



La DAJ remet au goût du jour sa fiche sur les modifications des contrats en cours d'exécution

La Direction des affaires juridiques de Bercy, qui met à disposition sur son site internet des fiches techniques dédiées aux acheteurs, a très récemment mis à jour la fiche dédiée aux modalités de modification des contrats en cours d'exécution.

Ce document a pour objet d'énoncer les cas dans lesquels une modification du contrat en cours d'exécution de celui-ci peut être envisagée, et dans quelles conditions une telle modification peut intervenir en application de la nouvelle réglementation en vigueur.

En guise d'introduction, la fiche rappelle d'une part que le nouveau droit applicable qui découle des décrets de 2016 relatifs aux marchés publics et aux contrats de concessions ne font plus expressément référence aux notions « d'avenant » et de « décision de poursuivre ». Pour autant, la nouvelle réglementation encadre les modifications survenant en cours d'exécution du contrat.

De même, toujours en introduction, la DAJ signale une différence d'application dans le temps des nouvelles dispositions relatives aux modifications apportées aux contrats. L'application en sera différente selon la nature de ces derniers :

- **pour les marchés publics**, il convient de prendre en compte la date de la consultation ou de la publication de l'appel d'offres dudit marché. En conséquence, toute modification apportée à un marché dont la consultation a été engagée à compter du 1^{er} avril 2016 sera soumise aux dispositions des décrets n° 2016-360 et n° 2016-361 ; toute modification apportée à un contrat passé avant cette date sera dès lors soumise à la précédente réglementation.
- **pour les contrats de concession à l'inverse**, les nouvelles dispositions s'appliqueront à l'ensemble des contrats.

La fiche liste en outre **cinq hypothèses limitatives**, dans lesquelles une modification du marché public ou du contrat de concession peut intervenir en cours d'exécution du contrat. Ces hypothèses sont les suivantes :

- le contrat contient une clause de réexamen, sous réserve que cette clause soit rédigée de façon suffisamment claire et précise ;
- l'acheteur ou l'autorité concédante a décidé d'inclure des prestations supplémentaires devenues nécessaires si celles-ci n'entraînent pas une augmentation du montant du contrat initial de plus de 50 % et dans la mesure où un changement de contractant serait impossible pour des raisons économiques ou techniques et présenterait un inconvénient majeur ou une augmentation substantielle des coûts ;
- la modification du contrat est rendue nécessaire par des circonstances imprévisibles ou imprévues, hypothèse qui fait écho à la notion de « sujétions techniques » préalablement présentes au sein du Code des marchés publics de 2006 ;
- un changement de cocontractant est permis dans le cadre d'une cession de contrat en application d'une clause de réexamen ou à la suite d'une opération de restructuration de société ;
- le montant des modifications ne dépasse pas 10 % du montant initial dans le cadre d'un marché de fournitures, services ou d'une concession et ne dépasse pas 15 % dans le cadre d'un marché de

travaux dans la mesure où une telle modification n'est pas considéré comme substantielle.

La DAJ Bercy rappelle en effet que les modifications substantielles du contrat en cours d'exécution sont prohibées, et que seules les cinq hypothèses précitées peuvent être considérées comme des modifications non-substantielles du contrat.

Toute modification substantielle du contrat entraînerait la naissance d'un nouveau contrat devant donner lieu à une nouvelle procédure d'attribution.

La DAJ indique également que la nouvelle réglementation a défini la notion de « modification substantielle » d'un contrat en cours d'exécution sur la base des jurisprudences européennes *Presstexte* et *Wall AG / Stadt Frankfurt* et des directives européennes.

La modification d'un contrat en cours d'exécution doit dès lors **être considérée comme substantielle dans les quatre cas suivants :**

- lorsque la modification introduit de nouvelles conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient permis l'admission d'autres soumissionnaires ou auraient permis de retenir une offre différente autre que celle initialement retenue ;
- lorsqu'elle étend de façon importante à de nouveaux services le contrat initial ;
- lorsqu'elle change l'équilibre économique du contrat en faveur du titulaire, d'une manière qui n'était pas prévue dans les termes du marché initial ;
- lorsqu'elle implique un changement de cocontractant sauf exceptions.

Sources :

- « *Les modalités de modification des contrats en cours d'exécution* », Fiche de la DAJ de Bercy, 11 juillet 2018
- CJCE, 19 juin 2008, aff. C-454/06, *Presstext Nachrichtenagentur GmbH*
- CJCE, 27 octobre 2009, n° C-91/08, *Wall AG/Stadt Frankfurt am Main, pre?c.*