé)</i></p>	<p>Sous-section 1 : Compétences des comités consultatifs de règlement amiable des différends <i>(inchangé)</i></p>
<p>Sous-section 2 : Composition des comités consultatifs de règlement amiable des différends</p>	<p>Sous-section 2 : Composition des comités consultatifs de règlement amiable des différends</p>

⁵¹⁷ Les passages en gras, soulignés et en rouge sont des ajouts apportés par la Chaire dans le cadre des présentes recommandations. Les passages originaux supprimés sont rayés, en gras, souligné et en rouge.

<p style="text-align: center;">Article R. 2197-6</p> <p>Le comité national comprend six membres ayant voix délibérative :</p> <p>1° Un membre du Conseil d'Etat ou un magistrat de la Cour des comptes, en activité ou honoraire, ayant au moins le grade de conseiller d'Etat ou de conseiller maître, président ;</p> <p>2° Un membre du Conseil d'Etat ou un magistrat de la Cour des comptes, en activité ou honoraire, ayant au moins le grade de maître des requêtes ou de conseiller référendaire, vice-président ;</p> <p>3° Deux représentants de l'Etat, en activité ou en retraite, exerçant ou ayant exercé dans le département ministériel intéressé par l'affaire soumise au comité ;</p> <p>4° Deux personnalités compétentes exerçant ou ayant exercé des fonctions dans le même secteur d'activité que le titulaire du marché.</p> <p>Un représentant de la direction générale des finances publiques peut assister aux séances avec voix consultative.</p>	<p style="text-align: center;">Article R. 2197-6 (Modifié)</p> <p>Le comité national comprend six membres ayant voix délibérative :</p> <p>1° Un membre du Conseil d'Etat ou un magistrat de la Cour des comptes, en activité ou honoraire , ayant au moins le grade de conseiller d'Etat ou de conseiller maître, président ;</p> <p>2° Un membre du Conseil d'Etat ou un magistrat de la Cour des comptes, en activité ou honoraire, ayant au moins le grade de maître des requêtes ou de conseiller référendaire, vice-président ;</p> <p>3° Deux représentants de l'Etat, en activité ou en retraite, exerçant ou ayant exercé dans le département ministériel intéressé par l'affaire soumise au comité ;</p> <p>4° Deux personnalités compétentes exerçant ou ayant exercé des fonctions dans le même secteur d'activité que le titulaire du marché <u>sans risque d'atteinte au secret des affaires.</u></p> <p>Un représentant de la direction générale des finances publiques peut assister aux séances avec voix consultative.</p> <p><u>Le comité national garantit la confidentialité des échanges jusqu'à la notification de sa décision.</u></p>
<p style="text-align: center;">Article R. 2197-7</p> <p>Chaque comité local comprend six membres ayant voix délibérative :</p> <p>1° Un président et un vice-président, choisis parmi les membres en activité ou honoraires des juridictions administratives ou des juridictions financières ;</p> <p>2° Deux représentants de l'Etat, en activité ou en retraite, dont l'un au moins exerçant ou ayant exercé dans le département</p>	<p style="text-align: center;">Article R. 2197-7 (Modifié)</p> <p>Chaque comité local comprend six membres ayant voix délibérative :</p> <p>1° Un président et un vice-président, choisis parmi les membres en activité ou honoraires des juridictions administratives ou des juridictions financières ;</p>

<p>ministériel intéressé par l'affaire soumise au comité ;</p> <p>3° Deux personnalités compétentes exerçant ou ayant exercé des fonctions dans le même secteur d'activité que le titulaire du marché.</p> <p>Pour l'examen des différends relatifs aux marchés des collectivités territoriales, de leurs groupements ou de leurs établissements publics, les deux agents de l'Etat prévus au 2° ci-dessus sont remplacés par deux membres ayant la qualité d'élu ou d'agent des collectivités, groupements ou établissements publics.</p> <p>Le comptable public assignataire des paiements relatifs au marché litigieux ou son représentant peut assister aux séances avec voix consultative.</p>	<p>2° Deux représentants de l'Etat, en activité ou en retraite, dont l'un au moins exerçant ou ayant exercé dans le département ministériel intéressé par l'affaire soumise au comité ;</p> <p>3° Deux personnalités compétentes exerçant ou ayant exercé des fonctions dans le même secteur d'activité que le titulaire du marché <u>sans risque d'atteinte au secret des affaires.</u></p> <p>Pour l'examen des différends relatifs aux marchés des collectivités territoriales, de leurs groupements ou de leurs établissements publics, les deux agents de l'Etat prévus au 2° ci-dessus sont remplacés par deux membres ayant la qualité d'élu ou d'agent des collectivités, groupements ou établissements publics.</p> <p>Le comptable public assignataire des paiements relatifs au marché litigieux ou son représentant peut assister aux séances avec voix consultative.</p> <p><u>Le comité national garantit la confidentialité des échanges jusqu'à la notification de sa décision.</u></p>
<p>Sous-sections 3 à 7 (<i>inchangées</i>)</p>	<p>Sous-sections 3 à 7 (<i>inchangées</i>)</p>
<p>Sous-section 8 : Notification des avis des comités consultatifs de règlement amiable des différends</p> <p>Article D. 2197-21</p> <p>Le comité notifie son avis, dans le délai de six mois à compter de sa saisine. Ce délai peut être, lorsque que des difficultés particulières d'instruction du dossier le justifient, prolongé par périodes d'un mois dans la limite d'une durée de trois mois.</p>	<p>Sous-section 8 : Notification des avis des comités consultatifs de règlement amiable des différends</p> <p>Article D. 2197-21 (<i>Modifié</i>)</p> <p>Le comité notifie son avis, dans le délai de six mois à compter de sa saisine. Ce délai peut être, lorsque que des difficultés particulières d'instruction du dossier le justifient <u>et sur décision motivée du président du comité notifiée à l'acheteur et au</u></p>

<p>L'avis est notifié à l'acheteur ainsi qu'au titulaire du marché. Il est transmis, pour information, au ministre chargé de l'économie et, dans le cas des marchés des collectivités territoriales, de leurs groupements ou de leurs établissements publics, au préfet du département ou de la région du ressort de l'acheteur.</p>	<p>titulaire du marché, prolongé par périodes d'un mois dans la limite d'une durée de trois mois.</p>
<p>Article D. 2197-22</p>	<p>L'avis est notifié à l'acheteur ainsi qu'au titulaire du marché. Il est transmis, pour information, au ministre chargé de l'économie et, dans le cas des marchés des collectivités territoriales, de leurs groupements ou de leurs établissements publics, au préfet du département ou de la région du ressort de l'acheteur.</p>
<p>La décision prise par l'acheteur sur l'avis du comité est notifiée au titulaire du marché et au secrétaire du comité consultatif de règlement amiable des différends. Elle est transmise, pour information, au ministre chargé de l'économie. »</p>	<p>Article D. 2197-22 (Modifié)</p> <p><u>Dans un délai d'un mois suivant la notification de l'avis, l'acheteur se prononce sur la solution proposée par le comité.</u></p>
<p></p>	<p>La décision prise par l'acheteur sur l'avis du comité est notifiée au titulaire du marché et au secrétaire du comité consultatif de règlement amiable des différends. Elle est transmise, pour information, au ministre chargé de l'économie.</p>
<p></p>	<p><u>A l'expiration du délai d'un mois mentionné au premier alinéa, le silence gardé par l'acheteur emporte refus de suivre l'avis du comité.</u></p>
<p></p>	<p>Article D. 2197-23 (Nouveau)</p>
<p></p>	<p><u>A l'expiration du délai mentionné au premier alinéa de l'article D. 2197-21, le comité est automatiquement dessaisi de l'affaire. Son président en informe immédiatement l'acheteur et le titulaire du marché et constate, dans un courrier qui leur est notifié, l'échec de la résolution amiable.</u></p>
<p></p>	<p><u>La suspension des délais de recours contentieux cesse à compter du lendemain de la date de notification aux parties de l'échec de la résolution amiable.</u></p>

D'autre part, face à la défiance de certains opérateurs économiques à l'égard des juridictions administrative, une réflexion doit être initiée avec les partenaires de la Chaire, son collège d'experts et son comité scientifique pour rétablir ce lien de confiance indispensable entre les justiciables et la Justice. Plusieurs pistes ont été apportées dans le cadre des enquêtes et des discussions au sein de la Chaire, notamment en accentuant la formation des magistrats administratifs aux milieux de l'économie, des affaires et des entreprises et en les incitant à procéder à des expertises au plutôt lors de l'instruction de l'affaire afin d'en accélérer le traitement juridictionnel.

RECOMMANDATION N° 6 : CLARIFIER LE RÉGIME DE L'AVENANT TRANSACTIONNEL

Plusieurs pistes ont attiré l'attention des chercheurs de la Chaire sur l'avenant transactionnel (du plus souple ou plus restrictif) :

1. Initier une réflexion commune au sein de la Chaire sur l'encadrement du régime de l'avenant transactionnel ; il conviendrait en particulier de clarifier le point de savoir si toute renonciation à recours équivaut à une transaction, impliquant une vérification de l'existence de concessions réciproques.
2. Publier un guide spécifique permettant de distinguer l'avenant transactionnel et le protocole transactionnel, tout en expliquant s'il vaut mieux procéder par deux actes distincts ou non (avenant ; protocole transactionnel) et dans quelles situations ;
3. Réformer éventuellement le Code de la commande publique pour y ajouter l'avenant transactionnel et préciser qu'il doit respecter à la fois les dispositions relatives aux modifications du contrat et la jurisprudence du Conseil d'Etat relative au protocole transactionnel.

RECOMMANDATION N° 7 : FORMER AU *CONTRACT MANAGING* LES AGENTS DES AUTORITES CONTRACTANTES ET INSTAURER UN SERVICE CENTRAL D'ACCOMPAGNEMENT DANS LA GESTION DES CONTRATS DE LA COMMANDE

Au regard des nombreux retours des enquêtés sur le manque de formation des agents des acheteurs ou des autorités contractantes⁵¹⁸, une attention particulière doit être portée sur leur formation en matière de gestion contractuelle des contrats de la commande publique. Si des diplômes de niveau Maîtrise ou Master en la matière se développent, il s'avère nécessaire de former au nouveau régime de modification et au *contract managing* les agents actuels qui en exprimeraient le besoin. De même, une formation des élus locaux serait bienvenue afin de les acclimater à l'environnement juridique et économique de la gestion des contrats de la commande publique. En outre, des postes de *contract manager*, ou des formations en ce sens, seraient un véritable atout pour sécuriser économiquement et juridiquement la gestion des contrats des autorités contractantes.

Enfin, un accompagnement au *contract managing* des agents des autorités contractantes par les services centraux de l'Etat serait à instituer. Un service spécialement dédié à cette assistance pourrait être créé au sein du ministère de l'économie et des finances, en lien avec la direction des affaires juridiques, afin de répondre aux problématiques rencontrées par les services des acheteurs et des autorités concédantes dans le cadre de l'exécution et de la modification des contrats de la commande publique.

⁵¹⁸ Ce besoin se retrouve très fortement auprès des autorités contractantes ayant répondu au sondage en ligne (voir *supra*).

RECOMMANDATION N° 8 : PRÉCISER LA THÉORIE DE L'IMPRÉVISION ET CODIFIER LES THÉORIES DU FAIT DU PRINCE, DES SUJETIONS IMPREVUES ET DES TRAVAUX INDISPENSABLES DANS LE CODE DE LA COMMANDE PUBLIQUE

La recommandation principale relative à la théorie de l'imprévision consiste en la codification plus poussée de la jurisprudence du Conseil d'Etat, ainsi que de certains éléments de son avis du 15 septembre 2022 sur l'indemnité d'imprévision.

L'objectif est de prévoir un cadre plus précis dans le Code de la commande publique tant pour les marchés publics que pour les contrats de concession, notamment pour apprécier le bouleversement de l'économie du contrat et la répartition des surcoûts. En effet, puisque le Code de la commande publique codifie dans son principe la théorie jurisprudentielle de l'imprévision en son article L. 6, autant aller jusqu'au bout de cette démarche en codifiant désormais la jurisprudence relative à l'indemnisation pour imprévision dans un chapitre nouveau consacré aux indemnisations pour charges extracontractuelles, distinct du chapitre relatif à la modification, tout en apportant des précisions de nature à renforcer la sécurité juridique et à prévenir le risque de suspension du contrat par le cocontractant.

Afin de marquer la spécificité de l'indemnité d'imprévision quant à son caractère de « quasi-modification », une section unique dans ce chapitre lui serait réservée tant pour les marchés que pour les contrats de concession. En outre, le régime juridique proposé peut être aménagé par les clauses du contrat lui-même (via des clauses d'imprévision). Toutefois, les dispositions imposant aux autorités contractantes le respect des principes généraux d'égalité devant les charges publiques, de bon usage des deniers publics et d'interdiction des libéralités sont expressément qualifiées d'ordre public.

S'agissant de la théorie de l'imprévision, il a été tenu compte de la remarque de ne pas fixer de seuils de bouleversement pour les marchés publics, mais d'essayer de trouver des critères de nature à identifier plus facilement un bouleversement qui ont fait l'objet de plusieurs échanges, oraux et écrits. S'agissant des marchés, il est proposé de tenir compte de la marge bénéficiaire, en se référant directement à la jurisprudence sur le manque à gagner du concurrent irrégulièrement évincé qui disposait d'une chance sérieuse d'emporter le marché, mais aussi de la durée du marché, une durée moindre impliquant pour le candidat d'assumer plus d'aléas, et enfin du montant du marché, un montant important impliquant un seuil plus faible en pourcentage. En effet, selon les auteurs du *Traité des contrats administratifs* (tome 2, LGDJ 1984, p. 510 et 511), « *le bouleversement de l'économie du contrat s'apprécie par le rapprochement de l'importance des dépenses supplémentaires provoquées avec l'importance du marché (C.E. 19 février 1936, Sté T.H.E.G., p. 224)* ».

Enfin, sur les critères de répartition des conséquences de l'imprévision entre autorité contractante et titulaire, en particulier en matière de concessions, les propositions qui suivent résultent de la jurisprudence du Conseil d'Etat, un peu ancienne il est vrai (citée dans le *Traité des contrats administratifs*, tome 2, précité) :

- Sur la prise en compte du risque de perte : CE, 9 mai 1962, *Ville de Bastia* ;
- Sur les efforts du cocontractant pour supporter ses difficultés : CE, 21 avril 1944, *Cie française des câbles téléphoniques*, p. 119 ; 14 mars 1945, *Cie du gaz de Lorient*, p. 49 ;
- Sur les négligences ou insuffisances dont il a fait preuve : CE, 18 avril 1959, *Société industrielle de travaux d'assainissement et d'urbanisme et Ville de Nice*, p. 216 ;
- Sur les bénéfices passés et les perspectives de bénéfices : CE, 21 avril 1944, *Cie des câbles télégr.*, p. 119 ; 30 décembre 1927, *Cie française d'éclairage*, p. 1297 ; 30 mars 1928, *Ville de Belfort*, p. 477 ; 8 novembre 1935, *Ville de Lagny*, p. 1026 ; 22 janv. 1967, *Société du gaz de Nogent-l'Artaud*, p. 87.

La présente recommandation ne se limite pas à la seule théorie de l'imprévision, mais entend couvrir également trois autres théories d'origines jurisprudentielles sur l'indemnisation pour charges extracontractuelles : le fait du prince, les sujétions imprévues et les travaux ou services indispensables. En effet, si ces théories semblent poser moins de problèmes que celles

de l'imprévision, leur absence du Code peut laisser croire à certains acheteurs qu'elles ne sont plus d'actualité. Cela permettrait aussi de préciser que la théorie des sujétions imprévues ne concerne que les marchés de travaux. En outre, l'avis du 15 septembre 2022 a consacré que l'imprévision n'est pas une modification mais on peut le lire aussi comme consacrant que ces autres théories correspondent à une modification. La jurisprudence distingue bien d'ailleurs les indemnités pour charges extracontractuelles liées à l'imprévision des indemnités pour sujétions imprévues (voir par exemple CE, 30 novembre 1990, Société Coignet entreprise, n° 53636, aux tables), sachant en outre que les indemnités pour sujétions imprévues doivent être intégrées dans le décompte général et définitif contrairement à celles résultant de l'imprévision (CE, avis du 15 septembre 2022, précité). En outre, la jurisprudence ne parle pas de charges extracontractuelles pour ce qui est des théories du fait du prince et des travaux indispensables. Il conviendrait donc de clarifier cela en intégrant ces trois théories dans la partie sur les modifications. Si les dispositions recommandées reprennent, en règle générale, la jurisprudence, il est proposé un ajustement concernant les prestations supplémentaires. Au lieu de parler d'indemnisation, il conviendrait de parler de rémunération puisqu'il ne s'agit pas d'indemniser des charges imprévisibles à travaux ou services constants mais de rémunérer des prestations non prévues au contrat.

VERSION ACTUELLE	VERSION RECOMMANDÉE ⁵¹⁹
<p style="text-align: center;">Article L. 6</p> <p>3° Lorsque survient un évènement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'économie du contrat, le cocontractant, qui en poursuit l'exécution, a droit à une indemnité ;</p>	<p style="text-align: center;">Article L. 6 (Modifié)</p> <p>3° Lorsque survient un évènement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'économie du contrat, le cocontractant, qui en poursuit l'exécution, a droit à une indemnité <u>dans les conditions prévues par le chapitre VIII du Titre IX du Livre 1^{er} de la deuxième partie du présent code pour les marchés et le chapitre VIII du Titre III du Livre 1^{er} de la troisième partie du présent code pour les contrats de concessions</u> ;</p>

⁵¹⁹ Les passages en gras, soulignés et en rouge sont des ajouts apportés par la Chaire dans le cadre des présentes recommandations. Les passages originaux supprimés sont rayés, en gras, souligné et en rouge.

<p>PARTIE LEGISLATIVE</p> <p>DEUXIEME PARTIE : MARCHES PUBLICS</p> <p>LIVRE I^{ER} : DISPOSITIONS GENERALES</p> <p>TITRE IX : EXECUTION DU MARCHÉ</p>	<p>PARTIE LEGISLATIVE</p> <p>DEUXIEME PARTIE : MARCHES PUBLICS</p> <p>LIVRE I^{ER} : DISPOSITIONS GENERALES</p> <p>TITRE IX : EXECUTION DU MARCHÉ</p>
<p>Chapitre IV : Modification du Marché</p>	<p>Chapitre IV : Modification du Marché</p>
<p>Articles L. 2194-1 à L. 2194-3 (<i>inchangés</i>)</p>	<p><u>Section 1 : Modifications autorisées (Nouveau)</u></p> <p>Articles L. 2194-1 à L. 2194-3 (<i>inchangés</i>)</p> <p><u>Section 2 : Indemnisation pour fait du prince (Nouveau)</u></p> <p><u>Article L. 2194-4 (Nouveau)</u></p> <p><u>Dans le cadre des contrats administratifs, lorsque l'acheteur agit en vertu d'une compétence autre que celle qu'il tient du contrat et que cette mesure est licite et était imprévisible au moment de la signature du contrat, le cocontractant a droit au versement d'une indemnité par l'acheteur.</u></p> <p><u>L'indemnité prévue à l'alinéa précédent couvre les surcoûts ou les pertes de recettes directement liés à l'entrée en vigueur de la mesure imprévisible et licite dans les conditions prévues par un décret en Conseil d'Etat.</u></p> <p><u>Section 3 : Indemnisation pour sujétions imprévues (Nouveau)</u></p> <p><u>Article L. 2194-5 (Nouveau)</u></p>

	<p><u>En cas de survenance de difficultés matérielles rencontrées lors de l'exécution du marché, présentant un caractère exceptionnel, imprévisibles lors de la conclusion du contrat et dont la cause est extérieure aux parties, le cocontractant poursuit l'exécution du contrat.</u></p> <p><u>Dans ces circonstances, le cocontractant a droit au versement d'une indemnité par l'acheteur selon les modalités prévues par un décret en Conseil d'Etat.</u></p> <p><u>Section 4 : Rémunération pour travaux et services indispensables (Nouveau)</u></p> <p style="text-align: center;"><u>Article L. 2194-6 (Nouveau)</u></p> <p><u>Le cocontractant ayant exécuté des travaux ou des services supplémentaires indispensables à la bonne exécution du marché a droit au versement d'une rémunération par l'acheteur, sauf à ce que l'acheteur se soit préalablement opposé, de manière précise, à leur réalisation.</u></p> <p><u>La rémunération prévue à l'alinéa précédent couvre les surcoûts directement liés aux travaux ou aux services supplémentaires indispensables dans les conditions prévues par un décret en Conseil d'Etat.</u></p>
<p>Chapitre V : Résiliation du marché</p> <p>Chapitre VI : Informations relatives à l'achat</p> <p>Chapitre VII : Règlement alternatif des différends</p>	<p>Chapitre V : Résiliation du marché</p> <p>Chapitre VI : Informations relatives à l'achat</p> <p>Chapitre VII : Règlement alternatif des différends</p>
<p style="text-align: center;"><i>Néant</i></p>	<p><u>Chapitre VIII : Indemnisation pour charges extracontractuelles d'imprévision (Nouveau)</u></p>

	<p><u>Section unique : Indemnité pour imprévision (Nouveau)</u></p> <p><u>Article L. 2198-1 (Nouveau)</u></p> <p><u>Dans le cadre des contrats administratifs, conformément aux dispositions du 3° de l'article L. 6, en cas de survenance d'un évènement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'économie du contrat, le cocontractant poursuit l'exécution du contrat.</u></p> <p><u>Dans ces circonstances, le cocontractant a droit au versement d'une indemnité d'imprévision par l'acheteur.</u></p> <p><u>L'indemnité d'imprévision couvre les surcoûts directement liés à l'évènement d'imprévision dans les conditions prévues par un décret en Conseil d'Etat.</u></p> <p><u>Article L. 2198-2 (Nouveau)</u></p> <p><u>En cas de refus par l'acheteur de verser l'indemnité d'imprévision prévue à l'article L. 2198-1 au cocontractant, ce-dernier ne peut, sans engager sa responsabilité contractuelle, ni suspendre unilatéralement l'exécution du contrat, ni le résilier unilatéralement pour ce motif.</u></p> <p><u>Article L. 2198-3 (Nouveau)</u></p> <p><u>L'indemnité d'imprévision prévue à l'article L. 2198-1 est provisoire.</u></p> <p><u>Si les événements d'imprévision ayant justifié son octroi conformément aux dispositions de l'article L. 2198-1 perdurent, le caractère permanent du bouleversement de l'équilibre économique du contrat peut justifier sa résiliation par l'acheteur pour cas de force majeure administrative. Le cocontractant peut demander au juge de résilier le contrat pour le même motif.</u></p>
--	--

<p>PARTIE REGLEMENTAIRE</p> <p>DEUXIEME PARTIE : MARCHES PUBLICS</p> <p>LIVRE I^{ER} : DISPOSITIONS GENERALES</p> <p>TITRE IX : EXECUTION DU MARCHE</p>	<p>PARTIE REGLEMENTAIRE</p> <p>DEUXIEME PARTIE : MARCHES PUBLICS</p> <p>LIVRE I^{ER} : DISPOSITIONS GENERALES</p> <p>TITRE IX : EXECUTION DU MARCHE</p>
<p>Chapitre IV : Modification du marché</p>	<p>Chapitre IV : Modification du marché</p>
<p>Section 1 : Modifications autorisées <i>(inchangée)</i></p> <p>Section 2 : Avis de modification <i>(inchangée)</i></p>	<p>Section 1 : Modifications autorisées <i>(inchangée)</i></p> <p>Section 2 : Avis de modification <i>(inchangée)</i></p> <p><u>Section 3 : Indemnisation pour fait du prince (Nouveau)</u></p> <p><u>Article R. 2194-11 (Nouveau)</u></p> <p><u>Sauf clauses contraires, l'indemnité prévue à l'article L. 2194-4 est versée par l'acheteur au cocontractant dans les conditions fixées par la présente section.</u></p> <p><u>Article R. 2194-12 (Nouveau)</u></p> <p><u>Dans le cadre du versement de l'indemnité au titre de l'article L. 2194-4, l'acheteur respecte les principes généraux d'égalité devant les charges publiques, de bon usage des deniers publics et d'interdiction des libéralités.</u></p> <p><u>Article R. 2194-13 (Nouveau)</u></p>

	<p><u>En cas de désaccord entre les parties, l'indemnité au titre de l'article L. 2194-4 peut être octroyée par le juge administratif compétent sur saisine du cocontractant.</u></p> <p><u>Section 3 : Indemnisation pour sujétions imprévues</u> <i>(Nouveau)</i></p> <p><u>Article R. 2194-14</u> <i>(Nouveau)</i></p> <p><u>Sous réserve de clauses contraires dans le contrat initial, l'indemnité prévue à l'article L. 2194-5 est versée par l'acheteur au cocontractant dans les conditions fixées par la présente section.</u></p> <p><u>Article R. 2194-15</u> <i>(Nouveau)</i></p> <p><u>Dans le cas d'un marché conclu à prix forfaitaire, le cocontractant a droit au versement d'une indemnité à condition que les sujétions imprévues au sens de l'article L. 2194-5 entraînent un bouleversement de l'économie du contrat.</u></p> <p><u>Le bouleversement de l'économie du marché de l'opérateur économique est caractérisé si, malgré l'application d'une clause de variation des prix, le montant des charges imprévisibles est supérieur à un pourcentage du montant du marché, calculé à partir de la marge bénéficiaire de ce type d'opérateur économique pour des prestations de même nature que celles qui font l'objet du marché, de la durée et du montant du marché.</u></p> <p><u>Article R. 2194-16</u> <i>(Nouveau)</i></p> <p><u>L'indemnisation prévue à l'article L. 2194-5 prend la forme d'une augmentation du montant initial du marché et ne peut</u></p>
--	---

	<p><u>couvrir que les surcoûts directement liés aux difficultés matérielles ouvrant droit à cette indemnisation.</u></p> <p><u>Article R. 2194-17 (Nouveau)</u></p> <p><u>Lorsque le marché est conclu par un pouvoir adjudicateur, la modification du prix prévue à l'article R. 2194-16 ne peut être supérieur à 50 % du montant initial du marché.</u></p> <p><u>Lorsque plusieurs indemnisations au titre de l'article L. 2194-5 successives sont effectuées, cette limite s'applique au montant de chaque indemnisation.</u></p> <p><u>Ces indemnisations successives ne doivent pas avoir pour objet de contourner les obligations de publicité et de mise en concurrence.</u></p> <p><u>Article R. 2194-18 (Nouveau)</u></p> <p><u>Dans le cadre du versement de l'indemnité au titre de l'article L. 2194-5, l'acheteur respecte les principes généraux d'égalité devant les charges publiques, de bon usage des deniers publics et d'interdiction des libéralités.</u></p> <p><u>Article R. 2194-19 (Nouveau)</u></p> <p><u>L'acheteur publie un avis de modification à la suite de la décision ou de l'accord approuvant l'indemnisation pour sujétions imprévues dans les conditions prévues à l'article R. 2194-10.</u></p> <p><u>Article R. 2194-20 (Nouveau)</u></p> <p><u>En cas de désaccord entre les parties, l'indemnité au titre de l'article L. 2194-5 peut être octroyée par le juge administratif compétent sur saisine du cocontractant.</u></p> <p><u>Les dispositions des articles R. 2194-17 et R. 2194-19 ne s'appliquent pas à l'octroi par le juge administratif d'une indemnité d'imprévision.</u></p>
--	---

Section 4 : Rémunération pour travaux ou services indispensables *(Nouveau)*

Article R. 2194-21 *(Nouveau)*

Sous réserve de clauses contraires dans le contrat initial, la rémunération prévue à l'article L. 2194-6 est versée par l'acheteur au cocontractant dans les conditions fixées par la présente section.

Article R. 2194-22 *(Nouveau)*

Lorsque le marché est conclu par un pouvoir adjudicateur, le montant de la rémunération prévue à l'article L. 2194-6 ne peut être supérieur à 50 % du montant du marché initial.

Lorsque plusieurs rémunérations au titre de l'article L. 2194-6 successives sont effectuées, cette limite s'applique au montant de chaque rémunération.

Ces rémunérations successives ne doivent pas avoir pour objet de contourner les obligations de publicité et de mise en concurrence.

Article R. 2194-23 *(Nouveau)*

Dans le cadre du versement de la rémunération au titre de l'article L. 2194-6, l'acheteur respecte les principes généraux d'égalité devant les charges publiques, de bon usage des deniers publics et d'interdiction des libéralités.

Article R. 2194-24 *(Nouveau)*

L'acheteur publie un avis de modification à la suite de la décision ou de l'accord approuvant la rémunération pour travaux ou services indispensables dans les conditions prévues à l'article R. 2194-10.

	<p style="text-align: center;"><u>Article R. 2194-25 (Nouveau)</u></p> <p><u>En cas de désaccord entre les parties, la rémunération au titre de l'article L. 2194-6 peut être octroyée par le juge administratif compétent sur saisine du cocontractant.</u></p> <p><u>Les dispositions des articles R. 2194-22 et R. 2198-24 ne s'appliquent pas à l'octroi par le juge administratif d'une rémunération pour travaux ou services indispensables.</u></p>
<p>Chapitre V : Résiliation du marché</p> <p>Chapitre VI : Informations relatives à l'achat</p> <p>Chapitre VII : Règlement alternatif des différends</p>	<p>Chapitre V : Résiliation du marché</p> <p>Chapitre VI : Informations relatives à l'achat</p> <p>Chapitre VII : Règlement alternatif des différends</p>
<p style="text-align: center;"><i>Néant</i></p>	<p><u>Chapitre VIII : Indemnisation pour charges extracontractuelles (Nouveau)</u></p> <p><u>Section unique : Indemnisation pour imprévision (Nouveau)</u></p> <p style="text-align: center;"><u>Article R. 2198-1 (Nouveau)</u></p> <p><u>Sous réserve de clauses contractuelles spéciales dans le contrat initial, l'indemnité d'imprévision prévue à l'article L. 2198-1 est versée par l'acheteur au cocontractant dans les conditions fixées par la présente section.</u></p> <p style="text-align: center;"><u>Article R. 2198-2 (Nouveau)</u></p> <p><u>Le bouleversement de l'économie du marché de l'opérateur économique est caractérisé au sens de l'article L. 2198-1 si,</u></p>

malgré l'application d'une clause de variation des prix, le montant des charges extracontractuelles engendrées par l'évènement d'imprévision est supérieur à un pourcentage du montant du marché, calculé à partir de la marge bénéficiaire de ce type d'opérateur économique pour des prestations de même nature que celles qui font l'objet du marché, de la durée et du montant du marché.

Article R. 2198-3 (Nouveau)

L'indemnité d'imprévision répare le préjudice du cocontractant né des charges extracontractuelles résultant directement de l'évènement y ouvrant droit au titre de l'article L. 2198-1, à l'exception de la part de risque qu'il assume nécessairement.

L'indemnité d'imprévision couvre au minimum soixante-quinze pourcents et au maximum quatre-vingt-quinze pourcents de ces surcoûts.

Pour le calcul du montant de l'indemnité d'imprévision, l'acheteur tient compte de l'importance du montant initial du marché et du comportement du cocontractant depuis la survenance de l'évènement ouvrant droit à indemnisation pour imprévision.

Article R. 2198-4 (Nouveau)

Dans le cadre du versement de l'indemnité d'imprévision, l'acheteur respecte les principes généraux d'égalité devant les charges publiques, de bon usage des deniers publics et d'interdiction des libéralités.

Article R. 2198-5 (Nouveau)

Le versement de l'indemnité d'imprévision peut faire l'objet de la conclusion d'une convention d'indemnisation entre les parties dont le seul objet est, en principe, de compenser les charges extracontractuelles subies par le cocontractant en

	<p><u>vue de lui permettre la poursuite de l'exécution du marché pour une période déterminée.</u></p> <p><u>La convention d'indemnisation est conclue pour une durée déterminée. Cette durée doit, sous peine de nullité, être fixée précisément par la convention d'indemnisation.</u></p> <p><u>La convention d'indemnisation ne peut avoir pour objet ou pour effet ni de modifier les clauses du marché, ni les obligations réciproques des parties, ni d'affecter la satisfaction des besoins de l'acheteur.</u></p> <p style="text-align: center;"><u>Article R. 2198-6 (Nouveau)</u></p> <p><u>En cas de désaccord entre les parties, l'indemnité d'imprévision peut être octroyée par le juge administratif compétent sur saisine du cocontractant.</u></p>
<p>PARTIE LEGISLATIVE</p> <p>TROISIEME PARTIE : CONCESSIONS</p> <p>LIVRE I^{ER} : DISPOSITIONS GENERALES</p> <p>TITRE III : EXECUTION DU CONTRAT DE CONCESSION</p>	<p>PARTIE LEGISLATIVE</p> <p>TROISIEME PARTIE : CONCESSIONS</p> <p>LIVRE I^{ER} : DISPOSITIONS GENERALES</p> <p>TITRE III : EXECUTION DU CONTRAT DE CONCESSION</p>
<p>Chapitre V : Modification du contrat de concession</p>	<p>Chapitre V : Modification du contrat de concession</p>
<p>Articles L. 3135-1 et L. 3135-2 (<i>inchangés</i>)</p>	<p><u>Section 1 : Modifications autorisées (Nouveau)</u></p> <p>Articles L. 3135-1 et L. 3135-2 (<i>inchangés</i>)</p>

	<p><u>Section 2 : Indemnisation pour fait du prince (Nouveau)</u></p> <p><u>Article L. 3135-3 (Nouveau)</u></p> <p><u>Dans le cadre des contrats administratifs, lorsque l'autorité concédante agit en vertu d'une compétence autre que celle qu'elle tient du contrat et que cette mesure est licite et était imprévisible au moment de la signature du contrat, le cocontractant a droit au versement d'une indemnité par l'autorité concédante.</u></p> <p><u>L'indemnité prévue à l'alinéa précédent couvre les surcoûts ou les pertes de recettes directement liés à l'entrée en vigueur de la mesure imprévisible et licite dans les conditions prévues par un décret en Conseil d'Etat.</u></p>
<p>Chapitre VI : Fin des relations contractuelles</p> <p>Chapitre VII : Règlement alternatif des différends</p>	<p>Chapitre VI : Fin des relations contractuelles</p> <p>Chapitre VII : Règlement alternatif des différends</p>
<p><i>Néant</i></p>	<p><u>Chapitre VIII : Indemnisation pour charges extracontractuelles (Nouveau)</u></p> <p><u>Section unique : Indemnisation pour imprévision (Nouveau)</u></p> <p><u>Article L. 3138-1 (Nouveau)</u></p> <p><u>Dans le cadre des contrats administratifs, conformément aux dispositions du 3° de l'article L. 6, en cas de survenance d'un évènement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'économie du contrat, le cocontractant poursuit l'exécution du contrat.</u></p>

Dans ces circonstances, le cocontractant, qui subit de ce fait un déficit d'exploitation, a droit au versement d'une indemnité d'imprévision par l'autorité concédante.

L'indemnité d'imprévision couvre le déficit d'exploitation directement liés à l'évènement d'imprévision dans les conditions prévues par un décret en Conseil d'Etat.

Article L. 3138-2 (Nouveau)

En cas de refus par l'autorité concédante de verser l'indemnité d'imprévision prévue à l'article L. 3138-1 au cocontractant, ce-dernier ne peut, sans engager sa responsabilité contractuelle, ni suspendre unilatéralement l'exécution du contrat, ni le résilier unilatéralement pour ce motif.

Article L. 3138-3 (Nouveau)

L'indemnité d'imprévision prévue à l'article L. 3138-1 est provisoire.

Si les événements ayant justifié son octroi conformément aux dispositions de l'article L. 3138-1 perdurent, le caractère permanent du bouleversement de l'équilibre économique du contrat fait obstacle à la poursuite de son exécution et justifie sa résiliation par l'autorité concédante pour cas de force majeure.

Article L. 3138-4 (Nouveau)

Si les conditions économiques nouvelles à la suite des événements ouvrant droit à l'octroi d'une indemnité d'imprévision conformément aux dispositions de l'article L. 3138-1 créent une situation définitive, la situation économique nouvelle en résultant autorise le concessionnaire, à défaut d'un accord amiable sur une orientation nouvelle à

	<p><u>donner à la concession, à saisir le juge administratif d'une demande en résiliation du contrat pour cas de force majeure.</u></p> <p><u>Cette demande peut s'accompagner d'une demande indemnitaire qui ne peut couvrir le manque à gagner du cocontractant.</u></p>
<p>PARTIE REGLEMENTAIRE</p> <p>TROISIEME PARTIE : CONCESSIONS</p> <p>LIVRE I^{ER} : DISPOSITIONS GENERALES</p> <p>TITRE III : EXECUTION DU CONTRAT DE CONCESSION</p>	<p>PARTIE REGLEMENTAIRE</p> <p>TROISIEME PARTIE : CONCESSIONS</p> <p>LIVRE I^{ER} : DISPOSITIONS GENERALES</p> <p>TITRE III : EXECUTION DU CONTRAT DE CONCESSION</p>
<p>Chapitre V : Modification du contrat de concession</p>	<p>Chapitre V : Modification du contrat de concession</p>
<p>Section 1 : Modifications autorisées (<i>inchangée</i>)</p> <p>Section 2 : Avis de modification (<i>inchangée</i>)</p>	<p>Section 1 : Modifications autorisées (<i>inchangée</i>)</p> <p>Section 2 : Avis de modification (<i>inchangée</i>)</p> <p><u>Section 3 : Indemnisation pour fait du prince (Nouveau)</u></p> <p><u>Article R. 3135-11 (Nouveau)</u></p> <p><u>Sous réserve de clauses contractuelles spéciales dans le contrat initial, l'indemnité prévue à l'article L. 3135-3 est versée par l'autorité concédante au cocontractant dans les conditions fixées par la présente section.</u></p>

	<p style="text-align: center;"><u>Article R. 3135-12 (Nouveau)</u></p> <p><u>Dans le cadre du versement de l'indemnité au titre de l'article L. 3135-3, l'autorité concédante respecte les principes généraux d'égalité devant les charges publiques, de bon usage des deniers publics et d'interdiction des libéralités.</u></p> <p style="text-align: center;"><u>Article R. 3135-13 (Nouveau)</u></p> <p><u>En cas de désaccord entre les parties, l'indemnité au titre de l'article L. 3135-3 peut être octroyée par le juge administratif compétent sur saisine du cocontractant.</u></p>
<p style="text-align: center;"><i>Néant</i></p>	<p><u>Chapitre VIII : Indemnisation pour charges extracontractuelles (Nouveau)</u></p> <p><u>Section unique : Indemnisation pour imprévision (Nouveau)</u></p> <p style="text-align: center;"><u>Article R. 3138-1 (Nouveau)</u></p> <p><u>Sous réserve de clauses contractuelles spéciales dans le contrat initial, l'indemnité d'imprévision prévue à l'article L. 3138-1 est versée par l'autorité concédante au cocontractant dans les conditions fixées par la présente section.</u></p> <p style="text-align: center;"><u>Article R. 3138-2 (Nouveau)</u></p> <p><u>Le bouleversement de l'économie du contrat est caractérisé au sens de l'article L. 3138-1 si, malgré l'application d'une clause de variation des tarifs, l'exploitation devient temporairement déficitaire du fait des seules circonstances imprévisibles au sens de l'article L. 3138-1, indépendamment</u></p>

des bénéfices passés et des perspectives de bénéfices. L'appréciation du déficit se fait sur la période d'imprévision, qu'elle soit inférieure ou supérieure à une année.

Le cocontractant peut demander une avance d'imprévision s'il n'est pas en mesure d'attendre la fin de la période d'imprévision sans inconvénient majeur.

Sous réserve de clause contractuelle contraire, le caractère forfaitaire des clauses financières du contrat de concession ne peut faire obstacle à lui seul à l'allocation d'une indemnité d'imprévision.

Article R. 3138-3 (Nouveau)

L'indemnité d'imprévision répare le préjudice du cocontractant né des charges extracontractuelles résultant directement de l'évènement d'imprévision ouvrant droit au titre de l'article L. 3138-1.

En raison du risque d'exploitation pesant sur le concessionnaire en vertu de l'article L. 1121-1, l'indemnité d'imprévision couvre entre soixante-quinze et quatre-vingt-dix pourcents du déficit d'exploitation.

Pour le calcul du montant de l'indemnité d'imprévision, l'autorité concédante tient compte de la nature de la concession, du risque de pertes nécessairement accepté par le cocontractant, du comportement du cocontractant depuis la survenance de l'évènement ouvrant droit à indemnisation pour imprévision, des bénéfices passés et des perspectives de bénéfices

Article R. 3138-4 (Nouveau)

Dans le cadre du versement de l'indemnité d'imprévision, l'autorité concédante respecte les principes généraux d'égalité devant les charges publiques, de bon usage des deniers publics et d'interdiction des libéralités.

	<p style="text-align: center;"><u>Article R. 3138-5 (Nouveau)</u></p> <p><u>Le versement de l'indemnité d'imprévision peut faire l'objet de la conclusion d'une convention d'indemnisation entre les parties dont le seul objet est de compenser les charges extracontractuelles subies par le cocontractant en vue de lui permettre la poursuite de l'exécution du contrat de concession pour une période déterminée.</u></p> <p><u>La convention d'indemnisation est conclue pour une durée déterminée. Cette durée doit, sous peine de nullité, être fixée précisément par la convention d'indemnisation.</u></p> <p><u>Sous réserve des cas prévus à l'article R. 3138-6, la convention d'indemnisation ne peut avoir pour objet ou pour effet ni de modifier les clauses du contrat de concession, ni les obligations réciproques des parties, ni d'affecter la satisfaction des besoins de l'autorité concédante.</u></p> <p style="text-align: center;"><u>Article R. 3138-6 (Nouveau)</u></p> <p><u>Si l'évènement ouvrant droit à une indemnité d'imprévision au titre de l'article L. 3138-1 nécessite au regard de sa nature, de son ampleur ou de sa durée de modifier des clauses du contrat de concession ou les obligations réciproques de parties, la convention d'indemnisation prévue à l'article R. 3138-5 peut, outre prévoir le versement de l'indemnité d'imprévision, avoir pour objet ou pour effet de modifier le contrat dans le respect des dispositions des articles L. 3135-1, L. 3135-2 et R. 3135-1 à R. 3135-10.</u></p> <p><u>Dans les cas prévus à l'article R. 3135-10, l'autorité concédante publie un avis de modification à la suite de la conclusion de la convention d'indemnisation.</u></p> <p><u>Cet avis est publié au Journal officiel de l'Union européenne dans les conditions fixées aux articles R. 3122-4 et R. 3122-6, conformément au modèle fixé par le règlement d'exécution (UE) 2015/1986 de la Commission du 11 novembre 2015 établissant les formulaires standard pour la publication</u></p>
--	---

	<p><u>d'avis dans le cadre de la passation des marchés publics et abrogeant le règlement d'exécution (UE) n° 842/2011.</u></p> <p><u>Article R. 3138-7 (Nouveau)</u></p> <p><u>En cas de désaccord entre les parties, l'indemnité d'imprévision peut être octroyée par le juge administratif compétent sur saisine du cocontractant.</u></p> <p><u>Les dispositions de l'article R. 3138-6 ne s'appliquent pas à l'octroi par le juge administratif d'une indemnité d'imprévision.</u></p>
--	--

A noter que, pour l'application des articles R. 2198-5 et R. 3138-5 susmentionnés, le droit commun des collectivités territoriales s'applique ici. Lorsque l'acheteur est une collectivité territoriale ou un établissement public intercommunal, la conclusion de la convention d'indemnisation doit être autorisée préalablement à sa signature par une délibération de son assemblée délibérante.

Par ailleurs, deux autres recommandations peuvent être proposées concernant l'application de la théorie de l'imprévision : d'une part, inciter les autorités contractantes à prévoir dans le contrat initial des clauses d'imprévision et, d'autre part, établir par la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances un guide à destination des opérateurs économiques et des autorités contractantes sur les justificatifs pertinents et recevables en appui d'une demande d'indemnisation au titre de l'imprévision.

RECOMMANDATION N° 9 : PRÉCISER LA NOTION DE RESTRUCTURATION DU TITULAIRE INITIAL EN VUE DE LA SUBSTITUTION DE COCONTRACTANT ET INSERER DES CLAUSES DE « BANC DE RESERVE » DANS LES CONTRATS FUTURS

La substitution de cocontractant ne rencontre pas de difficultés pratiques particulières, selon les enquêtés. Toutefois, certains participants ont soulevé le caractère imprécis de la notion de restructuration du titulaire ou du concessionnaire initial des articles R. 2194-6, 2° et R. 3135-6, 2° du Code de la commande publique. Dans sa fiche technique *précitée*⁵²⁰, la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances pourrait apporter quelques éclaircissement sur la notion de restructuration sans qu'il ne soit besoin de réformer ni le Code de la commande publique, ni les directives européennes de 2014. La notion de restructuration au sens des articles R. 2184-6, 2° et R. 3135-6, 2° du Code de la commande publique pourrait être alors appréhendée sous l'angle de la vie normale de l'entreprise titulaire ou concessionnaire comme, par exemple, la prise de contrôle par un opérateur économique de l'entreprise cocontractante ou de l'un de ses secteurs d'activités. Par conséquent, l'ensemble des contrats de la commande publique en cours d'exécution auxquels cette dernière est partie sont cédés au preneur dans le cadre de la prise de contrôle ou de la récupération d'un secteur d'activité.

⁵²⁰ DAJ, « Les modalités de modification des contrats en cours d'exécution », Fiche technique *précitée*, p. 8. Dans cette fiche technique la direction des affaires juridiques précise, s'agissant de la restructuration, les éléments suivants : « La CJUE avait déjà eu l'occasion de se prononcer sur les opérations de restructuration d'une société. Elle avait considéré comme étant régulière la substitution du titulaire d'un marché public par un autre opérateur économique dans le cadre d'opérations de « réorganisation administrative de nature purement interne du cocontractant du pouvoir adjudicateur ». A cet égard, si le nouveau cocontractant est en relation de quasi-régie avec l'entreprise cédante, la cession du contrat s'analyse en réalité comme une simple réorganisation administrative, laquelle ne modifie pas de manière essentielle les termes du marché public initial et n'entraîne donc pas une obligation de remise en concurrence du marché dès lors qu'il ne s'agit pas de manœuvres destinées à contourner les règles européennes en matière de marchés publics. Ces dispositions réglementaires posent précisément le cadre juridique défini par la jurisprudence européenne en évoquant d'autres hypothèses dans lesquelles la restructuration d'une société permettrait une cession du contrat au profit d'un nouveau titulaire : le rachat, la fusion, l'acquisition ou l'insolvabilité. »

Une précision peut être apportée, toutefois, dans le Code de la commande publique sur les conséquences qu'entraîne un changement de contrôle du titulaire sur le contrat en cours d'exécution. Le Législateur ayant pris la position, dans le Code de la commande publique, de prévoir la substitution de cocontractant sous le prisme de la cession de contrat, ceci sous-entend la présence d'une nouvelle personne morale ce que ne constitue pas la restructuration interne issue du changement de contrôle d'un titulaire. Partant, la disposition du Code de la commande publique pourrait être modifiée en ajoutant que le changement du contrôle du titulaire initial ne vaut pas cession de contrat.

VERSION ACTUELLE	VERSION RECOMMANDEE ⁵²¹
PARTIE REGLEMENTAIRE DEUXIEME PARTIE : MARCHES PUBLICS LIVRE I ^{ER} : DISPOSITIONS GENERALES TITRE IX : EXECUTION DU MARCHE	PARTIE REGLEMENTAIRE DEUXIEME PARTIE : MARCHES PUBLICS LIVRE I ^{ER} : DISPOSITIONS GENERALES TITRE IX : EXECUTION DU MARCHE
Chapitre IV : Modification du marché	Chapitre IV : Modification du marché
<p style="text-align: center;">Article R. 2194-6</p> <p>Le marché peut être modifié lorsqu'un nouveau titulaire se substitue au titulaire initial du marché, dans l'un des cas suivants :</p>	<p style="text-align: center;">Article R. 2194-6 (Modifié)</p> <p>Le marché peut être modifié lorsqu'un nouveau titulaire se substitue au titulaire initial du marché, dans l'un des cas suivants :</p> <p>1° En application d'une clause de réexamen ou d'une option conformément aux dispositions de l'article R. 2194-1 ;</p> <p>2° Dans le cas d'une cession du marché, à la suite d'une opération de restructuration du titulaire initial, à condition que cette cession</p>

⁵²¹ Les passages en gras, soulignés et en rouge sont des ajouts apportés par la Chaire dans le cadre des présentes recommandations. Les passages originaux supprimés sont rayés, en gras, souligné et en rouge.

<p>1° En application d'une clause de réexamen ou d'une option conformément aux dispositions de l'article R. 2194-1 ;</p> <p>2° Dans le cas d'une cession du marché, à la suite d'une opération de restructuration du titulaire initial, à condition que cette cession n'entraîne pas d'autres modifications substantielles et ne soit pas effectuée dans le but de soustraire le marché aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Le nouveau titulaire doit remplir les conditions qui avaient été fixées par l'acheteur pour la participation à la procédure de passation du marché initial.</p>	<p>n'entraîne pas d'autres modifications substantielles et ne soit pas effectuée dans le but de soustraire le marché aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Le nouveau titulaire doit remplir les conditions qui avaient été fixées par l'acheteur pour la participation à la procédure de passation du marché initial.</p> <p><u>Pour l'application du 2° de l'alinéa précédent, ne constitue pas une cession de contrat le changement du contrôle du titulaire initial au sens des dispositions de l'article L. 233-3 du Code de commerce dès lors qu'un tel changement de contrôle n'emporte pas la création d'une personne morale nouvelle.</u></p>
<p>PARTIE REGLEMENTAIRE</p> <p>DEUXIEME PARTIE : CONCESSIONS</p> <p>LIVRE 1^{ER} : DISPOSITIONS GENERALES</p> <p>TITRE IX : EXECUTION DU CONTRAT DE CONCESSION</p>	<p>PARTIE REGLEMENTAIRE</p> <p>DEUXIEME PARTIE : CONCESSIONS</p> <p>LIVRE 1^{ER} : DISPOSITIONS GENERALES</p> <p>TITRE IX : EXECUTION DU CONTRAT DE CONCESSION</p>
<p>Chapitre IV : Modification du contrat de concession</p>	<p>Chapitre IV : Modification du contrat de concession</p>
<p>Article R. 3135-6</p>	<p>Article R. 3135-6 (Modifié)</p>

<p>Le contrat de concession peut être modifié lorsqu'un nouveau concessionnaire se substitue à celui auquel l'autorité concédante a initialement attribué le contrat de concession, dans l'un des cas suivants :</p> <p>1° En application d'une clause de réexamen ou d'une option définie à l'article R. 3135-1 ;</p> <p>2° Dans le cas d'une cession du contrat de concession, à la suite d'opérations de restructuration du concessionnaire initial. Le nouveau concessionnaire justifie des capacités économiques, financières, techniques et professionnelles fixées initialement par l'autorité concédante. Cette cession ne peut être effectuée dans le but de soustraire le contrat de concession aux obligations de publicité et de mise en concurrence.</p>	<p>Le contrat de concession peut être modifié lorsqu'un nouveau concessionnaire se substitue à celui auquel l'autorité concédante a initialement attribué le contrat de concession, dans l'un des cas suivants :</p> <p>1° En application d'une clause de réexamen ou d'une option définie à l'article R. 3135-1 ;</p> <p>2° Dans le cas d'une cession du contrat de concession, à la suite d'opérations de restructuration du concessionnaire initial. Le nouveau concessionnaire justifie des capacités économiques, financières, techniques et professionnelles fixées initialement par l'autorité concédante. Cette cession ne peut être effectuée dans le but de soustraire le contrat de concession aux obligations de publicité et de mise en concurrence.</p> <p><u>Pour l'application du 2° de l'alinéa précédent, ne constitue pas une cession de contrat le changement du contrôle du concessionnaire initial au sens des dispositions de l'article L. 233-3 du Code de commerce dès lors qu'un tel changement de contrôle n'emporte pas la création d'une personne morale nouvelle.</u></p>
---	--

Par ailleurs, au titre de la substitution de cocontractant par application d'une clause de réexamen prévue aux articles R. 2194-6, 1° et R. 3135-6, 1° du Code de la commande publique, et suivant les pratiques hollandaises et italiennes, des clauses dites de « banc de réserve »⁵²² pourraient être intégrées dans les contrats de la commande publique à venir afin de faciliter les cessions de contrats, en particulier en cas de défaillance du titulaire ou du concessionnaire. Une telle clause pourrait être rédigée, pour un marché public dès sa mise en concurrence dans les documents de consultations (en particulier dans le règlement de consultation), de la manière suivante :

ARTICLE X – Transfert de contrat pour défaillance du titulaire

⁵²² Aux Pays-Bas, sont couramment insérés des clauses de « banc de réserve » ou « banc des remplaçants » (*reserve bench*) ou de « salle d'attente » (*waiting-room*) dont l'objectif est de permettre à un pouvoir adjudicateur de résilier le marché en cas de situations prédéterminées (par exemple : défaillance du titulaire dans l'exécution du marché, faillite, etc.) et de conclure le marché avec un autre soumissionnaire considéré jusqu'alors en attente, dans l'ordre de classement des offres lors de la passation du contrat. Régies par le droit civil, ces clauses (présentes dès la mise en concurrence du contrat) n'ont pas été remises en cause par les directives de 2014.

X.1. En cas de défaillance avérée du titulaire du marché dans l'exécution du présent contrat, l'acheteur peut mettre en demeure le titulaire de respecter ses obligations dans un délai d'un mois. Si à l'expiration de ce délai le titulaire ne s'est pas conformé à ses obligations ou n'a apporté aucune solution à l'acheteur pour respecter ses obligations, l'acheteur peut procéder à la substitution de son cocontractant selon les conditions prévues aux articles X.2. à X.6. du présent contrat.

X.2. Dans le cadre de la cession du contrat, le nouveau titulaire est choisi prioritairement parmi les soumissionnaires conformes en fonction de leur ordre dans le classement final des offres lors de la passation initiale du contrat. Ainsi, le soumissionnaire conforme arrivé en deuxième position est prioritaire par rapport au troisième, lui-même prioritaire par rapport au quatrième.

L'acheteur vérifie que le nouveau titulaire remplit, au jour du transfert, les conditions qui avaient été fixées pour la participation à la procédure de passation du marché initial.

X.3. Le nouveau titulaire accepte la reprise du contrat dans les conditions convenues dans l'offre du titulaire initial ou, sur proposition de l'acheteur ou dans l'impossibilité technique du nouveau titulaire d'exécuter le contrat dans les conditions convenues dans l'offre du titulaire initial, dans les conditions convenues dans sa propre offre initiale.

Le contrat est transféré jusqu'au terme prévu dans le marché initial.

Le prix du marché est recalculé en tenant compte des obligations déjà effectuées, de celles restant à accomplir et de l'évolution du contexte économique ainsi que, le cas échéant, les frais de remise en conformité du marché au regard des défaillances du titulaire initial. Dans ce dernier cas, la totalité ou une part de ces frais supplémentaires peut être imputée par l'acheteur au titulaire initial au titre de sa responsabilité contractuelle et au regard des fautes commises.

X.4. S'il résultait de la passation un seul soumissionnaire conforme ou si les soumissionnaires conformes ne remplissent plus au jour de la cession les conditions initiales du marché ou que leurs offres étaient techniquement fortement inférieures à celle du titulaire initial, l'acheteur ne peut procéder au transfert du contrat et peut le résilier unilatéralement et sans indemnité pour faute du titulaire initial.

Si aucun soumissionnaire conforme n'accepte de se substituer au titulaire initial du marché, l'acheteur peut résilier unilatéralement et sans indemnité le marché pour faute du titulaire initial.

En tout état de cause, le transfert du contrat à un nouveau titulaire emporte résiliation du contrat à l'égard du cocontractant initial.

X.5. L'acheteur conserve, en dehors des cas prévus à l'article X.4., la possibilité de résilier unilatéralement le contrat à l'égard du cocontractant initial, notamment pour faute de ce dernier, sans avoir à justifier de quelconques démarches visant à la substitution du cocontractant ou au transfert du contrat.

X.6. En cas de transfert de contrat pour défaillance du titulaire, l'acheteur notifie au titulaire du marché sa décision motivée de procéder au transfert du contrat.

Cette décision indique, outre les raisons justifiant le transfert du contrat, l'identité du nouveau titulaire, son ordre dans le classement final des offres à l'issue de la procédure de passation du marché initial, le montant du prix du marché, la durée du marché et, le cas échéant, le montant de l'indemnité due au titulaire initial.

Cette décision est également notifiée au nouveau titulaire du marché.

La rédaction proposée entend laisser libre l'acheteur de procéder ou non à une cession de contrat, mais le contraint dans la procédure à suivre pour parvenir à la substitution du cocontractant. De plus, elle laisse la possibilité pour le nouveau titulaire pressenti de refuser, en particulier s'il n'est plus disponible ou s'il n'est plus intéressé par le marché : il ne serait pas viable juridiquement et économiquement de considérer que la pollicitation de ce soumissionnaire puisse le lier aussi longtemps que durera le marché. De même, des hypothèses limitant la cession au profit d'une éventuelle résiliation pour faute sont prévues.

Cette clause peut être adaptée à d'autres situations comme une mise sous sauvegarde de justice ou le déclenchement d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire du titulaire initial.

En tout état de cause, il est impératif, pour la légalité d'une telle clause de cession de contrat, qu'elle soit prévue dans les clauses administratives initiales du marché et qu'elle n'impose aucune obligation pour l'acheteur ou l'autorité concédante de procéder à une substitution de cocontractant.

BIBLIOGRAPHIE

§I. Ouvrages spécialisés

- M. BERBARI, *L'essentiel des CCAG en 320 mots*, Editions Le Moniteur, 2022
- V. BOUHIER et D. RICCARDI (dir.), *L'exécution des contrats administratifs*, Editions Le Moniteur, 2018
- S. BRACONNIER, *Précis du droit de la commande publique*, Editions Le Moniteur, 7^e éd., 2021
- P. COSSALTER, *La modification du marché public*, Territorial éditions, 2016
- D. DRAGOS, K.-M. HALONEN, S. TREUMER et B. NEAMTU (dir.), *Contract Changes. The Dark Side of EU Procurement Law*, Royaume-Uni, Edward Elgard Publishing, 2023, 256 p.
- T. KIRAT (dir.), *Economie et droit du contrat administratif*, La documentation française, 2005
- F. LICHERE et L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, Lextenso, 12^e éd., 2022
- P. MARAVAL, *Optimiser la commande publique*, Dunod, 2015
- B. MARTINEZ et F. SERR, *Exécution des marchés publics. Mise en œuvre administrative et financière*, Editions Le Moniteur, 2^e éd., 2016
- J. MICHON, *Les marchés publics en 150 questions*, Editions Le Moniteur, 6^e éd., 2021
- J. MOIROUX et L. RAPP, *Régime indemnitaire des contrats publics. Comment concilier contrats publics et finance d'entreprise ?*, LexisNexis, 2^e éd., 2019
- C. ROMON et L. SERY, *CCAG maîtrise d'œuvre commenté*, Editions Le Moniteur, 2021
- F. STEPHAN, *CCAG-Travaux en pratique*, Editions Le Moniteur, 2021

§II. Thèses

- D. DEL PRETE, *L'avenant dans les contrats administratifs*, Thèse dactyl., Aix-Marseille III, 2002
- F. FRAYSSE, *L'imprévision. Etude comparée droit public-droit privé des contrats*, L'Harmattan, 2016
- N. GABAYET, *L'aléa dans les contrats publics en droit anglais et en droit français*, LGDJ, 2015
- H. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, LGDJ, 2009
- L. SOURZAT, *Le contrat administratif résilient*, LGDJ, 2019
- M. UBAUD-BERGERON, *La mutabilité du contrat administratif*, Thèse dactyl., Montpellier, 2004

§III. Articles de doctrines

A. Editions Dalloz

- F. ALLAIRE, « La nouvelle réforme du droit des marchés publics », *RDI*, 2016, p. 524
- Ch. BONNOTTE, « Les conventions de service public et le temps », *RFDA*, 2005, p. 89
- B. BOUBLI, « Le marché à forfait n'est pas toujours immuable », *RDI*, 2018, p. 277
- F. DIEU, « La distinction entre mise au point du marché et modification », *AJDA*, 2006, p. 1277
- J.-D. DREYFUS, « L'adaptabilité limitée de la délégation de service public », *AJDA*, 2005, p. 607

« La modification d'un marché public en cours de validité est-elle possible sans remise en concurrence ? », *AJDA*, 2008, p. 2008

- É. FATOME, « Les avenants », *AJDA*, 1998, p. 760
- H. HOEPPFNER, « La modification des contrats de la commande publique à l'épreuve du droit communautaire », *RFDA*, 2011, p. 98

« La modification des contrats », *RFDA*, 2016, p. 280

« L'encadrement de la modification d'une concession par les principes généraux de la commande publique », *AJDA*, 2018, p. 1104

- G. LE CHATELIER, « Liberté de transiger et respect des règles de la commande publique », *AJCT*, 2017, p. 435
- X. LIBERT, « Les modifications du marché en cours d'exécution », *AJDA*, 1994, n° spéc., p. 65
- P. LIMOUZIN-LAMOTHE, « Les avenants », *AJDA*, 1997, p. 767
- S. NICINSKI, « La délégation de service public et le temps », *AJDA*, 2013, p. 1441
- R. NOGUELLOU, « Modification substantielle du marché et substitution de cocontractant », *RDI*, 2008, p. 501

« Les nouvelles directives et l'exécution des contrats », *AJDA*, 2014, p. 853

- L. RICHER, « L'imprévision et les marchés publics. Réflexions à partir de la circulaire du 27 mars 2022 », *AJDA*, 2022, p. 1497

B. Editions LexisNexis

- G. BARNIER et D. SOLAND, « Le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics », *CMP*, 2016, dossier 14
- S. BRACONNIER et alii, « Regards croisés : modification des contrats en cours d'exécution », *CMP*, 2019, n°12, 10

« Regards sur les nouvelles directives marchés publics et concessions. Deuxième partie : passation et exécution des marchés et concessions », *JCP G*, 2014, doctr. 596

- C.-E. BUCHER, « Le traitement des situations d'imprévision dans l'ordonnance : il manque la notice », *CCC*, 2016, dossier 6
- G. CLAMOUR, « Les modifications « ASAP » du droit de la commande publique », *CMP*, 2021, comm. 1
- L. COCHET, « Les contrats privés de la commande publique : les clairs-obscurs d'un régime juridique après la réforme de la commande publique », *JCP A*, 2022, 2132
- X. COUTON et L. SANTONI, « Avenants aux concessions d'aménagement, « mutabilité versus stabilité », *Construction - Urbanisme*, 2011, n°12, étude 14
- Ph. DELELIS, « Le régime d'exécution des contrats d'achat public », *CMP*, 2005, étude 10
- J. DIETENHOEFFER, « Sanction des manquements systémiques au droit de la commande publique par la Cour de discipline budgétaire et financière », *CMP*, 2019, étude 9
- G. ECKERT, « Les pouvoirs de l'Administration dans l'exécution du contrat et la théorie générale des contrats administratifs », *CMP*, 2010, étude 9
- I. FRESKO et M.-C. HAIZE, « Hausse des prix et contrats publics : qualification, conséquences et solutions », *CMP*, 2022, 8
- H. HOEPFFNER, « La nouvelle directive Marchés publics : simple consolidation des acquis ou véritable modernisation ? », *Europe*, 2014, étude 3
 - « Requiem pour la mutabilité des contrats de la commande publique », *CMP*, 2014, n°6
 - « Exécution des marchés publics », *CMP*, 2019, dossier 7
 - « L'indemnisation des surcoûts liés à l'épidémie de Covid-19 dans les contrats de la commande publique », *CMP*, 2020, étude 6
- G. KALFLECHE, C. SAYAG et N. THOMAS, « Commande publique et entreprises en difficulté : vade-mecum du maintien de l'activité », *Revue des procédures collectives*, 2022, dossier 18
- J.-F. KERLEO, « L'encadrement de l'exécution des marchés publics par le droit de l'Union européenne », *CMP*, 2013, étude 1
- F. LINDITCH, « Le nouveau droit des marchés, pas à pas. Des avenants aux modifications en cours d'exécution », *JCP A*, 2016, 2186
 - « Nouveau Code de la commande publique, les 10 réformes qui s'imposent. Première partie : les nouveaux marchés négociés et les avenants », *JCP A*, 2018, 2174
 - « Nouveau Code de la commande publique, les 10 réformes qui s'imposent. Deuxième partie : les marchés similaires, et les autres », *JCP A*, 2018, 2187
 - « Décret du 23 août 2021 modifiant les dispositions du Code de la commande publique relatives aux accords-cadres et aux marchés publics de défense ou de sécurité », *JCP AC*, 2021, 2314

- J. MARTIN, C. VAYSSE et P. VILLENEUVE, « Regards croisés sur la hausse du coût des approvisionnements dans la commande publique. L'éternel recommencement ? », *JCP A*, 2022, 2217
- E. POURCEL, « Avenants, décisions de poursuivre, sujétions techniques imprévues, marchés complémentaires : vit et non vit ? », *CMP*, 2017, étude 10
- L. RAPP, « Stabilité du contrat public et mutabilité de son objet », *CMP*, 2008, étude 7
- V. De SIGOYER, « Quelques réflexions sur les modalités de modification des marchés publics en cours d'exécution », *Dr. Adm.*, 2018, prat. 4
- P. SOLER-COUTEAUX, « Retour sur l'aléa extra-contractuel », *CMP*, 2021, rep. 6
- C. TIROLIEN, « Etat des lieux relatif aux avenants comme mode spécifique de modification des contrats en cours d'exécution », *Dr. Adm.*, 2019, prat. 2
- Y. WELS, « Un nouveau régime des avenants incertain en matière de concession au risque du chaos pour le service public », *JCP A*, 2016, act. 422
- P.-A. ZALCBERG, « Questions pratiques autour des modifications de l'accord-cadre en cours d'exécution : mesure de l'incidence financière et méthodes », *CMP*, 2020, 4

C. Editions Lextenso

- Ch. DUDOGNON, « L'avenant au contrat administratif », *RDP*, 2009, p. 1353

D. Editions Le Moniteur

- M. ABBADI, « Le recours au marché complémentaire », *CP*, 2015, n°157, p. 40
- P. DE BAECKE, « La modification des concessions de travaux publics, une réforme discrète et étrangère », *CP*, 2015, n°157, p. 53
- L. BIDAULT, « Le prix dans les marchés publics : entre actualisation et révision du prix », *CP*, 2022, n° 232, p. 17
- X. BIGAS et Y. BAÏTA, « Avenant, bouleversement de l'économie et changement d'objet en huit questions », *CP*, 2015, n°157, p. 34
- A. BORDES et P.-A. ZALCBERG, « Modifications du marché public en période de volatilité des prix : points d'attention », *CP*, 2022, n° 232, p. 39
- J. BOSQUET et R. GRANJON, « Les modifications des délégations de service public », *CP*, 2015, n°157, p. 58
- N. CHARREL et T. GASPARD, « Le nouveau régime juridique de modification des marchés en cours d'exécution », *CP*, 2014, n°144, p. 54
- P. COSSALTER, « Les quatre outils de la modification du contrat : définitions et conditions d'utilisation », *CP*, 2015, n° 157, p. 29

- J. DABRETEAU, « Après la crise sanitaire : préconisations concernant l'exécution des contrats », *CP*, 2020, n° 211, p. 59
- J.-D. DREYFUS, « L'avenant transactionnel : un compromis délicat », *CP*, 2010, n° 105, p. 62
- S. ETEMADI, I. FRESKO et M.-C. HAIZE, « Condition de l'octroi d'indemnités au titulaire du marché du fait de la hausse des prix », *CP*, 2022, n° 232, p. 32
- A. FOURMON, « Caractère non immuable du prix d'un marché public : quelles possibilités de modification du prix des marchés publics ? », *CP*, 2018, n° 183, p. 41
- M. GARDELLIN et M.-H. PACHEN-LEFEVRE, « Les clauses de modification du contrat : recours et limites », *CP*, 2018, n° 183, p. 22
- A. LAYRISSE et M. TERREAUX, « La notion de modification substantielle post-réforme de la commande publique », *CP*, 2018, n° 183, p. 36
- F. LEHOUX, « La difficile appréhension de la notion de modification substantielle dans les délégations de service public », *CP*, 2017, n°157, p. 64
- M. LEKKOU, « L'exécution transparente des contrats de concession », *CP*, 2014, n°141, p. 74
- E. PEROIS, « Rédaction des clauses des marchés dans un contexte de hausse des prix : mode d'emploi », *CP*, 2022, n° 232, p. 12
- M. PERRITAZ et N. RICCI, « Modification et résiliation des concessions prévues par la directive », *CP*, 2014, n°141, p. 70
- J.-M. PEYRICAL, « Les avenants du mythe à la réalité », *CP*, 2010, n° 105, p. 65
- A. POLI, « En quoi consiste la modification de l'objet du contrat ? », *CP*, 2010, n°105, p. 35
- P. PROOT, « Modification et cession des marchés publics », *CP*, 2018, n° 183, p. 31
- P. REINE, « La théorie de l'imprévision est-elle toujours applicable ? », *CP*, 2018, n° 183, p. 27
- J.-F. SESTIER, « Modifications et résiliations des marchés publics », *CP*, 2019, n°195, p. 64

E. Editions EFE

- B. DACOSTA, « Exécution financière », *Encyclopédie du droit de la commande publique*, dossier, 2022
- J.-F. LAFAIX, « Modification du contrat », *Encyclopédie du droit de la commande publique*, dossier, 2019
 - « Résiliation des marchés publics et des concessions », *Encyclopédie du droit de la commande publique*, dossier, 2019, mis à jour en 2021
- F. LOMBARD, « Principe de transparence dans l'exécution des contrats de concession », *Encyclopédie du droit de la commande publique*, dossier, 2019
- N. SYNCHOWICZ et R. LAURENT, « La question de la modification des marchés publics dans les nouvelles directives », *BJCP*, 2015, p. 263

F. European Procurement & Public Private Partnership

- P. BOGDANOWICZ, « The Application of the Principle of Proportionality to Modifications of Public Contracts », *EPPPLR*, volume 11 (2016), Issue 3, p. 194-204
- M. BURNETT, « PPP During the Contract Execution Phase - A Need for Greater Certainty in Community Law? », *EPPPLR*, Volume 3 (2008), Issue 2, p. 7
- X. CODINA GARCIA-ANDRADE, « Past and Present of the Spanish Public Contract Modification Regime », *EPPPLR*, volume 10 (2015), Issue 3, p. 164-170
- J. M. HEBLY, « Sander van den Boogaart., The Netherlands. Modification of Public Contracts in the Netherlands », *EPPPLR*, volume 12 (2017), Issue 2, p. 206-210
- A. L. JARAMILLO VILLACIS et A. I. PEIRO BAQUEDANO, « Contract Modifications and the CJEU: The Evolution of Public Procurement Case Law », *EPPPLR*, volume 16 (2021), Issue 1
- R. D. OLIVERA, « Modification of Public Contracts : Transposition and Interpretation of the new EU Directives », *EPPPLR*, volume 10 (2015), Issue 1, p. 35-49
- G. RACCAT et R. CAVALLO PERIN, « Material Amendments of Public Contracts during their Terms: From Violations of Competition to Symptoms of Corruption », *EPPPLR*, volume 8 (2013), Issue p. 279-293
- M. A. SIMOVART, « Is There a Devil in the Details? Modification of Public Contracts in the EU and the US », *EPPPLR*, volume 11 (2016), Issue 4, p. 292-300
- S. VAN GARSSE, S. VERHOEVEN et A. VERSCHAVE., « Substantial Modifications of Public Contracts and Their Consequences: European and Belgian Procurement Law Perspectives », *EPPPLR*, volume 16 (2021), Issue, p. 284 - 294
- V. P. WANGELow, « EU Public Procurement Law: Amendments of Public Works Contracts After the Award due to Additional Works and Unforeseeable Circumstances », *EPPPLR*, volume 15 (2020), Issue, p. 107-123

G. Public Procurement Law Review

- S. ARROWSMITH, « Amendments to specifications under the European public procurement Directives », *P.P.L.R.* 1997, 3, 128-137

- M. A. BERNAL BLAY et T. MEDINA ARNAIZ, « Recent reform of Spanish public procurement legislation in compliance with EU law: the issue of modifications to concluded contracts », *P.P.L.R.* 2011, 6, NA256-261
- J. BRODEC et V. JANECEK, « How does the substantial modification of a public contract affect its legal regime? » , *P.P.L.R.* 2015, 3, 90-105
- A. BROWN, « Changing a sub-contractor under a public services concession: Wall AG v Stadt Frankfurt am Main (C-91/08) », *P.P.L.R.* 2010, 5, NA160-166
- A. BROWN, « Further insights into the lawfulness of ex officio reviews by national supervisory authorities concerning modifications to a public contract during its term: T-Systems (C-263/19) » , *P.P.L.R.* 2020, 5, NA194-NA198
- L. R. A. BUTLER, « Single source wars, the saga continues 2: the Single Source Contract (Amendment) (No.2) Regulations 2018 », *P.P.L.R.* 2019, 3, 92-107
- E. PLAS, « Amendments to public contracts: in search of a sufficient degree of transparency », *P.P.L.R.* 2021, 1, 1-28
- B. RAYMENT, « Public-public agreements and modifications to existing contracts: the Court of Appeal decision in Edenred », *P.P.L.R.* 2015, 4, NA124-NA128
- S. TROELS POULSEN, « The possibilities of amending a public contract without a new competitive tendering procedure under EU law », *P.P.L.R.* 2012, 5, 167-187

H. Littérature économique

- J. BEUVE et S. SAUSSIÉ, « Renegotiations and Renewals of Public Contracts », *Review of Industrial Organization*, 2021, p. 461
- S. SAUSSIÉ et J. TIROLE, « Renforcer l'efficacité de la commande publique », *Les notes du conseil d'analyse économique*, n° 22, avril 2015, p. 1

§IV. Notes jurisprudentielles, commentaires et conclusions

- C. BERGEAL, concl. sur CE 22 juin 1998, *Préfet du Puy-de-Dôme*, n° 173025, *BJCP*, 1998, p. 36
 Concl. sur CE, 12 mars 1999, *SA Méribel 92*, n° 176694, *BJCP*, 1999, p. 444
- N. BOULOUIS, « Quel contrôle exerce le juge de cassation sur la notion d'avenant ? », concl. sur CE, sect., 11 juill. 2008, *Ville de Paris*, n° 312354, *BJCP*, 2008, p. 361

« L'approbation par la loi d'un avenant à un contrat de concession », concl. sur CE, sect., 8 avr. 2009, *Association Alcaly et autres*, n° 290604, *RFDA*, 2009, p. 463

- S. CAZET, « Modification substantielle d'un marché », note sous CJCE, 7 sept. 2016, aff. C-549/14, *Finn Frogne*, *Europe*, 2016, comm. 405
- C. CHAMARD-HEIM et F. LICHERE, « Validité d'une promesse de vente de biens du domaine antérieure à l'ordonnance domaniale et modification illégale d'une concession », note sous CE, ord. 15 nov. 2017, *Commune d'Aix-en-Provence et SEMEPA*, n° 409728, *JCP A*, 2017, comm. 2320
- J.-D. DREYFUS, « Les critères permettant de caractériser les sujétions techniques imprévues », note sous CE 30 juill. 2003, *Commune de Lens*, n° 223445, *AJDA*, 2003, p. 1727
- G. ECKERT, « Précisions relatives au contentieux des avenants », note sous CAA Marseille, 18 déc. 2006, *Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau (CMESE)*, n° 02MA01595, *CMP*, 2007, comm.84

« Continuité du service public et insolvabilité de l'usager », note sous CE, 3 mars 2017, *Commune de Clichy-sous-Bois*, n° 398901, *CMP*, 2017, comm. 140

« Modification substantielle des tarifs d'une délégation de service public », note sous CE, 9 mars 2018, n° 409972, *Compagnie des parcs et passeurs du Mont-Saint-Michel*, *CMP*, 2018, comm. 120

« Suppression du service public et modification de la convention de délégation », note sous CAA Marseille, 15 juill. 2020, n° 18MA05430, *Commune d'Aix-en-Provence et Société d'économie mixte d'équipement du pays d'Aix*, *CMP*, 2020, comm. 298

« Irrégularité des accords-cadres sans maximum : quelles conséquences ? », note sous TA Paris, ord., 9 août 2021, *Société XTA Bordeaux*, *CMP*, 2021, comm. 304

« Renouvellement et modification non-substantielle d'une concession de services », note sous CJUE 2 sept. 2021, *Sisal SpA*, C-721/19 et C-722/19, *CMP*, 2021, comm. 315

« Conséquences de l'irrégularité des accords-cadres sans maximum », note sous CE, 28 janv. 2022, n° 456418, *Communauté des communes Convergence Garonne* et CE, 3 févr. 2022, n° 457233, *Société Fores Îles du Nord*, 2022, comm. 105

- P. GRIMAUD et O. VILLEMAGNE, « La réduction substantielle d'un marché sans nouvelle mise en concurrence, par voie de transaction, n'est pas conforme aux traités », note sous CJCE, 7 sept. 2016, aff. C-549/14, *Finn Frogne*, *JCP A*, 2017, 2029
- H. HOEPFFNER, « Respect du principe de continuité du service public par le concessionnaire », note sous CE, 3 mars 2017, *Commune de Clichy-sous-Bois*, n° 398901, *AJDA*, 2017, p. 1286

« L'encadrement de la modification d'une concession par les principes généraux de la commande publique », note sous CE 9 mars 2018, *Compagnie des parcs et passeurs du Mont-Saint-Michel*, n° 409972, *AJDA*, 2018, p. 1104

« Annulation d'un avenant bouleversant l'économie d'un marché public au motif que son contenu est illicite », note sous TA Cergy-Pontoise, 7 mai 2019, n° 1808664, *Préfet des Hauts de Seine, CMP, 2019*, comm. 224

« Prorogation et modification substantielle d'une concession d'autoroute », note sous CJUE, 18 sept. 2019, aff. C-526/17, *CMP, 2019*, comm. 380

« Modification unilatérale, responsabilité sans faute et droit au rétablissement de l'équilibre financier du contrat », *CMP, 2021*, comm. 217

« Cession de contrat et substitution d'un membre d'un groupement d'entreprise », note sous CE 16 mai 2022, n° 459408, *Société hospitalière d'assurances mutuelles, CMP, 2022*, comm. 228

- M. LAHOUAZI, « Non, une mauvaise transaction ne vaut pas mieux qu'un bon procès » note sous TA Bordeaux, 15 juillet 2019, n° 1902219, *Bordeaux Métropole, AJDA, 2019*, p. 2381
- F. LICHERE, « La modification des contrats de la commande publique en cas de circonstances imprévisibles : entre liberté contractuelle et insécurité juridique », *JCP E*, n° 41, 2022, 1335
 - « Lettres juridiques des contrats publics », publications mensuelles disponibles sur le site de la Chaire de droit des contrats publics.
- F. LINDITCH, « Possibilité d'écarter l'application des sujétions imprévues par la seule mention de quantités estimatives », note sous CAA Douai, 21 déc. 2021, n° 20DA00520, *Ghent Dredging, JCP A*, 2022, 2118
 - « L'imprévision, entre commande publique et transaction. Premier regard sur l'avis du Conseil d'Etat du 15 septembre 2022 », *JCP A*, n° 40, 2022, 2277
- F. LLORENS, note sous CE, 2 févr. 1983, *Union des transports publics*, n° 34027, *RFDA, 1984*, p. 45
- F. LLORENS et P. SOLLER-COUTEAUX, « La cession des marchés publics à l'épreuve du droit communautaire », note sous CJCE 19 juin 2008, *Presstext Nachrichtenagentur GmbH c/ Republik Österreich, C-454/06, CMP, 2008*, repère 9
- F. LLORENS, « Interdiction des modifications substantielles du contrat par transaction même en cas de difficultés d'exécution aux conséquences imprévisibles », note sous CJCE, 7 sept. 2016, aff. C-549/14, *Finn Frogne, CMP, 2016*, comm. 257
- J. MARTIN, « La hausse du coût des approvisionnements dans la commande publique : une liberté attendue après l'avis du Conseil d'Etat », *JCP A*, n° 40, 2022, 2276
- R. NOGUELLOU, « Cession de contrat : le point de vue de la CJCE », note sous CJCE 19 juin 2008, *Presstext Nachrichtenagentur GmbH c/ Republik Österreich, C-454/06, Dr. Adm., 2008*, comm. 132
- N. NORMAND, « Transaction ou accord, attention au terme choisi », concl. sur CAA Bordeaux, 30 déc. 2019, n° 19BX03235, *Bordeaux Métropole, AJDA, 2020*, p. 632
- G. PELLISSIER, « Lorsqu'une copropriété titulaire d'un contrat d'abonnement au réseau de chaleur est défaillante, le concessionnaire est-il tenu de fournir les consommateurs finaux non

abonnés sous peine de sanctions coercitives ? », concl. sur CE, 3 mars 2017, *Commune de Clichy-sous-Bois*, n° 398901, *BJCP*, 2017, p. 238

« À quelles conditions les parties à un contrat de délégation de service public peuvent-elles convenir d'une hausse des tarifs applicables aux usagers sans méconnaître les grands principes de la commande publique ? », concl. sur CE 9 mars 2018, *Compagnie des parcs et passeurs du Mont-Saint-Michel*, n° 409972, *BJCP*, 2018, p. 254

Concl. sur CE, 21 oct. 2019, *Société SMEG*, n° 420086, *Ariane Web*, disponible en ligne : <http://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CRP/conclusion/2019-10-21/420086>

- J.-P. PIETRI, « Conditions de légalité d'un avenant », note sous CE, sect., 11 juill. 2008, *Ville de Paris*, n° 312354, *CMP*, 2008, comm. 187
- D. PIVETEAU, « Quels sont les critères permettant d'identifier l'existence de sujétions techniques imprévues ? », concl. sur CE 30 juill. 2003, *Commune de Lens*, n° 223445, *BJCP*, 2003, p. 462
- L. RICHER, « Marchés publics et conventions de délégation de service public : conditions de validité du changement de cocontractant résultant d'une cession de contrat », note sous CE, avis, 8 juin 2000, no 141654, *AJDA*, 2000, p. 758
- M. UBAUD-BERGERON, « Accords-cadres : la CJUE impose la mention du montant maximal global ! », note sous CJUE, 17 juin 2021, aff. C-23/20, *Simonsen & Weel*, *CMP*, 2021, comm 270
- W. ZIMMER, « Légalité d'un avenant à une concession d'autoroute », note sous CE, sect., 8 avr. 2009, *Association Alcaly et autres*, n° 290604, *CMP*, 2009, comm. 165
« Changement de sous-traitant en cours d'exécution du contrat », note sous CAA Paris, 17 avr. 2007, *Société Keolis*, n° 06PA02278, *CMP*, 2007, comm. 194

§V. Mélanges

- S. BRACONNIER, « Les avenants aux conventions de délégation de service public à l'épreuve de la directive Concessions du 26 février 2014 », *Mél. D. Truchet*, Dalloz, 2015, p. 29
- F. LLORENS, « Les avenants aux délégations de service public entre droit national et droit communautaire », *Mél. É. Fatôme*, Dalloz, 2010, p. 269
- J.-M. PEYRICAL, « Les avenants, source d'unification du droit des contrats publics », *Mél. M. Guibal*, Montpellier, 2006, p. 828

§VI. Varia

- AAP et MEDEF, *Modifications des contrats de la commande publique. Guide à l'attention des acheteurs et des entreprises*, Janvier 2021

- COMMISSION EUROPEENNE, Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la passation des marchés publics, 2011/0438 (COD), COM(2011) 896 final, Décembre 2011
- Fiches de la DAJ

ANNEXE

Tableau du taux de réponses exploitables des sondages en ligne.

La présente annexe suit le plan de la Partie 3 « Synthèse des entretiens et des sondages » du rapport afin de permettre au lecteur de mieux se repérer entre les données exposées dans le rapport et celles de l'annexe.

Le taux de réponses exploitables permet de déterminer, outre le taux de participation des enquêtés aux sondages en ligne, la fiabilité des données récoltées.

§I. PROFIL DES ENQUETES

Questions - Autorités contractantes	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
Quelle est la nature de votre structure ?	95	31	75,5%
Quelle est la taille de votre structure	94	32	74,5%
En quelle qualité agissez-vous ?	95	31	75,5%
Quels sont les principaux contrats publics auxquels vous êtes parties ?	98	28	77,75%
<ul style="list-style-type: none"> • Marchés publics de fournitures et de services 	98	28	77,75%
<ul style="list-style-type: none"> • Marchés publics de maîtrise d'œuvre 	98	28	77,75%
<ul style="list-style-type: none"> • Marchés publics de travaux 	98	28	77,75%
<ul style="list-style-type: none"> • Marchés globaux et/ou marchés de partenariat 	98	28	77,75%
<ul style="list-style-type: none"> • Concessions de services 	98	28	77,75%
<ul style="list-style-type: none"> • Concession de travaux 	98	28	77,75%
<ul style="list-style-type: none"> • Conventions d'occupation du domaine public 	98	28	77,75%
Questions - Opérateurs économiques	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
Quelle est la nature et la taille de votre structure	23	9	72%
Quels sont les principaux contrats publics auxquels vous êtes parties ?	24	8	75%
<ul style="list-style-type: none"> • Marchés publics de fournitures et de services 	24	8	75%
<ul style="list-style-type: none"> • Marchés publics de maîtrise d'œuvre 	24	8	75%
<ul style="list-style-type: none"> • Marchés publics de travaux 	24	8	75%
<ul style="list-style-type: none"> • Marchés globaux et/ou marchés de partenariat 	24	8	75%
<ul style="list-style-type: none"> • Concessions de services 	24	8	75%
<ul style="list-style-type: none"> • Concession de travaux 	24	8	75%
<ul style="list-style-type: none"> • Conventions d'occupation du domaine public 	24	8	75%

Questions - Avocats	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
Depuis combien d'année êtes-vous avocat en exercice?	18	1	94,75%
Avez-vous eu auparavant des expériences de juriste spécialisé en droit de la commande publique?	18	1	94,75%
Le droit de la commande publique est-il votre domaine principal d'exercice?	18	1	94,75%
Quelle est votre principale activité en matière de droit de la commande publique?	18	1	94,75%
Qui sont, en ce domaine, vos principaux clients?	18	1	94,75%

§II. ETAT DES LIEUX DE LA PRATIQUE

A. PROPORTION DES CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE MODIFIES

Questions - Autorités contractantes	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
Selon vous, quelle est la proportion des contrats publics affectés par des modifications en cours d'exécution ?	60	66	47,5%
Questions - Opérateurs économiques	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
Selon vous, quelle est la proportion des contrats publics affectés par des modifications en cours d'exécution ?	16	16	50%
Questions - Avocats	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
Selon vous, quelle est la proportion des contrats publics de vos clients affectés par des modifications en cours d'exécution ?	17	2	89,5%

B. TENDANCE ACTUELLE DES MODIFICATIONS

Questions - Autorités contractantes	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
Selon vous, quelle est la proportion des contrats publics affectés par des modifications en cours d'exécution ?	60	66	47,5%
Observez-vous une tendance à l'augmentation du nombre de modifications des contrats publics en cours d'exécution ces dernières années, indépendamment des contextes exceptionnels de la pandémie de Covid-19 et du conflit armé en Ukraine ?	58	68	46%
La pandémie de Covid-19 et le conflit armé en Ukraine ont-ils favorisé l'augmentation du nombre ou de la	66	60	52,5%

fréquence des modifications de vos contrats publics en cours d'exécution ?			
Questions - Opérateurs économiques	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
Selon vous, quelle est la proportion des contrats publics affectés par des modifications en cours d'exécution ?	16	16	50%
Observez-vous une tendance à l'augmentation du nombre de modifications des contrats publics en cours d'exécution ces dernières années, indépendamment des contextes exceptionnels de la pandémie de Covid-19 et du conflit armé en Ukraine ?	12	20	37,5%
La pandémie de Covid-19 et le conflit armé en Ukraine ont-ils favorisé l'augmentation du nombre ou de la fréquence des modifications de vos contrats publics en cours d'exécution ?	16	16	50%
Questions - Avocats	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
Observez-vous une tendance à l'augmentation du nombre de modifications des contrats publics de vos clients en cours d'exécution ces dernières années, indépendamment des contextes exceptionnels de la pandémie de Covid-19 et du conflit armé en Ukraine ?	14	5	73,5%
La pandémie de Covid-19 et le conflit armé en Ukraine ont-ils favorisé l'augmentation du nombre ou de la fréquence des modifications des contrats publics de vos clients en cours d'exécution ?	17	2	89,5%

C. CAUSES PRINCIPALES DE MODIFICATIONS DES CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Questions - Autorités contractantes	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
Quels sont les objets de modification que vous rencontrez le plus couramment dans votre pratique?	66	58	52,5%
<ul style="list-style-type: none"> • Le prix ou les tarifs • La durée • Les caractéristiques techniques du contrat • Les modalités d'exécution du contrat • L'application de nouvelles normes juridiques • L'application de nouvelles normes techniques • Le transfert de cocontractant 	66	58	52,5%
Quels sont les fondements juridiques de modification que vous rencontrez le plus dans votre pratique concernant les contrats publics?	68	58	52,5%

• Clauses de révision des prix	68	58	52,5%
• Clauses de réexamen, de revoyure, de rendez-vous ou autre dénomination	68	58	52,5%
• Prix nouveaux	68	58	52,5%
• Modification non-substantielle	68	58	52,5%
• Substitution de cocontractant à la suite d'une restructuration	68	58	52,5%
• Circonstances imprévisibles qu'une autorité contractante diligente ne pouvait pas prévoir avant la signature du contrat	68	58	52,5%
• Travaux, services ou fournitures devenus nécessaires	68	58	52,5%
• Sujétions techniques imprévues	68	58	52,5%
Quelles sont les causes factuelles de modifications que vous rencontrez le plus couramment dans votre pratique des contrats publics depuis 2020?	68	58	52,5%
• Retard dans les délais d'exécution	68	58	52,5%
• Difficultés d'approvisionnement, pénurie de matériaux ou de matière première	68	58	52,5%
• Adaptation technique du projet	68	58	52,5%
• Evolution du projet pour motif d'intérêt général	68	58	52,5%
• Evolution du projet pour motif environnemental (notamment pour lutter contre le réchauffement climatique)	68	58	52,5%
• Evolutions techniques ou technologiques	68	58	52,5%
• Application des normes juridiques nouvelles]	68	58	52,5%
Questions - Opérateurs économiques	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
Quels sont les objets de modification que vous rencontrez le plus couramment dans votre pratique?	17	15	53%
• Le prix ou les tarifs	17	15	53%
• La durée	17	15	53%
• Les caractéristiques techniques du contrat	17	15	53%
• Les modalités d'exécution du contrat	17	15	53%
• L'application de nouvelles normes juridiques	17	15	53%
• L'application de nouvelles normes techniques	17	15	53%
• Le transfert ou la substitution de cocontractant	17	15	53%
Quels sont les fondements juridiques de modification que vous rencontrez le plus dans votre pratique concernant les contrats publics?	17	15	53%
• Clauses de révision des prix	17	15	53%
• Clauses de réexamen, de revoyure, de rendez-vous ou autre dénomination	17	15	53%
• Prix nouveaux	17	15	53%
• Modification non-substantielle	17	15	53%

• Substitution de cocontractant à la suite d'une restructuration	17	15	53%
• Circonstances imprévisibles qu'une autorité contractante diligente ne pouvait pas prévoir avant la signature du contrat	17	15	53%
• Travaux, services ou fournitures devenus nécessaires	17	15	53%
• Sujétions techniques imprévues	17	15	53%
Quelles sont les causes factuelles de modifications que vous rencontrez le plus couramment dans votre pratique des contrats publics depuis 2020?	17	15	53%
• Retard dans les délais d'exécution	17	15	53%
• Difficultés d'approvisionnement, pénurie de matériaux ou de matière première	17	15	53%
• Adaptation technique du projet	17	15	53%
• Evolution du projet pour motif d'intérêt général	17	15	53%
• Evolution du projet pour motif environnemental (notamment pour lutter contre le réchauffement climatique)	17	15	53%
• Evolutions techniques ou technologiques	17	15	53%
• Application des normes juridiques nouvelles]	17	15	53%
Questions - Avocats	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
Quels sont les objets de modification que vous rencontrez le plus couramment dans votre pratique?	17	2	89,5%
• Le prix ou les tarifs	17	2	89,5%
• La durée	17	2	89,5%
• Les caractéristiques techniques du contrat	17	2	89,5%
• Les modalités d'exécution du contrat	17	2	89,5%
• L'application de nouvelles normes juridiques	17	2	89,5%
• L'application de nouvelles normes techniques	17	2	89,5%
• Le transfert ou la substitution de cocontractant	17	2	89,5%
Quels sont les fondements juridiques de modification que vous rencontrez le plus dans votre pratique concernant les contrats publics?	17	2	89,5%
• Clauses de révision des prix	17	2	89,5%
• Clauses de réexamen, de revoyure, de rendez-vous ou autre dénomination	17	2	89,5%
• Prix nouveaux	17	2	89,5%
• Modification non-substantielle	17	2	89,5%
• Substitution de cocontractant à la suite d'une restructuration	17	2	89,5%
• Circonstances imprévisibles qu'une autorité contractante diligente ne pouvait pas prévoir avant la signature du contrat	17	2	89,5%
• Travaux, services ou fournitures devenus nécessaires	17	2	89,5%

<ul style="list-style-type: none"> • Sujétions techniques imprévues 	17	2	89,5%
Quelles sont les causes factuelles de modifications que vous rencontrez le plus couramment dans votre pratique des contrats publics depuis 2020?	17	2	89,5%
<ul style="list-style-type: none"> • Retard dans les délais d'exécution 	17	2	89,5%
<ul style="list-style-type: none"> • Difficultés d'approvisionnement, pénurie de matériaux ou de matière première 	17	2	89,5%
<ul style="list-style-type: none"> • Adaptation technique du projet 	17	2	89,5%
<ul style="list-style-type: none"> • Evolution du projet pour motif d'intérêt général 	17	2	89,5%
<ul style="list-style-type: none"> • Evolution du projet pour motif environnemental (notamment pour lutter contre le réchauffement climatique) 	17	2	89,5%
<ul style="list-style-type: none"> • Evolutions techniques ou technologiques 	17	2	89,5%
<ul style="list-style-type: none"> • Application des normes juridiques nouvelles] 	17	2	89,5%

D. APPROCHE PRATIQUE DE LA MODIFICATION

Questions - Autorités contractantes	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
Quels outils de modification privilégiez-vous ?	68	58	52,5%
<ul style="list-style-type: none"> • Déclenchement de clauses contractuelles 	68	58	52,5%
<ul style="list-style-type: none"> • Avenants 	68	58	52,5%
<ul style="list-style-type: none"> • Modifications unilatérales (notamment par ordre de service)] 	68	58	52,5%
Selon vous, certaines modifications auraient-elles pu être évitées au stade de la passation du contrat ?	56	70	44,5%
Selon vous, y a-t-il une compréhension mutuelle de chaque partie lors des discussions en vue de modifier un contrat public ?	61	65	43,75%
Questions - Opérateurs économiques	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
Quels outils de modification privilégiez-vous ?	17	15	53%
<ul style="list-style-type: none"> • Déclenchement de clauses contractuelles 	17	15	53%
<ul style="list-style-type: none"> • Avenants 	17	15	53%
<ul style="list-style-type: none"> • Modifications unilatérales (notamment par ordre de service)] 	17	15	53%
Selon vous, certaines modifications auraient-elles pu être évitées au stade de la passation du contrat ?	14	18	43,75%
Selon vous, y a-t-il une compréhension mutuelle de chaque partie lors des discussions en vue de modifier un contrat public ?	14	18	43,75%

Questions - Avocats	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
Quels outils de modification vos clients privilégient-ils ?	17	2	89,5%
<ul style="list-style-type: none"> • Déclenchement de clauses contractuelles 	17	2	89,5%
<ul style="list-style-type: none"> • Avenants 	17	2	89,5%
<ul style="list-style-type: none"> • Modifications unilatérales (notamment par ordre de service)] 	17	2	89,5%
Selon vous, certaines modifications auraient-elles pu être évitées au stade de la passation du contrat ?	16	3	84%
Selon vous, y a-t-il une compréhension mutuelle de chaque partie lors des discussions en vue de modifier un contrat public ?	15	4	79%

1. PRATIQUE DE LA MODIFICATION UNILATERALE

Questions - Autorités contractantes	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
Quelle est la proportion de modifications issues d'une décision unilatérale dans vos contrats publics? Quelles sont les principales modifications ?	43	83	34%
<ul style="list-style-type: none"> • La durée 	51	75	40,50%
<ul style="list-style-type: none"> • Les prix nouveaux 	51	75	40,50%
<ul style="list-style-type: none"> • L'adaptation du projet pour motif d'intérêt général 	51	75	40,50%
<ul style="list-style-type: none"> • L'adaptation du projet pour motif politique 	51	75	40,50%
<ul style="list-style-type: none"> • L'adaptation de caractéristiques techniques mineures du projet 	51	75	40,50%
<ul style="list-style-type: none"> • L'adaptation de caractéristiques techniques majeures du projet 	51	75	40,50%
Lorsqu'une décision unilatérale modifie un contrat, a-t-elle été précédée d'une discussion entre l'opérateur économique et vous ?	39	87	31%
Questions - Opérateurs économiques	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
Quelle est la proportion de modifications issues d'une décision unilatérale dans vos contrats publics? Quelles sont les principales modifications ?	12	20	37,5%
<ul style="list-style-type: none"> • La durée 	13	19	40,50%
<ul style="list-style-type: none"> • Les prix nouveaux 	13	19	40,50%
<ul style="list-style-type: none"> • L'adaptation du projet pour motif d'intérêt général 	13	19	40,50%
<ul style="list-style-type: none"> • L'adaptation du projet pour motif politique 	13	19	40,50%
<ul style="list-style-type: none"> • L'adaptation de caractéristiques techniques mineures du projet 	13	19	40,50%
<ul style="list-style-type: none"> • L'adaptation de caractéristiques techniques majeures du projet 	13	19	40,50%

Lorsqu'une décision unilatérale modifie un contrat, a-t-elle été précédée d'une discussion entre l'autorité contractante et vous ?	9	23	28%
Questions - Avocats	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
Quelle est la proportion de modifications issues d'une décision unilatérale dans les contrats publics de vos clients ?	16	3	84%
• La durée	16	3	84%
• Les prix nouveaux	16	3	84%
• L'adaptation du projet pour motif d'intérêt général	16	3	84%
• L'adaptation du projet pour motif politique	16	3	84%
• L'adaptation de caractéristiques techniques mineures du projet	16	3	84%
• L'adaptation de caractéristiques techniques majeures du projet	16	3	84%
Lorsqu'une décision unilatérale modifie un contrat, a-t-elle été précédée d'une discussion entre l'autorité contractante et l'opérateur économique ?	14	5	73,5%

Questions - Autorités contractantes	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
Vos cocontractants émettent-ils des réserves aux décisions de modification unilatérale ?	41	85	32,5%
Estimez-vous que ce procédé soit efficace pour répondre aux imprévus rencontrés par les parties lors de l'exécution du contrat ?	30	96	24%
Questions - Opérateurs économiques	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
Emettez-vous des réserves aux décisions de modification unilatérale ?	10	22	31,25%
Eprouvez-vous des difficultés à être indemnisé par l'autorité contractante en cas de décision unilatérale de modification ?	10	22	31,25%
Questions - Avocats	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
Les cocontractants émettent-ils des réserves aux décisions de modification unilatérale ?	15	4	79%
Estimez-vous que ce procédé soit efficace pour répondre aux imprévus rencontrés par les parties lors de l'exécution du contrat ?	15	4	79%

2. PRATIQUE DE LA MODIFICATION CONVENTIONNELLE

a. Avantages et inconvénients des avenants

Questions - Autorités contractantes	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
Quelles sont les difficultés que vous rencontrez lors de la modification de contrats publics ?	68	58	52,5%
• Juridiques	68	58	52,5%
• Organisationnelles	68	58	52,5%
• Economiques	68	58	52,5%
• Politiques	68	58	52,5%
Selon vous, quels sont les avantages de l'avenant par rapport à la modification unilatérale ?	51	75	40,50%
• La discussion ou la négociation entre les parties	51	75	40,50%
• La prise en considération des difficultés des cocontractants	51	75	40,50%
• La prise en considération des intérêts publics	51	75	40,50%
• La recherche d'une bonne gestion des deniers publics	51	75	40,50%
• La sécurité juridique	51	75	40,50%
• La rapidité de la procédure	51	75	40,50%
• La simplicité de la procédure	51	75	40,50%
Selon vous, quels sont les inconvénients de l'avenant ?	51	75	40,50%
• La difficulté de discuter ou de négocier entre les parties	51	75	40,50%
• La difficile compréhension des difficultés des cocontractants	51	75	40,50%
• La difficile compréhension des intérêts publics	51	75	40,50%
• La recherche d'une bonne gestion des deniers publics	51	75	40,50%
• L'insécurité juridique	51	75	40,50%
• La lenteur de la procédure	51	75	40,50%
• La complexité de la procédure	51	75	40,50%
Questions - Opérateurs économiques	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
Quelles sont les difficultés que vous rencontrez lors de la modification de contrats publics ?	17	15	53%
• Juridiques	17	15	53%
• Organisationnelles	17	15	53%
• Economiques	17	15	53%
• Politiques	17	15	53%
Selon vous, quels sont les avantages de l'avenant par rapport à la modification unilatérale ?	19	13	59,5%

• La discussion ou la négociation entre les parties	19	13	59,5%
• La prise en considération des difficultés des cocontractants	19	13	59,5%
• La prise en considération des intérêts publics	19	13	59,5%
• La recherche d'une bonne gestion des deniers publics	19	13	59,5%
• La sécurité juridique	19	13	59,5%
• La rapidité de la procédure	19	13	59,5%
• La simplicité de la procédure	19	13	59,5%
Selon vous, quels sont les inconvénients de l'avenant ?	13	19	40,50%
• La difficulté de discuter ou de négocier entre les parties	13	19	40,50%
• La difficile compréhension des difficultés des cocontractants	13	19	40,50%
• La difficile compréhension des intérêts publics	13	19	40,50%
• La recherche d'une bonne gestion des deniers publics	13	19	40,50%
• L'insécurité juridique	13	19	40,50%
• La lenteur de la procédure	13	19	40,50%
• La complexité de la procédure	13	19	40,50%
Questions - Avocats	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
Quelles sont les difficultés que vous et vos clients rencontrez lors de la modification de contrats publics ?	17	2	89,5%
• Juridiques	17	2	89,5%
• Organisationnelles	17	2	89,5%
• Economiques	17	2	89,5%
• Politiques	17	2	89,5%
Selon vous, quels sont les avantages de l'avenant par rapport à la modification unilatérale ?	16	3	84,5%
• La discussion ou la négociation entre les parties	16	3	84,5%
• La prise en considération des difficultés des cocontractants	16	3	84,5%
• La prise en considération des intérêts publics	16	3	84,5%
• La recherche d'une bonne gestion des deniers publics	16	3	84,5%
• La sécurité juridique	16	3	84,5%
• La rapidité de la procédure	16	3	84,5%
• La simplicité de la procédure	16	3	84,5%
Selon vous, quels sont les inconvénients de l'avenant ?	16	3	84,5%
• La difficulté de discuter ou de négocier entre les parties	16	3	84,5%
• La difficile compréhension des difficultés des cocontractants	16	3	84,5%
• La difficile compréhension des intérêts publics	16	3	84,5%

• La recherche d'une bonne gestion des deniers publics	16	3	84,5%
• L'insécurité juridique	16	3	84,5%
• La lenteur de la procédure	16	3	84,5%
• La complexité de la procédure	16	3	84,5%

Questions - Autorités contractantes	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
Pour les contrats dont le montant est supérieur aux seuils européens, publiez-vous des avis de modification de vos contrats publics en cas de modifications pour circonstances imprévisibles ou en cas de travaux, prestations ou fournitures supplémentaires?	52	74	28%
En-dehors des cas obligatoires, publiez-vous des avis de modification de vos contrats publics?	62	64	48,5%
Pour les publications obligatoires, où publiez-vous les avis de modification?	48	78	38%
Seriez-vous favorables à l'extension de ces obligations à toutes les modifications, notamment par déclenchement de clause contractuelle ?	59	67	47%
Questions - Opérateurs économiques	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
Est-ce que les modifications de vos contrats pour circonstances imprévisibles ou en cas de travaux, prestations ou fournitures supplémentaires font l'objet d'une publication par les autorités contractantes ?	9	23	28%
Seriez-vous favorables à l'extension de ces obligations à toutes les modifications, notamment par déclenchement de clause contractuelle ?	12	20	37,5%
Questions - Avocats	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
Pour les contrats dont le montant est supérieur aux seuils européens, observez-vous que les autorités contractantes publient des avis de modification de vos contrats publics en cas de modification pour circonstances imprévisibles ou en cas de travaux, prestations ou fournitures supplémentaires ?	14	5	73,5%
En-dehors des cas obligatoires, observez-vous que les autorités contractantes publient des avis de modification des contrats publics ?	16	3	84%
Seriez-vous favorables à l'extension de ces obligations à toutes les modifications, notamment par déclenchement de clause contractuelle ?	17	2	89,5%

b. Types d'avenants rencontrés

Questions - Autorités contractantes	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
Quel(s) type(s) d'avenants concluez-vous habituellement ?	51	75	40,50%
• Avenant classique	51	75	40,50%
• Avenant de transfert	51	75	40,50%
• Avenant interprétatif	51	75	40,50%
• Avenant transactionnel	51	75	40,50%
Questions - Opérateurs économiques	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
Quel(s) type(s) d'avenants concluez-vous habituellement ?	13	19	40,50%
• Avenant classique	13	19	40,50%
• Avenant de transfert	13	19	40,50%
• Avenant interprétatif	13	19	40,50%
• Avenant transactionnel	13	19	40,50%
Questions - Avocats	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
Quel(s) type(s) d'avenants vos clients concluent-ils habituellement ?	16	3	84,5%
• Avenant classique	16	3	84,5%
• Avenant de transfert	16	3	84,5%
• Avenant interprétatif	16	3	84,5%
• Avenant transactionnel	16	3	84,5%

3. PRATIQUE DES CLAUSES DE REEXAMEN

Questions - Autorités contractantes	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
Recourez-vous à des clauses contractuelles pour modifier le contrat ?	48	78	38%
• Clauses de révisions des prix ou des tarifs	28	98	22,5%
• Clauses de revoyure ou de rendez-vous	28	98	22,5%

Questions - Opérateurs économiques	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
Recourez-vous à des clauses contractuelles pour modifier le contrat ?	12	20	37,5%
• Clauses de révisions des prix ou des tarifs	6	26	18,75%
• Clauses de revoyure ou de rendez-vous	6	26	18,75%

Questions - Avocats	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
Vos clients recourent-ils à des clauses contractuelles pour modifier le contrat ?	16	3	84,5%
<ul style="list-style-type: none"> • Clauses de révisions des prix ou des tarifs • Clauses de revoyure ou de rendez-vous 	16	3	84,5%
16	3	84,5%	
Questions - Autorités contractantes	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
Eprouvez-vous des difficultés à déterminer les caractères clairs et non-équivoques de telles clauses comme l'exige le Code de la commande publique ?	44	82	35%
Les clauses de révision des prix sont-elles, selon vous, adaptées aux contrats publics de vos clients ?	42	84	33,5%
S'agissant des clauses de révisions des prix, font-elles l'objet de clauses butoir ?	46	80	36,50%

Questions - Opérateurs économiques	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
Eprouvez-vous des difficultés à déterminer les caractères clairs et non-équivoques de telles clauses comme l'exige le Code de la commande publique ?	12	20	37,5%
Les clauses de révision des prix sont-elles, selon vous, adaptées aux contrats publics de vos clients ?	11	21	34,5%
S'agissant des clauses de révisions des prix, font-elles l'objet de clauses butoir ?	13	19	40,60%
Questions - Avocats	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
Eprouvez-vous des difficultés à déterminer les caractères clairs et non-équivoques de telles clauses comme l'exige le Code de la commande publique ?	13	6	68,5%
Selon vous, quels éléments devrait comporter une clause de réexamen pour être qualifiée de claire et non-équivoque?	3	16	15,5%
Les clauses de révision des prix sont-elles, selon vous, adaptées aux contrats publics de vos clients ?	2	17	10,5%
S'agissant des clauses de révisions des prix, font-elles l'objet de clauses butoir ?	14	5	73,5%

Questions - Autorités contractantes	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
-------------------------------------	-----------------------	----------------------	-------------------------------

Selon vous, faudrait-il davantage promouvoir l'utilisation des clauses de réexamen ou de révision dans les contrats publics ?	45	81	35,50%
Êtes-vous favorable à la publication de clauses-types ou de modèles de clauses de réexamen, de révision, de revoyure, etc. ?	47	79	37,50%
Questions - Opérateurs économiques	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
Selon vous, faudrait-il davantage promouvoir l'utilisation des clauses de réexamen ou de révision dans les contrats publics ?	13	19	40,50%
Êtes-vous favorable à la publication de clauses-types ou de modèles de clauses de réexamen, de révision, de revoyure, etc. ?	13	19	40,50%
Questions - Avocats	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
Selon vous, faudrait-il davantage promouvoir l'utilisation des clauses de réexamen ou de révision dans les contrats publics ?	13	6	68,5%
Êtes-vous favorable à la publication de clauses-types ou de modèles de clauses de réexamen, de révision, de revoyure, etc. ?	15	4	79%

4. PRATIQUE DE LA SUBSTITUTION DE COCONTRACTANT

Questions - Avocats	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
Vos clients sont-ils régulièrement confrontés à la problématique de la substitution d'un cocontractant en cours d'exécution d'un de leurs contrats publics?	16	3	84,5%
La substitution provient généralement de: [L'application d'une clause de réexamen]	2	17	10,5%
La substitution provient généralement de: [Une restructuration du titulaire du marché]	2	17	10,5%
Selon vous, la notion de restructuration du titulaire initial est-elle suffisamment claire?	12	7	63%

Questions - Autorités contractantes	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
En Italie et aux Pays-Bas, dans le cadre de clauses dites de « liste d'attente », en cas de substitution de cocontractant on se fonde sur l'ordre résultant du classement lors du choix de l'offre pour réattribuer le contrat. Ainsi, le candidat arrivé en deuxième position se substitue au titulaire initial. Seriez-vous favorable, à	44	82	34,9%

l'instar de ces Etats européens, à des clauses de "liste d'attente" dans le cadre des substitutions de cocontractant reposant sur le classement des offres lors de la passation du contrat ?			
Questions - Avocats	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
En Italie et aux Pays-Bas, dans le cadre de clauses dites de « liste d'attente », en cas de substitution de cocontractant on se fonde sur l'ordre résultant du classement lors du choix de l'offre pour réattribuer le contrat. Ainsi, le candidat arrivé en deuxième position se substitue au titulaire initial. Seriez-vous favorable, à l'instar de ces Etats européens, à des clauses de "liste d'attente" dans le cadre des substitutions de cocontractant reposant sur le classement des offres lors de la passation du contrat ?	12	7	63%

§III. APPROCHE THEORIQUE DES NOTIONS JURIDIQUES

A. MISE EN ŒUVRE DE LA NOTION DE MODIFICATION SUBSTANTIELLE

Questions - Autorités contractantes	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
Selon vous, la notion de modification substantielle est-elle suffisamment claire depuis la transposition des directives européennes de 2014 ?	47	79	37,50%
Les jurisprudences nationales et européennes ont-elles apporté les éclairages nécessaires à votre compréhension de ladite notion ?	43	83	34%
Questions - Opérateurs économiques	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
Selon vous, la notion de modification substantielle est-elle suffisamment claire depuis la transposition des directives européennes de 2014 ?	12	20	37,50%
Les jurisprudences nationales et européennes ont-elles apporté les éclairages nécessaires à votre compréhension de ladite notion ?	10	22	31,25%
Questions - Avocats	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
Selon vous, la notion de modification substantielle est-elle suffisamment claire depuis la transposition des directives européennes de 2014 ?	15	4	79%

Les jurisprudences nationales et européennes ont-elles apporté les éclairages nécessaires à votre compréhension de ladite notion ?	12	7	63%
---	----	---	-----

Questions - Autorités contractantes	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
Lorsque la modification d'un contrat public s'impose, quel est votre positionnement face au risque de qualification de modification substantielle ?	46	80	36,50%
Questions - Opérateurs économiques	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
Lorsque la modification d'un contrat public s'impose, quel est votre positionnement face au risque de qualification de modification substantielle ?	11	21	34,50%
Questions - Avocats	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
Lorsque la modification d'un contrat public s'impose, quel est votre positionnement face au risque de qualification de modification substantielle ?	16	3	84%

B. MISE EN ŒUVRE DES CAS DE MODIFICATION AUTORISÉE PAR LE CODE DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Questions - Autorités contractantes	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
L'encadrement par le Code de la commande publique et les directives européennes des travaux ou services supplémentaires devenus nécessaires est-il adapté à votre pratique ?	46	80	36,50%
Questions - Opérateurs économiques	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
L'encadrement par le Code de la commande publique et les directives européennes des travaux ou services supplémentaires devenus nécessaires est-il adapté à votre pratique ?	9	23	39%
Questions - Avocats	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
L'encadrement par le Code de la commande publique et les directives européennes des travaux ou services	14	5	73,5%

supplémentaires devenus nécessaires est-il adapté à la pratique de vos clients ?			
---	--	--	--

Questions - Autorités contractantes	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
Selon vous, la condition tenant à la diligence de l'acheteur est-elle source de difficulté en matière de modifications pour circonstances imprévisibles ?	45	81	35,75%
Questions - Opérateurs économiques	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
Selon vous, la condition tenant à la diligence de l'acheteur est-elle source de difficulté en matière de modifications pour circonstances imprévisibles ?	12	20	37,5%
Questions - Avocats	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
Selon vous, la condition tenant à la diligence de l'acheteur est-elle source de difficulté en matière de modifications pour circonstances imprévisibles ?	14	5	73,5%

Questions - Autorités contractantes	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
La théorie des sujétions techniques imprévues est-elle toujours d'actualité dans votre pratique ?	41	85	32,50%
Questions - Opérateurs économiques	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
La théorie des sujétions techniques imprévues est-elle toujours d'actualité dans votre pratique ?	12	20	37,5%
Questions - Avocats	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
La théorie des sujétions techniques imprévues est-elle toujours d'actualité dans votre pratique ?	14	5	73,5%

C. MISE EN ŒUVRE DE LA THEORIE DE L'IMPREVISION

Questions - Autorités contractantes	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
Avez-vous, depuis 2020, reçu des demandes d'indemnisation au titre de la théorie d'imprévision ?	38	88	30%

En cas de difficultés rencontrées dans l'application des conditions de la théorie d'imprévision, quelles en étaient les raisons ?	19	107	15%
<ul style="list-style-type: none"> • L'appréciation du bouleversement économique du marché ou de la concession 	19	107	15%
<ul style="list-style-type: none"> • La difficulté à obtenir de la part du cocontractant les justificatifs nécessaires à l'évaluation de l'ampleur des surcoûts 	19	107	15%
<ul style="list-style-type: none"> • La doctrine juridique ou politique interne de l'autorité contractante ou d'une autorité de contrôle (par exemple, une préfecture) quant au traitement des demandes d'indemnisation au titre de la théorie d'imprévision 	19	107	15%
Questions - Opérateurs économiques	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
Avez-vous, depuis 2020, émis des demandes d'indemnisation au titre de la théorie d'imprévision ?	12	20	37,5%
En cas de difficultés rencontrées dans l'application des conditions de la théorie d'imprévision, quelles en étaient les raisons ?	9	23	28%
<ul style="list-style-type: none"> • L'appréciation du bouleversement économique du marché ou de la concession 	9	23	28%
<ul style="list-style-type: none"> • La difficulté à obtenir de la part du cocontractant les justificatifs nécessaires à l'évaluation de l'ampleur des surcoûts 	9	23	28%
<ul style="list-style-type: none"> • La doctrine juridique ou politique interne de l'autorité contractante ou d'une autorité de contrôle (par exemple, une préfecture) quant au traitement des demandes d'indemnisation au titre de la théorie d'imprévision 	9	23	28%
<ul style="list-style-type: none"> • L'appréhension de la durée de la période exceptionnelle fondant la demande d'indemnisation 	9	23	28%
<ul style="list-style-type: none"> • La détermination de la part restant à la charge de l'entreprise 	9	23	28%
Questions - Avocats	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
Vos clients ont-ils, depuis 2020, émis des demandes d'indemnisation au titre de la théorie d'imprévision ?	14	5	73 ,5%
En cas de difficultés rencontrées dans l'application des conditions de la théorie d'imprévision, quelles en étaient les raisons ?	14	5	73 ,5%

<ul style="list-style-type: none"> • L'appréciation du bouleversement économique du marché ou de la concession 	14	5	73 ,5%
<ul style="list-style-type: none"> • La difficulté à obtenir de la part du cocontractant les justificatifs nécessaires à l'évaluation de l'ampleur des surcoûts 	14	5	73 ,5%
<ul style="list-style-type: none"> • La doctrine juridique ou politique interne de l'autorité contractante ou d'une autorité de contrôle (par exemple, une préfecture) quant au traitement des demandes d'indemnisation au titre de la théorie d'imprévision 	14	5	73 ,5%
<ul style="list-style-type: none"> • La doctrine juridique ou politique interne de l'autorité contractante ou d'une autorité de contrôle (par exemple, une préfecture) quant au traitement des demandes d'indemnisation au titre de la théorie d'imprévision 	14	5	73 ,5%
<ul style="list-style-type: none"> • La détermination de la part restant à la charge de l'entreprise 	14	5	73 ,5%

Questions - Autorités contractantes	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
Êtes-vous favorables à ce que les textes précisent les conditions de déclenchement et d'application de la théorie d'imprévision ?	45	81	37,75%
Êtes-vous favorable à la contractualisation des conditions de déclenchement et d'application de la théorie d'imprévision dans les contrats publics ?	42	84	33,50%
Questions - Opérateurs économiques	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
Êtes-vous favorables à ce que les textes précisent les conditions de déclenchement et d'application de la théorie d'imprévision ?	12	20	37,5%
Êtes-vous favorable à la contractualisation des conditions de déclenchement et d'application de la théorie d'imprévision dans les contrats publics ?	12	20	37,5%
Questions - Avocats	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
Êtes-vous favorables à ce que les textes précisent les conditions de déclenchement et d'application de la théorie d'imprévision ?	16	3	84%

Êtes-vous favorable à la contractualisation des conditions de déclenchement et d'application de la théorie d'imprévision dans les contrats publics ?	15	4	84%
---	----	---	-----

§IV. OPINION SUR L'AVIS DU CONSEIL D'ETAT DU 15 SEPTEMBRE 2022

Questions - Autorités contractantes	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
Avez-vous pris connaissance de l'avis consultatif du Conseil d'Etat en date du 15 septembre 2022 ?	43	83	34%
Estimez-vous que cet avis aura des répercussions dans votre pratique ?	42	84	33,25%
Selon vous, cet avis sera-t-il source de sécurité juridique et de clarification du cadre juridique ?	40	86	31,75%
Questions - Opérateurs économiques	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
Avez-vous pris connaissance de l'avis consultatif du Conseil d'Etat en date du 15 septembre 2022 ?	11	21	34,50%
Estimez-vous que cet avis aura des répercussions dans votre pratique ?	11	21	34,50%
Selon vous, cet avis sera-t-il source de sécurité juridique et de clarification du cadre juridique ?	9	23	28%
Questions - Avocats	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
Avez-vous pris connaissance de l'avis consultatif du Conseil d'Etat en date du 15 septembre 2022 ?	13	6	68,50%
Estimez-vous que cet avis aura des répercussions dans votre pratique ?	12	7	84%
Selon vous, cet avis sera-t-il source de sécurité juridique et de clarification du cadre juridique ?	12	7	63%

Questions - Autorités contractantes	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
S'agissant des modifications sèches des prix ou des tarifs et l'indemnisation par application de la théorie d'imprévision, suiviez-vous, avant l'avis du Conseil	41	85	32,50%

d'Etat, les orientations de la DAJ de Bercy et l'interprétation de la Circulaire Castex du 30 mars 2022 ?			
Procédez-vous, avant l'avis du Conseil d'Etat, des modifications sèches du prix ou des tarifs ?	41	85	32,50%
Questions - Opérateurs économiques	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
S'agissant des modifications sèches des prix ou des tarifs et l'indemnisation par application de la théorie d'imprévision, suiviez-vous, avant l'avis du Conseil d'Etat, les orientations de la DAJ de Bercy et l'interprétation de la Circulaire Castex du 30 mars 2022 ?	11	21	34,50%
Procédez-vous, avant l'avis du Conseil d'Etat, des modifications sèches du prix ou des tarifs ?	9	23	28%
Questions - Avocats	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
S'agissant des modifications sèches des prix ou des tarifs et l'indemnisation par application de la théorie d'imprévision, suiviez-vous, avant l'avis du Conseil d'Etat, les orientations de la DAJ de Bercy et l'interprétation de la Circulaire Castex du 30 mars 2022 ?	12	7	63%
Conseilliez-vous, avant l'avis du Conseil d'Etat, des modifications sèches du prix ou des tarifs ?	11	8	58%

Questions - Autorités contractantes	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
Eprouviez-vous des difficultés, avant l'avis du Conseil d'Etat, à appliquer les conditions de la théorie d'imprévision ?	37	89	29,50%
Selon vous, cet avis répond-il à vos difficultés rencontrées pas le passé pour mettre en œuvre la théorie de l'imprévision ?	40	86	31,75%
Approuvez-vous la position du Conseil d'Etat selon laquelle l'indemnité d'imprévision ne saurait être assimilable à une modification du contrat ?	39	87	31%
Selon vous, cette position est-elle conforme au droit de l'Union européenne ?	23	103	18,25%

S'agissant des modalités d'indemnisation au titre de la théorie d'imprévision, quel outil allez-vous désormais privilégier ?	39	87	31%
S'agissant des modalités d'indemnisation au titre de la théorie d'imprévision en matière de marché de travaux, pensez-vous à inscrire les indemnités d'imprévision dans le décompte général et définitif ?	34	92	27%
Questions - Opérateurs économiques	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
Eprouviez-vous des difficultés, avant l'avis du Conseil d'Etat, à appliquer les conditions de la théorie d'imprévision ?	10	22	31%
Selon vous, cet avis répond-il à vos difficultés rencontrées pas le passé pour mettre en œuvre la théorie de l'imprévision ?	10	22	31%
Approuvez-vous la position du Conseil d'Etat selon laquelle l'indemnité d'imprévision ne saurait être assimilable à une modification du contrat ?	9	23	28%
Selon vous, cette position est-elle conforme au droit de l'Union européenne ?	6	26	18,75%
S'agissant des modalités d'indemnisation au titre de la théorie d'imprévision, quel outil allez-vous désormais privilégier ?	13	6	40,50%
S'agissant des modalités d'indemnisation au titre de la théorie d'imprévision en matière de marché de travaux, pensez-vous à inscrire les indemnités d'imprévision dans le décompte général et définitif ?	10	22	31,25%
Questions - Avocats	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
Eprouviez-vous des difficultés, avant l'avis du Conseil d'Etat, à appliquer les conditions de la théorie d'imprévision ?	12	7	84%
Selon vous, cet avis répond-il à vos difficultés rencontrées pas le passé pour mettre en œuvre la théorie de l'imprévision ?	10	9	52,5%
Approuvez-vous la position du Conseil d'Etat selon laquelle l'indemnité d'imprévision ne saurait être assimilable à une modification du contrat ?	11	8	58%

Selon vous, cette position est-elle conforme au droit de l'Union européenne ?	8	11	42%
S'agissant des modalités d'indemnisation au titre de la théorie d'imprévision, quel outil allez-vous désormais conseiller à vos clients ?	13	6	68 ,5%
S'agissant des modalités d'indemnisation au titre de la théorie d'imprévision en matière de marché de travaux, pensez-vous continuer à conseiller vos clients d'inscrire les indemnités d'imprévision dans le décompte général et définitif ?	9	10	47 ,5%

§VI. REGLEMENT DES DIFFERENDS LIES AUX MODIFICATIONS OU AUX REFUS DE MODIFICATIONS

A. PRATIQUE DES MODES ALTERNATIFS DE REGLEMENT DES DIFFERENDS

Questions - Autorités contractantes	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
Privilégiez-vous le recours aux modes alternatifs des règlements des différends (par exemple via une conciliation, une médiation ou un arbitrage) afin de résoudre vos différends en matière de modification ou de refus de modification ?	38	88	30%
Quelle est environ la proportion des recours juridictionnels de vos clients liés à l'exécution (modification unilatérale contestée ou demande de rémunération complémentaire non satisfaite, etc.) se concluant par une résolution amiable ?	34	92	27%
Estimez-vous que les modes alternatifs des différends des litiges soient utiles ?	39	87	31%
Quel(s) type(s) de médiation ou de conciliation privilégiez-vous pour résoudre à l'amiable les différends de vos clients en matière de modification ou de refus de modification ?	20	106	16%
<ul style="list-style-type: none"> • La médiation ou la conciliation par avocats des parties 	20	106	16%
<ul style="list-style-type: none"> • La médiation ou la conciliation par un comité constitué de spécialistes (ingénieurs et/ou juristes) déterminé avant le différend 	20	106	16%

<ul style="list-style-type: none"> • La médiation ou la conciliation par un comité constitué de spécialistes (ingénieurs et/ou juristes) déterminé en cours d'exécution 	20	106	16%
<ul style="list-style-type: none"> • La médiation ou la conciliation par le CCIRA 	20	106	16%
<ul style="list-style-type: none"> • La médiation sur ordonnance du juge administratif 	20	106	16%
Questions - Opérateurs économiques	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
Privilégiez-vous le recours aux modes alternatifs des règlements des différends (par exemple via une conciliation, une médiation ou un arbitrage) afin de résoudre vos différends en matière de modification ou de refus de modification ?	10	22	31%
Quelle est environ la proportion des recours juridictionnels de vos clients liés à l'exécution (modification unilatérale contestée ou demande de rémunération complémentaire non satisfaite, etc.) se concluant par une résolution amiable ?	9	23	28%
Estimez-vous que les modes alternatifs des différends des litiges soient utiles ?	8	24	25%
Quel(s) type(s) de médiation ou de conciliation privilégiez-vous pour résoudre à l'amiable les différends de vos clients en matière de modification ou de refus de modification ?	8	24	25%
<ul style="list-style-type: none"> • La médiation ou la conciliation par avocats des parties 	8	24	25%
<ul style="list-style-type: none"> • La médiation ou la conciliation par un comité constitué de spécialistes (ingénieurs et/ou juristes) déterminé avant le différend 	8	24	25%
<ul style="list-style-type: none"> • La médiation ou la conciliation par un comité constitué de spécialistes (ingénieurs et/ou juristes) déterminé en cours d'exécution 	8	24	25%
<ul style="list-style-type: none"> • La médiation ou la conciliation par le CCIRA 	8	24	25%
<ul style="list-style-type: none"> • La médiation sur ordonnance du juge administratif 	8	24	25%
Questions - Avocats	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables

Privilégiez-vous le recours aux modes alternatifs des règlements des différends (par exemple via une conciliation, une médiation ou un arbitrage) afin de résoudre les différends de vos clients en matière de modification ou de refus de modification ?	14	5	73%
Quelle est environ la proportion des recours juridictionnels de vos clients liés à l'exécution (modification unilatérale contestée ou demande de rémunération complémentaire non satisfaite, etc.) se concluant par une résolution amiable ?	14	5	73%
Estimez-vous que les modes alternatifs des différends des litiges soient utiles ?	12	7	63%
Quel(s) type(s) de médiation ou de conciliation privilégiez-vous pour résoudre à l'amiable les différends de vos clients en matière de modification ou de refus de modification ?	14	5	73%
<ul style="list-style-type: none"> • La médiation ou la conciliation par avocats des parties 	14	5	73%
<ul style="list-style-type: none"> • La médiation ou la conciliation par un comité constitué de spécialistes (ingénieurs et/ou juristes) déterminé avant le différend 	11	8	58%
<ul style="list-style-type: none"> • La médiation ou la conciliation par un comité constitué de spécialistes (ingénieurs et/ou juristes) déterminé en cours d'exécution 	11	8	58%
<ul style="list-style-type: none"> • La médiation ou la conciliation par le CCIRA 	11	8	58%
<ul style="list-style-type: none"> • La médiation sur ordonnance du juge administratif 	11	8	58%

Questions - Autorités contractantes	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
S'agissant des CCIRA, parmi les propositions suivantes, lesquelles emportent votre adhésion ?	29	97	23%
<ul style="list-style-type: none"> • Les avis des CCIRA sont majoritairement favorables aux autorités contractantes 	29	97	23%
<ul style="list-style-type: none"> • Les avis des CCIRA sont majoritairement favorables aux opérateurs économiques 	29	97	23%
<ul style="list-style-type: none"> • Les avis des CCIRA ne sont que rarement suivis d'effet par les parties 	29	97	23%
<ul style="list-style-type: none"> • Les avis des CCIRA ne sont suivis d'effet qu'en cas d'avis favorable à une autorité contractante 	29	97	23%

<ul style="list-style-type: none"> Les avis des CCIRA ne sont suivis d'effet qu'en cas d'avis favorable à un opérateur économique 	29	97	23%
<ul style="list-style-type: none"> Les avis des CCIRA sont toujours suivis d'effet par les parties 	29	97	23%
A quelle fréquence recourez-vous à la transaction, hors avenant transactionnel, pour résoudre vos litiges relatifs à l'exécution des contrats publics ?	39	87	31%
En cas de transaction, y-a-t-il homologation ?	26	100	20,50%
A quel moment privilégiez-vous la transaction avec vos cocontractants?	26	100	20,50
Le recours à la transaction est-il selon vous efficace et adapté au regard des intérêts de votre administration ?	37	89	29,25%
Questions - Opérateurs économiques	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
S'agissant des CCIRA, parmi les propositions suivantes, lesquelles emportent votre adhésion ?	10	22	31%
<ul style="list-style-type: none"> Les avis des CCIRA sont majoritairement favorables aux autorités contractantes 	10	22	31%
<ul style="list-style-type: none"> Les avis des CCIRA sont majoritairement favorables aux opérateurs économiques 	10	22	31%
<ul style="list-style-type: none"> Les avis des CCIRA ne sont que rarement suivis d'effet par les parties 	10	22	31%
<ul style="list-style-type: none"> Les avis des CCIRA ne sont suivis d'effet qu'en cas d'avis favorable à une autorité contractante 	10	22	31%
<ul style="list-style-type: none"> Les avis des CCIRA ne sont suivis d'effet qu'en cas d'avis favorable à un opérateur économique 	10	22	31%
<ul style="list-style-type: none"> Les avis des CCIRA sont toujours suivis d'effet par les parties 	10	22	31%
A quelle fréquence recourez-vous à la transaction, hors avenant transactionnel, pour résoudre vos litiges relatifs à l'exécution des contrats publics ?	9	23	28%
En cas de transaction, y-a-t-il homologation ?	6	26	19%
Le recours à la transaction est-il selon vous efficace et adapté au regard des intérêts de votre entreprise ?	9	23	28%
Questions - Avocats	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables

S'agissant des CCIRA, parmi les propositions suivantes, lesquelles emportent votre adhésion ?	13	6	68,50%
• Les avis des CCIRA sont majoritairement favorables aux autorités contractantes	13	6	68,50%
• Les avis des CCIRA sont majoritairement favorables aux opérateurs économiques	13	6	68,50%
• Les avis des CCIRA ne sont que rarement suivis d'effet par les parties	13	6	68,50%
• Les avis des CCIRA ne sont suivis d'effet qu'en cas d'avis favorable à une autorité contractante	13	6	68,50%
• Les avis des CCIRA ne sont suivis d'effet qu'en cas d'avis favorable à un opérateur économique	13	6	68,50%
• Les avis des CCIRA sont toujours suivis d'effet par les parties	13	6	68,50%
A quelle fréquence recourez-vous à la transaction, hors avenant transactionnel, pour résoudre des litiges de vos clients relatifs à l'exécution des contrats publics ?	14	5	73,50%
En cas de transaction, y-a-t-il homologation ?	12	7	63%
A quel moment privilégiez-vous la transaction pour vos clients?	14	5	73,50%
Le recours à la transaction est-il selon vous efficace et adapté au regard des intérêts de vos clients ?	14	5	73,50%

B. PRATIQUE DE LA RESOLUTION CONTENTIEUSE

Questions - Autorités contractantes	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
Quelle est environ la proportion des modifications contractuelles (avenant ou transaction) faisant l'objet d'un recours juridictionnel de la part d'un tiers ?	40	86	31,75%
Quelle est environ la proportion des modifications unilatérales faisant l'objet d'un recours juridictionnel indemnitaire de vos cocontractants ?	32	94	25,50%
Quelle est environ la part des demandes de rémunération complémentaire non satisfaites qui font l'objet d'un recours juridictionnel indemnitaire ?	42	84	33,25%
Questions - Opérateurs économiques	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables

Quelle est environ la proportion des modifications contractuelles (avenant ou transaction) faisant l'objet d'un recours juridictionnel de la part d'un tiers ?	9	23	28%
Quelle est environ la proportion des modifications unilatérales faisant l'objet d'un recours juridictionnel indemnitaire de votre part ?	10	22	31%
Quelle est environ la part des demandes de rémunération complémentaire non satisfaites qui font l'objet d'un recours juridictionnel indemnitaire ?	10	22	31%
Questions - Avocats	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
Quelle est environ la proportion des modifications contractuelles (avenant ou transaction) faisant l'objet d'un recours juridictionnel de la part d'un tiers ?	13	6	68,50%
Quelle est environ la proportion des modifications unilatérales faisant l'objet d'un recours juridictionnel indemnitaire ?	13	6	68,50%
Quelle est environ la part des demandes de rémunération complémentaire non satisfaites qui font l'objet d'un recours juridictionnel indemnitaire ?	14	5	73,50%

Questions - Autorités contractantes	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
Faites-vous confiance à la juridiction administrative pour le traitement des recours juridictionnels de vos clients liés à l'exécution ?	35	91	28%
Questions - Opérateurs économiques	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
Faites-vous confiance à la juridiction administrative pour le traitement des recours juridictionnels de vos clients liés à l'exécution ?	10	22	31%
Questions - Avocats	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
Faites-vous confiance à la juridiction administrative pour le traitement des recours juridictionnels de vos clients liés à l'exécution ?	12	7	63%

Questions - Avocats	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
La récente décision du Conseil d'Etat du 13 juin 2022 n° 453769, Centre hospitalier d'Ajaccio admet le pouvoir unilatéral d'une personne publique d'écarter une clause contractuelle d'un contrat administratif (en l'espèce, il ne s'agissait pas d'un contrat de la commande publique) qu'elle juge irrégulière ou illégale. Qu'en pensez-vous si une telle règle s'étendait au contrats de la commande publique?	14	5	73,50%
<ul style="list-style-type: none"> • Un tel pouvoir serait de nature à altérer les relations contractuelles 	14	5	73,50%
<ul style="list-style-type: none"> • Un tel pouvoir serait assimilable à une modification du contrat 	14	5	73,50%
<ul style="list-style-type: none"> • Une extension du recours Béziers 2 (recours en annulation) à ce type de litige serait opportune 	14	5	73,50%

§VI. LIBRES-PROPOS CONCLUSIFS DES PARTICIPANTS

Questions - Autorités contractantes	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
Selon vous, le cadre juridique actuel relatif à la modification des contrats publics en cours d'exécution est adapté à la pratique ou manque de souplesse ?	43	83	34%
Selon vous, quels seraient les axes d'évolution à privilégier ?	44	82	35%
<ul style="list-style-type: none"> • Réformer le Code de la commande publique 	44	82	35%
<ul style="list-style-type: none"> • Réformer les directives européennes de 2014 	44	82	35%
<ul style="list-style-type: none"> • Inciter à plus de transparence 	44	82	35%
<ul style="list-style-type: none"> • Préciser les notions juridiques (modification substantielle, circonstances imprévisibles, travaux ou services devenus nécessaires, clause claire et non-équivoque) 	44	82	35%
<ul style="list-style-type: none"> • Publier des guides sur des clauses de réexamen claires et non-équivoques avec des exemples concrets, par exemple par la DAJ de Bercy 	44	82	35%
<ul style="list-style-type: none"> • Former les praticiens au contract managing 	44	82	35%
<ul style="list-style-type: none"> • Accompagner les agents des autorités contractantes par des services centraux spécialisés 	44	82	35%

<ul style="list-style-type: none"> • Revenir au système antérieur à la transposition des directives européennes de 2014 	44	82	35%
Questions - Opérateurs économiques	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
Selon vous, le cadre juridique actuel relatif à la modification des contrats publics en cours d'exécution est adapté à la pratique ou manque de souplesse ?	10	22	31,25%
Selon vous, quels seraient les axes d'évolution à privilégier ?	11	21	35%
<ul style="list-style-type: none"> • Réformer le Code de la commande publique 	11	21	35%
<ul style="list-style-type: none"> • Réformer les directives européennes de 2014 	11	21	35%
<ul style="list-style-type: none"> • Inciter à plus de transparence 	11	21	35%
<ul style="list-style-type: none"> • Préciser les notions juridiques (modification substantielle, circonstances imprévisibles, travaux ou services devenus nécessaires, clause claire et non-équivoque) 	11	21	35%
<ul style="list-style-type: none"> • Publier des guides sur des clauses de réexamen claires et non-équivoques avec des exemples concrets, par exemple par la DAJ de Bercy 	11	21	35%
<ul style="list-style-type: none"> • Former les praticiens au contract managing 	11	21	35%
<ul style="list-style-type: none"> • Accompagner les agents des autorités contractantes par des services centraux spécialisés 	11	21	35%
<ul style="list-style-type: none"> • Revenir au système antérieur à la transposition des directives européennes de 2014 	11	21	35%
Questions - Avocats	Réponses exploitables	Absences de réponses	Taux de réponses exploitables
Selon vous, le cadre juridique actuel relatif à la modification des contrats publics en cours d'exécution est adapté à la pratique ou manque de souplesse ?	11	8	58%
Selon vous, quels seraient les axes d'évolution à privilégier ?	13	6	68,50%
<ul style="list-style-type: none"> • Réformer le Code de la commande publique 	13	6	68,50%
<ul style="list-style-type: none"> • Réformer les directives européennes de 2014 	13	6	68,50%
<ul style="list-style-type: none"> • Inciter à plus de transparence 	13	6	68,50%

<ul style="list-style-type: none"> • Préciser les notions juridiques (modification substantielle, circonstances imprévisibles, travaux ou services devenus nécessaires, clause claire et non-équivoque) 	13	6	68,50%
<ul style="list-style-type: none"> • Publier des guides sur des clauses de réexamen claires et non-équivoques avec des exemples concrets, par exemple par la DAJ de Bercy 	13	6	68,50%
<ul style="list-style-type: none"> • Former les praticiens au contract managing 	13	6	68,50%
<ul style="list-style-type: none"> • Accompagner les agents des autorités contractantes par des services centraux spécialisés 	13	6	68,50%
<ul style="list-style-type: none"> • Revenir au système antérieur à la transposition des directives européennes de 2014 	13	6	68,50%

POUR SUIVRE L'ACTIVITÉ DE LA CHAIRE EN LIGNE

Site internet	https://chairedcp.univ-lyon3.fr
Linkedin	https://www.linkedin.com/company/chairedcp/
Twitter	@chairedcp