

16 L'exécution des marchés publics et des concessions saisie par la concurrence : *requiem* pour la mutabilité des contrats administratifs de la commande publique

Hélène HOEPFFNER,

professeure de droit public à l'université Toulouse 1 Capitole,
Institut Maurice Hauriou

De façon novatrice, les directives s'attellent à encadrer la phase de l'exécution des contrats, en particulier les conditions dans lesquelles ceux-ci peuvent être modifiés. En dépit des apparences, la liberté des contractants d'adapter leur contrat est strictement encadrée, ce qui pose la question de savoir ce qu'il adviendra du principe de mutabilité du contrat administratif en droit français.

1 - Les dispositions des directives consacrées à l'exécution des marchés publics et des concessions constituent l'une des innovations majeures de cette réforme.

Ces dispositions ont été le fruit d'âpres négociations, opposant notamment la France, défavorable à ce que l'Union réglemente la modification des contrats¹, l'Italie qui y était favorable et la Belgique, qui estimait nécessaire de clarifier la notion de modification substantielle mais sans la codifier. Elles sont donc le résultat de compromis, comme en témoignent les différences entre les dispositions des propositions de directives² et celles adoptées. Il n'est donc guère étonnant que ces dispositions révèlent aussi bien des lacunes (notamment la suppression des dispositions relatives aux marchés passés par les concessionnaires) que des excès de rigueur. Elles nous semblent emblématiques de la tension entre la volonté de renforcer la concurrence et d'assouplir les règles juridiques en vigueur.

2 - On croit pouvoir déceler trois grandes contradictions.

La première est propre à la directive « concessions » : en dépit de la volonté affichée de « tenir dûment compte de la spécificité des concessions par rapport aux marchés publics »³, le titre relatif à l'exécution est l'exact copier-coller des dispositions applicables aux marchés publics. Il n'y a aucune spécificité pour ces contrats incomplets de longue durée.

La deuxième est générale : en dépit de la volonté affichée de simplifier le droit⁴, les directives le précisent et, par suite, le complexifient. Les articles consacrés à la modification illustrent à merveille cette tendance : ils contiennent un luxe de détails et opèrent des renvois entre alinéas. D'aucuns nous opposeront que ces précisions permettent de clarifier le droit applicable aux avenants, de définir la notion de modification essentielle d'un élément essentiel du contrat. Nous leur répondons que cette

notion n'était pas si obscure et qu'elle présentait l'avantage de permettre au juge de moduler ses solutions⁵.

La troisième contradiction est notre fil d'Ariane. Le droit de l'Union étend sa sphère d'influence. D'une main de fer, il encadre plus strictement le jeu de la concurrence en réglementant la phase de l'exécution. Mais, maniant le gant de velours, il introduit quelques assouplissements. C'est ce point qui retiendra notre attention pour les règles applicables aux modifications.

3 - Pendant longtemps, le droit de l'Union ne s'est pas préoccupé de la modification des contrats. Les directives ne contenaient guère d'indication textuelle. Tout au plus existait-il quelques prises de position de la Direction générale du marché intérieur autorisant la cession de contrat⁶ et de la Commission précisant qu'une modification substantielle doit être assimilée à un nouveau contrat⁷. La Cour de justice s'était peu prononcée⁸ avant deux arrêts retentissants du 19 juin 2008, *Presstext*⁹ et du 13 avril 2010, *Wall AG*¹⁰ posant le principe selon lequel une modification substantielle doit être requalifiée en nouveau contrat (donc être mise en concurrence). Elle avait alors considéré, contrairement à la jurisprudence française, que la cession de contrat constitue « un changement de l'un des termes essentiels du marché public concerné ».

4 - C'est dans ce contexte qu'il faut analyser les directives du 26 février 2014.

Depuis le début des années 2000, le raisonnement mené par le juge européen est identique à celui retenu en droit français. Dans le but d'assurer une continuité dans le processus condui-

1. Livre vert sur la modernisation de la politique de l'UE en matière de marchés publics, Bruxelles, 27 janv. 2011, COM (2011), 15 final.

2. PE et Cons. UE, COM/2011/896 final et 807 final ; F. Llorens et P. Soler-Couteaux : *Contrats-Marchés publ.* 2012, repère 6 ; J.-F. Kerléo : *Contrats-Marchés publ.* 2013, étude 1.

3. Pt 2, exposé des motifs.

4. Pt 2, exposé motifs, directive marchés publics.

5. H. Hoepffner, *La modification des contrats de la commande publique à l'épreuve du droit communautaire* : RFDA 2011, p. 98.

6. P. Lignières : *Dr. adm.* 2005, prat. 4.

7. Communication interprétative relative aux concessions : JOCE n° C 121, 19 avr. 2000, p. 2. – Livre vert relatif aux contrats de partenariats, COM 2004/0327, 30 avr. 2004.

8. CJCE, 5 oct. 2000, aff. C-337/98, *Comm. c/ France.* – CJCE, 27 oct. 2005, C-187/04 et C-188/04, *Comm. c/ Italie.*

9. CJCE, 19 juin 2008, aff. C-454/06, *Presstext* : *Contrats-Marchés publ.* 2008, comm. 186, W. Zimmer.

10. CJCE, 13 avr. 2010, aff. C-91/08, *Wall AG* : *JurisData* n° 2010-004178 ; *Contrats-Marchés publ.* 2010, comm. 222. – V. F. Llorens, *Les avenants aux DSP entre droit national et droit communautaire*, *Mél. E. Fatôme* : *Dalloz* 2010, p. 269.

sant de la passation d'un contrat à son exécution, il a étendu la logique concurrentielle du stade de la passation à celui de l'exécution. Il a encadré la liberté des parties de modifier le contrat afin que cette modification ne devienne pas un instrument de contournement des règles de mise en concurrence. Ce principe général commun au droit européen et français est désormais « codifié » dans les directives. Celles-ci consacrent expressément la liberté d'adapter les contrats. Elles semblent même l'étendre. Cette libéralisation n'est cependant qu'un faux-semblant. Aussitôt consacrée (1), la mutabilité est muselée (2) par des contraintes dont l'utilité reste encore à démontrer.

1. La mutabilité consacrée

5 - Du point de vue théorique, les directives n'innovent pas : elles codifient des principes jurisprudentiels établis. Elles consacrent la liberté d'adapter un contrat au cours de son exécution (A). Du point de vue pratique en revanche, elles semblent assouplir le carcan dans lequel la modification avait été enfermée. Elles précisent et multiplient les hypothèses où la modification est autorisée. Elles remettent en cause certaines solutions jurisprudentielles (B).

A. - La codification des principes jurisprudentiels

6 - Le principe demeure qu'il doit être possible d'apporter au contrat – de droit privé ou administratif – des modifications non substantielles, sans procéder à une nouvelle procédure de mise en concurrence. Par suite, les articles relatifs à la modification commencent – logiquement – par lister les différentes hypothèses où la modification est autorisée¹¹. Ces articles fixent ensuite la limite de cette liberté. Ils définissent la modification substantielle (c'est-à-dire le nouveau contrat), énumèrent les hypothèses auxquelles cette définition renvoie¹², puis précisent la conséquence : l'obligation de remise en concurrence¹³. Les deux principes jurisprudentiels sont donc maintenus : une modification substantielle doit être requalifiée en nouveau contrat ; elle fait l'objet d'une mise en concurrence.

7 - **L'identification de la modification substantielle.** – La définition de la modification substantielle, c'est-à-dire du nouveau marché, figure au 4^e alinéa desdits articles : « une modification d'un marché (...) en cours est considérée comme substantielle (...) lorsqu'elle (le) rend sensiblement différent par nature de celui conclu au départ ». On retrouve à travers ces lignes le raisonnement mené par le Cour de justice et, en droit interne, par le juge administratif¹⁴ : la modification a un effet novatoire et se transforme en nouveau contrat lorsque des « modifications substantielles » sont apportées aux « dispositions essentielles du contrat »¹⁵.

8 - Parce qu'il a souvent été reproché (à tort ?) à cette expression d'être obscure, les directives précisent les hypothèses où une modification doit être considérée comme substantielle.

Les trois premières visent des modifications du contenu du contrat : « a) elle introduit des conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure initiale de passation de marché, auraient permis l'admission d'autres candidats que ceux retenus initialement ou l'acceptation d'une offre autre que celle initialement acceptée ou auraient attiré davantage de participants à la

procédure de passation de marché »¹⁶ ; « b) elle modifie l'équilibre économique du marché en faveur du contractant d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché initial »¹⁷ ; « c) elle élargit considérablement le champ d'application du marché » (innovation). La dernière vise la modification de l'identité de l'un des cocontractants : « d) lorsqu'un nouveau contractant remplace celui auquel le pouvoir adjudicateur a initialement attribué le marché dans d'autres cas que ceux prévus au § 1 ».¹⁸

9 - Même si les termes sont différents, on retrouve ici, en filigrane, les critères du nouveau contrat utilisés par le juge administratif depuis les années 1980 : celui du nouvel objet (ou de la dissociabilité des prestations ajoutées) et celui du bouleversement de l'économie générale du contrat initial. On ne peut cependant s'empêcher de constater que, sous couvert de volonté de précision et de clarification, la directive introduit de nouvelles incertitudes. La multiplication des détails ne permet guère d'éclairer la définition du nouveau contrat. Qu'est-ce, par exemple, qu'un élargissement considérable du champ d'application du contrat initial ? Un élargissement géographique ? matériel ? organique ? Comment faut-il comprendre, autre exemple, la formule « en tout état de cause, sans préjudice des paragraphes 1 et 2 » ? Elle est contradictoire : soit la modification est considérée comme substantielle « en tout état de cause », c'est-à-dire qu'elle est toujours substantielle ; soit elle n'est au contraire pas considérée comme substantielle, même si elle répond à la définition énoncée et aux hypothèses visées au paragraphe 4 car elle rentre dans les hypothèses de modifications non substantielles visées aux paragraphes 1 et 2. Comment peut-on apprécier, pour un contrat de longue durée (ex. 30 ans), si une modification intervenue à mi-parcours, aurait permis la candidature d'autres candidats ou la présentation d'autres offres ?

10 - **La mise en concurrence du nouveau contrat.** – La conséquence de la modification substantielle est précisée au 5^e alinéa des mêmes articles : « une nouvelle procédure de passation de marché, conformément à la présente directive est requise ». Autrement dit, il y a lieu de mettre en concurrence l'avenant (ou tout autre acte) matérialisant la modification. Là encore, il ne s'agit que d'une codification de la jurisprudence¹⁹.

11 - Ces dispositions doivent être rapprochées de celles relatives à la résiliation du contrat²⁰. Les pouvoirs adjudicateurs doivent avoir la possibilité de résilier un contrat dans trois cas au moins dont celui où le marché a fait l'objet d'une modification irrégulière. Certes, le pouvoir de résiliation unilatérale pour motif d'intérêt général reconnu à l'Administration couvre déjà largement ces hypothèses. Mais il conviendra de l'étendre aux marchés publics de droit privé. Il conviendra en outre de transposer ces impératifs au contentieux contractuel dans la mesure où, depuis la rénovation de l'office du juge du contrat qui tend désormais à assurer la stabilité des relations contractuelles, une illégalité n'est plus nécessairement censurée par la résiliation du contrat.

B. - La libéralisation des solutions jurisprudentielles

12 - Les directives innovent en listant les modifications non substantielles autorisées sans mise en concurrence ; c'est-à-dire en donnant une définition énumérative de la modification. Elles innovent également dans la mesure où cette liste semble être plus longue que celle qui pouvait antérieurement être établie à

11. Dir. 2014/24/UE, art. 70 et Dir. 2014/23/UE, art. 43.

12. Dir. 2014/24/UE, art. 70, al. 4.

13. Dir. 2014/23/UE, art. 43, al. 5.

14. CE, sect., 11 juill. 2008, n° 312354, Ville de Paris : JurisData n° 2008-073859 ; Contrats-Marchés publ. 2008, comm. 187, J.-P. Pietri.

15. CJCE, préc., Wall AG, pt 37.

16. CJCE, Pessetext, préc., pt 35. - Wall AG, préc., pt 38.

17. CJCE, Pessetext, préc., pt 37.

18. CJCE, Pessetext, préc., pt 40.

19. CJCE, Pessetext, préc., pt 34.

20. Dir. 2014/24/UE, art. 71 ; Dir. 2014/23/UE, art. 44.

partir de la jurisprudence. En ce sens, elles semblent plus libérales.

13 - **Encourager l'anticipation.** – L'assouplissement des contraintes se manifeste d'abord par l'autorisation des modifications qui « quelle que soit leur valeur monétaire, ont été prévues dans les documents de marchés initiaux sous la forme de clauses de réexamen, dont des clauses de révision du prix ou d'options », à condition toutefois que d'une part, ces clauses soient « claires, précises et univoques », qu'elles indiquent le champ d'application et la nature des modifications éventuelles et les conditions dans lesquelles elles peuvent être opérées et d'autre part, qu'elles ne permettent pas de « modifications qui changeraient la nature globale du marché ». Ces clauses de réexamen – comme semblait déjà l'admettre la jurisprudence *Pressetext* dans des termes équivoques – permettent notamment de céder librement le contrat à un tiers, sans qu'il soit nécessaire que l'identité du cessionnaire soit connue lors de la signature du contrat initial. Incontestablement, ces dispositions permettent aux parties de faire évoluer leur contrat dans de plus larges proportions que ce qu'autorise le droit commun des avenants. Transposées, elles devraient conduire à généraliser les pratiques existant dans les contrats de partenariats.

14 - **Admettre l'existence d'aléas.** – L'assouplissement des contraintes se manifeste ensuite par la longue énumération des hypothèses – variées – où la modification est autorisée.

Sont d'abord autorisées certaines modifications du **contenu du contrat** :

- les modifications non substantielles²¹, c'est-à-dire les modifications qui ne rendent pas le contrat sensiblement différent par nature de celui conclu au départ²².

- les modifications n'entraînant pas un changement de la nature globale du contrat et dont le montant ne dépasse pas les seuils d'application de la directive et 10 % de la valeur du marché initial pour les marchés de services et de fournitures et les concessions et 15 % de la valeur du marché initial pour les marchés de travaux²³, étant précisé qu'en cas de pluralité de modifications, cette limite s'applique à la valeur cumulée des modifications successives ;

- les prestations supplémentaires devenues nécessaires, dans la mesure où elle n'entraîne pas une augmentation du prix supérieure à 50 % (cette limite s'appliquant à la valeur de chaque modification en cas de pluralité de modifications) à deux conditions cumulatives : « lorsqu'un changement de contractant est impossible pour des raisons économiques ou techniques telles que l'obligation d'interchangeabilité ou d'interopérabilité avec les équipements, services existants achetés dans le cadre du marché initial et présenterait un inconvénient majeur ou entraînerait une augmentation substantielle des coûts pour le pouvoir adjudicateur »²⁴ ;

- les modifications rendues nécessaires par des circonstances imprévisibles à condition toutefois que la modification ne change pas la nature globale du marché. N'a en revanche finalement pas été retenue la disposition qui aurait couvert ce qui, en droit français, doit être qualifié de fait du prince : la modification aurait été possible « si cette situation résulte de la restauration de l'équilibre économique et financier de la concession

après des perturbations causées par des actions du pouvoir adjudicateur »²⁵.

Est ensuite autorisée, la modification de l'**identité du cocontractant**, c'est-à-dire la cession de contrat, dans trois cas :

- en application d'une clause de réexamen (il n'est pas précisé que l'identité du cessionnaire figure dans cette clause ; seul le principe de la cession doit avoir été prévu) ;

- 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 soustraire à l'application de la présente directive (cette précision pourrait viser les opérations de restructuration qui ne se rattachent pas à l'activité générale de l'entreprise mais aurait spécifiquement pour objet de lui substituer un autre partenaire contractuel) ; on soulignera que les hypothèses visent des opérations emportant disparition de l'entreprise contractante mais aussi des opérations de simple restructuration interne, qui n'emportent donc pas cession de contrat ;

- et dans le cas où le pouvoir adjudicateur lui-même assume les obligations du contractant principal à l'égard de ses sous-traitants ; on soulignera ici le caractère obscur de la disposition, qui ne peut être éclairé par les travaux préparatoires : le but est-il de permettre au pouvoir adjudicateur de reprendre le contrat ?

Même si cette position reste plus contraignante que la jurisprudence française qui admet que la cession de contrat a un effet purement translatif et qu'elle n'est donc subordonnée qu'à la seule obtention d'une autorisation de cession émanant du cédé (condition qui n'est nullement exigée par les directives), il y a un assouplissement par rapport à la jurisprudence *Pressetext*.

15 - Manifestement, il souffle un vent de libéralisme. Les critiques adressées à la jurisprudence semblent avoir été entendues. En témoigne la prise en compte des situations imprévues qui rappellent l'exception française des sujétions techniques imprévues. En témoigne également l'introduction d'exceptions à l'interdiction de la cession de contrat et en particulier la prise en compte des restructurations d'entreprises, fait courant de la vie des affaires. En témoigne également l'autorisation de fournir des prestations supplémentaires devenues nécessaires. En droit des marchés publics français, ces dispositions renvoient à une hypothèse connue : celle des marchés pour prestations supplémentaires. En matière de concessions en revanche, elles semblent plus libérales que le droit français : combinées aux dispositions relatives à la durée, elles devraient permettre de réhabiliter la technique de l'adossement consistant à financer la construction d'une nouvelle section d'autoroute non rentable par la prolongation d'une concession existante au-delà de la durée nécessaire à l'amortissement des ouvrages réalisés²⁶.

16 - On ne peut pourtant s'empêcher de se voir dans la réforme que des avancées en demi-teinte. Les règles sont bien sûr plus précises que celles en vigueur : mais sont-elles véritablement plus claires ? Les hypothèses où la modification est autorisée sont plus nombreuses mais la mutabilité est-elle véritablement considérée à son juste titre, c'est-à-dire comme un élément de la vie (voire de la survie) du contrat ? Nous en doutons. À travers ces dispositions, il nous semble que la modification est sujette à caution.

21. Au sens de al. 4.

22. *Dir. 2014/24/UE*, art. 72 ou *Dir. 2014/23/UE*, art. 42, al. 1, e.

23. *Dir. 2014/24/UE*, art. 72, § 2.

24. *Dir. 2014/24/UE*, art. 72, § 1, b.

25. *Avis de la commission de l'industrie, de la recherche et de l'énergie*, 8 nov. 2012.

26. *Comp. CE*, avis, 16 sept. 1999, n° 362908 : *BJCP* 2000, p. 199.

2. La mutabilité muselée

17 - Suspectée d'avoir un effet novatoire, la modification fait l'objet d'un encadrement draconien qui risque de mettre en cause les principes de la mutabilité et de l'imprévision (A). Or on ne saurait l'admettre que si l'efficacité du dispositif pour garantir la concurrence était avérée ce dont on peut légitimement douter. (B)

A. - La multiplication des contraintes

18 - En dépit des apparences, les directives multiplient les contraintes aux fins de limiter la liberté des parties d'adapter leur contrat.

Ces contraintes sont d'abord **procédurales** : les modifications rendues nécessaires par des circonstances imprévisibles ou par des raisons économiques et techniques doivent faire l'objet d'un avis publié au *JOUE*. On suppose que cette contrainte est justifiée par la volonté de permettre aux tiers d'avoir connaissance des modifications et, le cas échéant, d'engager un contentieux. Encore faudrait-il, en droit interne, que leur recours soit recevable : ce n'est pour l'instant pas le cas du recours *Tropic*²⁷ (qui ne peut être exercé contre un avenant), ni du recours pour excès de pouvoir (qui ne peut être exercé contre des ordres de service).

Ces contraintes sont ensuite **matérielles**. Les directives – par souci de précision – fixent des seuils au-delà desquels la modification est jugée substantielle : 15 % de la valeur du marché initial pour des travaux ; 10 % de la valeur de la concession ou du marché initial pour des services ou des fournitures. Certes, cette disposition est plus libérale que celle qui avait été proposée par la Commission en 2011 : le seuil retenu était de 5 %. Elle n'en reste pas moins plus rigide que la jurisprudence française en matière d'avenant qui ne fixe pas de seuil précis et retient un seuil aux alentours de 15-20 %. L'introduction d'un seuil fixe – gage de précision – est-elle réellement plus avantageuse qu'une expression (modification substantielle d'un élément essentiel) comportant quelques zones d'ombres ? Il nous semble que pour les concessions au moins (en particulier de services), un seuil plus élevé aurait été justifié. Plus grave encore, un seuil est fixé en cas d'imprévision : même dans des circonstances imprévisibles, la modification ne peut pas entraîner une augmentation du prix de plus de 50 % de la valeur initiale du contrat.

19 - Ce faisant, il nous semble que les directives mettent à mal deux théories qui font la spécificité du contrat administratif : la mutabilité et l'imprévision. L'avenir de la modification du contrat administratif semble en effet résider dans sa contractualisation : seules les clauses de réexamen garantissent l'adaptabilité du contrat. Le droit de l'Union incite les parties à stipuler des clauses

d'adaptation. Certes, cela ne devrait pas aboutir à des changements de grande ampleur puisque la pratique consistant à insérer de telles clauses s'est développée dès la fin du XIX^e siècle pour les marchés publics et les concessions. Mais cette contractualisation pose la question de savoir ce qu'il adviendra du pouvoir de modification unilatérale qui existe – par définition – en dehors de toute stipulation contractuelle. Or se poser cette question c'est aussi se poser celle de l'avenir du contrat administratif qui précisément se caractérise par sa mutabilité.

B. - L'inutilité des contraintes

20 - Certes, ces contraintes garantissent l'égalité de traitement des entreprises et permettent à l'Administration de se comporter en consommateur avisé, recherchant le meilleur rapport qualité-prix. Mais on doute de leur efficacité réelle. La mise en concurrence d'un avenant ou, le cas échéant, la remise en concurrence intégrale du contrat modifié apparaissent comme des solutions coûteuses. En effet, s'il est juridiquement possible de remettre en concurrence les prestations complémentaires, une telle mise en concurrence paraît en pratique difficilement concevable : il est douteux qu'une entreprise tierce puisse proposer une meilleure offre que le titulaire en place du contrat. Il paraît même peu probable que d'autres entreprises se portent candidates à une telle compétition car, à l'occasion de la mise en concurrence de l'avenant, il existerait *ipso facto* un déséquilibre certain entre le candidat en charge du contrat initial et le candidat au nouveau contrat, le premier détenant seul des informations exhaustives sur les conditions d'exécution du contrat et bénéficiant d'un avantage financier certain en raison des prestations déjà réalisées. De surcroît, dans l'hypothèse où une entreprise tierce obtiendrait néanmoins la convention complémentaire, il faudrait ensuite imaginer les conséquences d'une co-réalisation des prestations par deux entreprises en concurrence.

21 - On est tenté de conclure : tout ça, pour ça ! et de finir par une question : la souplesse offerte par l'interdiction de modifier substantiellement un élément essentiel du contrat n'était-elle pas préférable ? Elle permettrait aux tribunaux de sanctionner des comportements frauduleux ou manifestement abusifs, pouvoir qu'ils auraient pu asseoir sur l'article 4 consacrant un principe d'interdiction de la fraude. Elle permettrait surtout de garantir que le contrat administratif soit un « système global animé d'une vie particulière »²⁸, qu'il soit, comme tout contrat, « chose vivante » (Demogue).

Mots-Clés : Droit de l'Union européenne - Directives marchés publics et concessions - Concurrence - Mutabilité des contrats administratifs

27. TA Cergy, 17 sept. 2013, n° 1201769, Sté DTP21 : *JurisData* n° 2013-022151 ; *Contrats-Marchés publ.* 2013, comm. 296.

28. *Traité des contrats administratifs* : LGDJ 1983, t. 1, p. 699.