

## **Les autres modifications du contrat**

Les collectivités territoriales du département de l'Hérault, et notamment les plus petites, rencontrent de nombreuses difficultés dans l'application de l'article L. 2194-1 du CCP. En effet, les difficultés résident dans les justifications apportées par ces dernières afin de démontrer qu'elles se trouvent bien dans l'hypothèse décrite par le code. De manière générale, elles justifient les modifications du contrat par le fait qu'il ne s'agit pas de modifications substantielles alors qu'elles pourraient utiliser d'autres fondements.

- **Qu'est-ce qu'une modification en cours de contrat ?**

Le régime juridique de la modification des contrats de la commande publique se définit comme étant une adaptation du contrat en cours d'exécution mais qui ne doit pas changer sa nature globale. Conformément à l'article L. 2194 du CCP (pour les marchés) et L. 3135 (pour les concessions), un marché peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence dans les conditions prévues par voie réglementaire, lorsque :

- 1° **Les modifications ont été prévues dans les documents contractuels initiaux ;**
- 2° **Des travaux, fournitures ou services supplémentaires sont devenus nécessaires ;**
- 3° **Les modifications sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues ;**
- 4° **Un nouveau titulaire se substitue au titulaire initial du marché ;**
- 5° **Les modifications ne sont pas substantielles ;**
- 6° **Les modifications sont de faible montant.**

Qu'elles soient apportées par voie conventionnelle ou, lorsqu'il s'agit d'un contrat administratif, par l'acheteur unilatéralement, de telles modifications ne peuvent changer la nature globale du marché.



Si les modifications ont été prévues dans les documents contractuels initiaux par l'insertion de clauses spécifiques (de réexamen, butoir, de sauvegarde), celles-ci pourront s'appliquer à condition qu'il s'agisse de **clauses précises et non équivoque**. En effet, les clauses doivent indiquer **le champ d'application et la nature des modifications ou options envisageables ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage**. Le contrat doit donc prévoir des circonstances objectives de recours, la nature précise de la modification ainsi que les limites que se donne l'autorité concédante.

Concernant les modifications qui n'ont pas été prévues par le contrat, celles-ci sont strictement encadrées par le code puisqu'il **appartient à l'acheteur public soit de justifier qu'elles entrent dans les hypothèses 2°, 3°, 4° ou 6° ; soit de démontrer qu'elles ne sont pas substantielles**.

**Rappel :** Un contrat de la commande publique peut valablement faire l'objet de plusieurs modifications en cours de son exécution.

**NB :** Ce sont les articles R. 2194-1 et suivants qui détaillent les conditions dans lesquelles les modifications des marchés publics peuvent être envisagées.

- **Focus sur les différentes possibilités de modification d'un contrat en cours**

Articles	Définitions
<p><b>Article R. 2194-1 CCP :</b> Les modifications ont été prévues dans les documents contractuels initiaux.</p> <p><b>Exemple :</b> clause de variation des prix ; clause de rendez-vous, clause butoir, de sauvegarde, possibilité de passer un marché complémentaire sans publicité ni mise en concurrence ; affermissement des tranches optionnelles.</p>	<p>L'acheteur peut inclure dans le marché une clause de réexamen qui lui permet par la suite de mettre en œuvre la modification sans avoir à organiser une nouvelle mise en concurrence.</p> <p>Il faut donc que le contrat intègre en amont les clauses qui permettent cette modification, ainsi que leurs conséquences, et ce, de manière claire et précise.</p>
<p><b>Article R. 2194-2 CCP :</b> Des travaux, fournitures ou services sont devenus</p>	<p>Les prestations devenues nécessaires qui ne figuraient pas dans le marché initial</p>

<p>nécessaires.</p> <p><b>Attention :</b> L'acheteur doit pouvoir justifier qu'il est nécessaire de procéder par modification plutôt que de conclure un nouveau marché.</p>	<p>et pour lesquelles un changement de titulaire est impossible pour des raisons économiques ou techniques. Il est nécessaire de prouver au cas par cas qu'un changement de contractant est impossible pour des raisons économiques ou techniques. La possibilité s'apprécie au regard des circonstances particulières de temps et de lieu. Il ne s'agit pas d'une impossibilité absolue.</p>
<p><b>Article R. 2194-3 CCP :</b> Le montant de la modification ne peut être supérieur à 50 % du montant du marché initial.</p>	<p><b>Attention :</b> Lorsque des modifications successives sont effectuées, cette limite s'applique au montant de chaque modification.</p>
<p><b>Article R. 2194-4 CCP :</b> Pour le calcul du montant de la modification, l'acheteur tient compte de la mise en œuvre de la clause de variation des prix.</p>	
<p><b>Article R. 2194-5 CCP :</b> La modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir.</p>	<p>Voir fiche précédente.</p>
<p><b>Article R. 2194-6 CCP :</b> Le marché peut être modifié si un nouveau titulaire se substitue au titulaire initial.</p>	<p><u>Deux hypothèses :</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- En application d'une clause de réexamen ;</li> <li>- 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</li> </ul>

	publicité et de mise en concurrence.
<p><b>Article R. 2194-7 CCP :</b> 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><b>Attention :</b> Il appartient à l'acheteur de vérifier et justifier au cas par cas, le caractère non substantiel de la modification.</p> <p>Dès lors, lorsqu'aucun autre fondement n'a pu être mobilisé, <b>l'acheteur ne doit pas se contenter d'écarter les différentes hypothèses listées à l'article L. 2194-1 du CCP</b> mais doit prouver que sa modification n'est pas substantielle.</p>	<p>Une modification est considérée comme substantielle quand :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- 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 ;</li> <li>- Elle modifie l'équilibre économique du marché en faveur du titulaire d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché initial ;</li> <li>- Elle modifie considérablement l'objet du marché ;</li> <li>- Elle a pour effet de remplacer le titulaire initial par un nouveau titulaire en dehors des hypothèses prévues à l'article R. 2194-6.</li> </ul>
<p><b>Attention :</b> Les modifications non substantielles du contrat mises en œuvre sur le fondement de l'article R.3135-7 du code ne comportent pas de limite en montant, mais <b>ne sauraient permettre aux parties de modifier l'objet du contrat ou de faire évoluer en faveur du titulaire</b>, d'une manière qui n'était pas prévue dans le contrat initial, <b>son équilibre économique</b> tel qu'il résulte de ses éléments essentiels, comme la durée, le volume des prestations, les prix ou les tarifs<sup>1</sup>.</p>	
<p><b>Article R. 2194-8 CCP :</b> Le marché peut être modifié lorsque le montant de la modification est inférieur aux seuils européens et à :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- 10 % du montant du marché initial</li> </ul>	<p><b>Attention :</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Cette disposition ne rend pas légal automatiquement une modification inférieure aux seuils ;</li> <li>- La modification envisagée ne doit pas</li> </ul>

1 CE, Avis, 15 septembre 2022, n°405540

pour les services et fournitures ; – 15 % du montant du marché initial pour les travaux.	bouleverser les conditions initiales de la mise en concurrence. Toutefois, lorsque les modifications ne dépassent pas les plafonds de 10% et 15 % (dans le respect des seuils européens pour les marchés passés selon la procédure adaptée) le caractère non substantiel des modifications est présumé.
--	---

**Rappel :** Pour les marchés passés selon une procédure formalisée (ou parfois selon une procédure adaptée à condition de l’avoir prévu dans le contrat), s’agissant d’un avenant d’un montant supérieur à 5 % du montant initial du marché, il devra être soumis à l’avis de la CAO.

- **Qu’en est-il des accords cadres ?**

Certaines modifications étant encadrées par une limite financière sous forme de pourcentage d’augmentation par rapport au montant initial du contrat, la question se pose de savoir quel montant doit être pris en compte pour un accord-cadre conclu sans montant maximum. Or, ce type de pratique ne doit plus avoir cours depuis le 1er janvier 2022 en application du décret du 23 août 2021. Pour autant, cette question reste intéressante pour les contrats conclus antérieurement. Pour ce type de contrat, certains ont pu se demander si l’absence de montant initial permettrait d’écarter l’application des limites financières posées par les articles R. 2194-5 et R. 2194-8 du CCP.

Toutefois, une position plus prudente et préférable consiste à **prendre en compte le montant estimatif rendu public dans l’avis de marché comme montant initial de l’accord-cadre**. Celle-ci est d’ailleurs partagée par la doctrine<sup>2</sup>.

La question ne devrait plus se poser pour les accords-cadres conclus postérieurement à la décision Simon-sen & Weel de la CJUE<sup>3</sup> puisqu’ils comporteront obligatoirement **un montant maximum** et qu’il est fortement permis de penser que **ce montant pourra être considéré comme le montant initial de l’accord-cadre**<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Zalberg, « Questions pratiques autour des modifications de l’accord-cadre en cours d’exécution », Contrats et marchés publics n°4, avril 2020

<sup>3</sup> CJUE, 17 juin 2021, aff. C-23/20

<sup>4</sup> Yvonnick Le Fustec, La modification des marchés publics, janvier/février 2022