

# **Clauses de modifications des contrats publics**

## **Introduction générale**

**Ces clauses sont valables tant pour les marchés publics que les contrats de concession, des dispositions applicables aux clauses de modification des contrats issues des directives 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concess.**

**L'article 139 du décret relatif aux marchés publics dispose que : « Le marché public peut être modifié (...) Lorsque les modifications, quel qu'en soit leur montant, ont été prévues dans les documents contractuels initiaux sous la forme de clauses de réexamen, dont des clauses de variation du prix ou d'options claires, précises et sans équivoque. 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 (...) ».**

La contractualisation serait « l'avenir de la modification du contrat administratif » : sa justification est non seulement opportuniste mais aussi conforme aux principes essentiels de la commande publique et du service public

La liberté contractuelle des parties y est valorisée : il est donné toute confiance à la capacité des parties de déterminer elles-mêmes, lors de la formation du contrat, les conditions permettant de résoudre les difficultés à venir lors de l'exécution du contrat, au détriment du pouvoir de modification unilatérale réservé au cocontractant public.

Elle encourage donc les parties à définir plus précisément le besoin de la personne publique dès la signature du contrat.

D'une façon générale, les clauses de modification du contrat ne peuvent déroger au principe d'interdiction de « changer la nature globale » d'un marché public ou d'un contrat de concession

Si la question se pose encore de savoir si la notion de « nature globale » correspond à la qualification du contrat (marché public ou concession) ou à l'un de ses éléments essentiels (objet, durée et prix) ou les deux,

il est possible de considérer que l'interdiction de changer la nature du contrat correspond en réalité à celle de modifier substantiellement un contrat au sens de la jurisprudence administrative.

La force obligatoire du contrat impose aux parties de respecter une clause de modification lorsqu'elle est valide.

Ainsi, le Conseil d'État a déjà jugé que la délibération d'une autorité concédante, visant à contraindre son concessionnaire de respecter la procédure de révision du tarif prévue par le contrat initial, n'est pas une décision unilatérale susceptible d'engager sa responsabilité

Le recours aux clauses de modification ne devrait être, ni systématique, ni illimité dans la mesure où les textes l'encadrent afin que les pouvoirs adjudicateur ne puissent avoir « toute latitude en la matière ».

D'une façon générale, les clauses de modification du contrat ne peuvent déroger au principe d'interdiction de "changer la nature globale » d'un marché public ou d'un contrat de concession

Si la question se pose encore de savoir si la notion de « nature globale » correspond à la qualification du contrat (marché public ou concession) ou à l'un de ses éléments essentiels (objet, durée et prix) ou les deux, il est possible de considérer que l'interdiction de changer la nature du contrat correspond en réalité à celle de modifier substantiellement un contrat au sens de la jurisprudence administrative

Nature des modifications :  
Cas d'une concession par exemple

la clause doit identifier l'aspect essentiel sur lequel porte la modification envisagée (par exemple : niveau des investissements, tarifs payés par les usagers, des redevances dues aux concédant, etc.).

Pour l'hypothèse d'une clause de cession du contrat, la modification portera sur l'identité du cocontractant, c'est-à-dire sur les caractéristiques que le futur cocontractant devra présenter.

La contractualisation anticipée des modifications du contrat étant consacrée, on est tenté de croire à l'utilité de son recours en toutes circonstances.

Restreint par des conditions strictes de validité, cette tentation ne se fera pas aussi forte, et le juge administratif pourrait, soit durcir ces conditions face à l'« inflation de clauses » de modification, soit les assouplir pour ne pas paralyser l'application des textes

Il conviendra également de déterminer à quel moment une clause de modification du contrat doit être proposée au cours de sa procédure d'attribution.

Plus la clause envisage une modification d'envergure, plus cette clause devra être proposée, au moins dans son principe, le plus tôt possible dans le cadre de la procédure d'attribution du contrat (dans l'avis de publicité ou les documents de consultation).

Lorsque la clause prévoit des options, celles-ci devront être définies de manière « claires, précises et sans équivoque ».

.  
Il s'agit ici d'appliquer le contrat, et non pas de le renégocier, par le moyen d'un avenant à conclure entre les parties et portant sur l'une des options envisagées par une clause de modification. Ainsi, l'avenant, s'il est vraiment nécessaire, n'intervient que pour entériner les choix et modalités d'application fixés initialement dans la clause de modification.

Si la clarté et le caractère non équivoque d'une stipulation contractuelle ne devraient être contrôlés par le juge du contrat que si ces derniers font particulièrement défaut, la précision est quant à elle, selon nous, un critère sur lequel le juge portera une attention plus particulière. La rédaction traditionnelle des clauses de « revoyure » ou de « rendez-vous » devra désormais s'habituer à plus de rigueur.