

## MODIFICATIONS DES MARCHÉS PUBLICS PRÉCISIONS DE LA DAJ DE BERCY

### L'essentiel

La Direction des affaires juridiques de Bercy a procédé à une nouvelle actualisation, en date du 3 janvier 2019, de sa [fiche technique](#) sur les modalités de modification des contrats en cours d'exécution.

De nouvelles recommandations sont délivrées aux acheteurs publics pour apprécier la régularité d'une modification :

- les impacts en termes financiers ne sont pas les seuls à prendre en compte,
- une modification, même inférieure aux seuils autorisés (15% du montant initial du marché de travaux ou 50% de ce même montant en cas de prestations supplémentaires ou de circonstances imprévues), ne peut avoir pour effet un changement de la nature globale du marché,
- une modification, excédant ces seuils, ne se traduit pas nécessairement par une irrégularité de l'avenant ou de la décision de modification unilatérale.

Le fait qu'une modification en cours d'exécution ait pour effet de rendre le montant du marché supérieur aux seuils européens n'a pas de conséquence juridique. En effet, la valeur du besoin à prendre en compte est celle estimée au moment de l'envoi de l'avis d'appel à concurrence ou, en l'absence d'un tel avis, au moment où l'acheteur engage la procédure de passation du marché.

Vous trouverez, ci-après, commentées les précisions fournies par la DAJ concernant :

- les hypothèses dans lesquelles une modification des contrats en cours d'exécution peut être admise notamment en cas de clause de réexamen, de prestations supplémentaires, de circonstances imprévues, de changement de cocontractant ou lorsqu'elles sont inférieures à certains seuils,
- les modifications dites « substantielles » qui sont interdites.

#### TEXTE DE RÉFÉRENCE :

[Articles 139](#) et [140](#) du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics

Fiche technique de la DAJ de Bercy sur les modalités de modification des contrats en cours d'exécution, mise à jour le 3/01/2019

Contact : [daj@fntp.fr](mailto:daj@fntp.fr)

## LES MODIFICATIONS QUI PEUVENT ÊTRE ADMISES

ART. 139 - 140 DECRET DU 25 MARS 2016

Les textes ne font plus référence à la notion d'« avenant » ou de « décision de poursuivre » **mais la signature d'un avenant sera toujours nécessaire pour concrétiser un engagement visant à modifier un marché en cours d'exécution** sauf si la modification a été prévue dans le marché (cf. clause de réexamen ci-après).

### L'existence d'une clause de réexamen dans le marché

ART. 139 1 - DECRET DU 25 MARS 2016

La clause de réexamen permet de modifier un marché public, sans nouvelle procédure de publicité et de mise en concurrence.

Les documents de la consultation doivent prévoir de manière suffisamment précise et claire :

- le champ d'application et la nature des modifications envisagées,
- ainsi que les modalités de leur mise en œuvre (par exemple : une modification de la clause de variation de prix en cas de survenance de certains événements qui pourraient altérer en cours d'exécution l'équilibre financier du marché).

La clause de réexamen peut également comporter des options. Cette notion recouvre notamment les tranches optionnelles (art. 77 décret « marchés publics »), les reconductions (art. 16) ou encore les prestations complémentaires (art. 30 I 7°).

**La clause de réexamen peut prendre deux formes :**

- *soit la clause est rédigée de telle manière que la survenance d'un événement précis entraîne une modification dont la teneur a été prévue dans le marché* (ex : clause de révision de prix dont la formule est déterminée dans le marché ou mise en œuvre d'une tranche optionnelle dont les conditions de déclenchement et les conséquences matérielles et financières ont été prévues).

L'acheteur peut mettre en œuvre cette clause de façon unilatérale, par courrier, puisque la modification a été acceptée lors de la signature du marché.

- *soit la clause s'apparente à une « clause de rendez-vous »*, la survenance d'un événement précis conduira le maître de l'ouvrage et l'entreprise à renégocier les termes du contrat. Le marché devra prévoir les modalités de mise en œuvre de cette négociation. L'accord de volonté sera concrétisé par un avenant.

Concernant les clauses de variation des prix, il est précisé que les dispositions de l'article L. 112-2 du code monétaire et financier s'appliquent aux marchés publics et contrats de concession. Lorsque le marché est conclu à prix révisable ou actualisable, il ne peut pas être indexé sur le salaire minimum de croissance, sur le niveau général des prix ou des salaires ou sur les prix des biens, produits ou services n'ayant pas de relation directe avec l'objet du statut ou de la convention ou avec l'activité de l'une des parties en cause.

### Les modifications sont justifiées par des prestations supplémentaires

ART. 139 2° - 140 DECRET DU 25 MARS 2016

Les conditions à respecter sont les suivantes :

- les prestations supplémentaires sont devenues nécessaires,
- elles n'entraînent pas une augmentation du marché initial supérieure à 50 %, cette limite s'applique au montant de chaque modification (\*),
- un changement de contractant :
  - serait impossible pour des raisons économiques ou techniques,
  - et présenterait un inconvénient majeur ou entraînerait une augmentation substantielle des coûts.

La Direction des affaires juridiques de Bercy rappelle à cette occasion que :

- *« les prestations supplémentaires ou modificatives commandées par ordre de service doivent faire l'objet d'une juste rémunération du titulaire, et ce dès leur début d'exécution. Les pratiques consistant à émettre un ordre de service portant sur des prestations non prévues dans le marché sans les valoriser financièrement ou de tarder dans leur valorisation doivent être rigoureusement proscrites. Elles mettent en péril la confiance indispensable entre les parties, peuvent nuire aux conditions de délivrance des prestations et peuvent entraîner l'apparition d'une action contentieuse ».*
- **l'article 14 du CCAG travaux prévoit la rémunération des prestations supplémentaires ou modificatives** dont la réalisation est nécessaire au bon achèvement de l'ouvrage et pour lesquelles le marché n'a pas prévu de prix. La fixation de prix nouveaux nécessite de respecter une procédure précise :
  - ordre de service du maître d'œuvre d'exécuter les travaux,
  - fixation de prix nouveaux provisoires, après consultation du titulaire, dans le même ordre de service ou dans un autre ordre de service intervenant au plus tard quinze jours après. Ces prix sont obligatoirement assortis d'un sous-détail, s'il s'agit de prix unitaires, ou d'une décomposition, s'il s'agit de prix forfaitaires. Ils sont appliqués pour l'établissement des décomptes. **Ils doivent permettre de rémunérer le titulaire à un niveau le plus proche possible du prix qui sera arrêté finalement,**
  - en cas de désaccord du titulaire sur les prix notifiés, il doit émettre des réserves sur l'ordre de service (dans les 15 jours) et présenter toutes les observations utiles dans le délai de 30 jours sous peine de ne plus pouvoir contester ces prix,
  - lorsque le maître de l'ouvrage et le titulaire sont d'accord pour arrêter les prix définitifs, ceux-ci font l'objet d'un avenant au marché qui doit respecter les dispositions de l'article 139 du décret « marchés publics ».

## Les modifications sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues ou imprévisibles

ART. 139 3° - 140 DECRET DU 25 MARS 2016

Selon le considérant 109 de la directive 2014/24/ UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18.CE « *Ce sont des circonstances extérieures qu'un acheteur, bien qu'ayant fait preuve d'une diligence raisonnable lors de la préparation du contrat 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* ».

Pour la DAJ de Bercy, les circonstances imprévues s'apparentent à la notion de sujétions imprévues évoquée à l'article 20 du code des marchés publics de 2006 qui recouvrait les difficultés matérielles, rencontrées en cours d'exécution d'un marché public, présentant un caractère exceptionnel, imprévisible lors de la conclusion du contrat et dont la cause est extérieure aux parties.

Toutefois, **la notion de « circonstances imprévue qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir » est plus large que l'hypothèse des sujétions techniques imprévues. Elle est également plus large que les notions de cas fortuit ou de force majeure puisque le caractère imprévisible exigé ne concerne que l'acheteur.**

La modification est limitée à 50 % du montant du marché initial et ne doit pas altérer la nature globale du contrat. Cette limite s'applique à chaque modification (\*).

## Le changement de cocontractant est permis dans certains cas

ART. 139 4° DECRET DU 25 MARS 2016

La substitution du titulaire d'un contrat par un autre opérateur économique constitue en principe une modification substantielle du contrat et ce transfert doit, par conséquent, faire l'objet d'une nouvelle mise en concurrence.

La cession d'un contrat au profit d'un nouveau titulaire est néanmoins admise dans les deux cas suivants :

- lorsqu'elle intervient en application d'une clause de réexamen ou d'une option univoque du contrat initial,
- lorsqu'elle intervient à la suite d'une opération de restructuration de société, notamment de rachat, de fusion, d'acquisition ou d'insolvabilité, assurée par un autre opérateur qui remplit les critères de sélection qualitativement établis initialement, à condition que cela n'entraîne pas d'autres modifications substantielles.

**L'accord de l'acheteur à la cession reste indispensable**, conformément à [l'avis du Conseil d'Etat en date du 8 juin 2000](#).

## Le montant des modifications est inférieur à certains seuils

ART. 139 6° DECRET DU 25 MARS 2016

La modification qui n'excède pas 15 % du montant initial du marché de travaux et ne dépasse pas le seuil de procédures formalisées, soit 5 548 000 euros, n'est pas substantielle.

En conséquence, le maître de l'ouvrage et l'entreprise peuvent conclure librement un avenant qui peut porter sur tous leurs engagements : prestations à exécuter, calendrier d'exécution ou règlement financier du marché. Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, la valeur cumulée des modifications successives majorée, le cas échéant, de la clause de variation de prix, doit être prise en compte pour apprécier si le seuil de 15 % n'est pas dépassé.

**Au-delà de ces seuils, ou si l'augmentation est d'un montant supérieur aux seuils européens, la modification ne sera pas nécessairement qualifiée de substantielle et par conséquent jugée irrégulière si elle n'entre pas dans l'une des hypothèses auxquelles la définition de la modification substantielle renvoie.**

## L'INTERDICTION DES MODIFICATIONS

### « SUBSTANTIELLES »

ART. 139 5° DECRET DU 25 MARS 2016

**Une modification est qualifiée de substantielle** si elle entre dans l'une des quatre hypothèses suivantes :

- lorsqu'elle introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou auraient permis de retenir une offre autre que celle initialement retenue,
- lorsqu'elle étend le marché, dans une mesure importante, à des services non initialement prévus,
- lorsqu'elle change l'équilibre économique du contrat en faveur du titulaire du marché, d'une manière qui n'était pas prévue dans les termes du marché initial,
- en cas de changement de cocontractant sauf hypothèse admise (art.139 4 précité).

En cas de modifications substantielles, le pouvoir adjudicateur devra résilier son contrat et relancer une nouvelle procédure de publicité et de mise en concurrence.

---

(\*) Cette limite concerne les marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs (personnes de droit public (Etat, collectivités territoriales, établissements publics...), SEM, SPL...).