

## La conclusion d'un avenant au marché



En cours d'exécution, des modifications tenant notamment à la consistance des prestations ou aux modalités d'exécution du marché peuvent s'avérer nécessaires. Il y a alors lieu de conclure un avenant au marché.

L'article 20 du Code des marchés publics dispose qu'« en cas de sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, un avenant ou une décision de poursuivre peut intervenir quel que soit le montant de la modification en résultant. Dans tous les autres cas, un avenant ou une décision de poursuivre ne peut bouleverser l'économie du marché, ni en changer l'objet ».

Il vise deux situations différentes :

- l'existence de sujétions imprévues qui permettent aux parties de conclure librement un avenant quel qu'en soit le montant ;
- les autres cas, où la possibilité de conclure un avenant est limitée, celui-ci ne devant pas bouleverser l'économie du marché ou en changer l'objet.

L'avenant ne fait pas naître un nouveau contrat. Il modifie le contrat antérieur et ne peut présenter des caractéristiques substantiellement différentes du marché initial. Sont illégaux les avenants qui constituent en réalité de nouveaux contrats (CE, 28 juillet 1995, Préfet de la région Ile-de-France).

La CJCE (CJUE, 19 juin 2008, Presstext Narichtenagentur, affaire C 454/06) précise que la modification d'un marché public en cours de validité peut être considérée comme substantielle :

- 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 de l'adjudicataire du marché, d'une manière qui n'était pas prévue dans les termes du marché initial.

Lorsqu'il y a modification substantielle, on relève une intention des parties différentes du contrat initial, d'où la nécessité de procéder à une nouvelle mise en concurrence.

### 1 L'OBJET DE L'AVENANT

L'objet de l'avenant est de modifier certaines dispositions du contrat.

#### A. Les avenants modifiant les obligations du marché

- La modification de la mission de maîtrise d'œuvre : l'article 2-1 de la loi MOP du 12 juillet 1985 prévoit qu'un avenant prend en compte les évolutions de programme et de l'enveloppe financière prévisionnelle

consécutives à leur modification pendant les études d'avant-projet.

- La modification des délais : pas de problème lorsque les retards ne sont pas imputables au titulaire ; mais, s'il s'agit d'une faveur accordée au titulaire défaillant, alors que les délais étaient un critère de choix, la validité de l'avenant peut se discuter, car cela remet en cause les conditions de la mise en concurrence.
- La modification du prix : dans certains cas, un avenant est obligatoire (par exemple pour fixer le prix définitif d'un marché à prix provisoire).
- Le versement d'indemnités : un avenant peut fixer la responsabilité d'une partie, notamment en raison de sujétions imprévues, d'imprévision ou du fait du prince.

#### B. Les avenants consacrant un changement de statuts

- Un changement de statut de la partie privée : soit la personne morale est conservée, soit elle est perdue. Si elle est perdue, l'avenant équivaut à une cession de contrat.
- Une scission ou fusion des sociétés : la fusion ou la scission entraîne la dissolution sans liquidation des sociétés qui disparaissent. Cela implique un changement de plein droit du titulaire du marché par avenant.

#### C. Les avenants prenant acte de modifications affectant les parties

Il peut s'agir d'un changement de domiciliation, de siège social, de références bancaires, etc.

#### D. L'avenant concernant divers objets

- la réalisation de prestations supplémentaires ;
- la modification de la rémunération ;
- la modification des conditions d'exécution de la prestation ;
- la modification de la durée.

La modification peut également porter sur le calendrier d'exécution ou sur le règlement financier du marché.

Les modifications affectant la personne du titulaire du marché doivent donner lieu, dans certains cas, à la passation d'un avenant. On peut citer le décès du cocontractant, l'apport du marché par son titulaire à une société, la disparition de l'entreprise titulaire aboutissant à la création d'une société nouvelle.

Il n'est pas nécessaire en cas de reprise du contrat par l'administrateur judiciaire, lorsque l'entreprise fait l'objet

→

## La conclusion d'un avenant au marché

→ d'une procédure collective. L'avenant doit être notifié avant l'exécution des prestations supplémentaires.

### 2 LES LIMITES DU RECOURS AUX AVENANTS

L'avenant ne peut bouleverser l'économie du marché ou en changer l'objet, sauf cas de sujétions imprévues. La notion d'économie ne renvoie pas uniquement aux clauses financières du contrat, mais à son équilibre général.

Il n'y a pas textuellement de pourcentage défini du bouleversement de l'économie du marché, car chaque marché est autonome. Aussi, le seuil communément admis est de 15 à 20 % ou plus du prix du marché. L'appréciation du seuil intervient au cas par cas (TA Cergy, 23 janvier 2001, Préfet de Seine-Saint-Denis, CAA Douai, 17 mai 2000, Commune de Lens).

Il n'est pas rare que plusieurs avenants soient nécessaires et soient conclus. Dans ce cas, le bouleversement de l'économie générale du contrat est apprécié au regard de l'ensemble des avenants passés.

Il y a lieu de cumuler tous les avenants, notamment afin d'apprécier le franchissement du seuil. Le cumul de plusieurs avenants ne doit pas venir modifier le montant du marché de telle sorte que les seuils de passation soient dépassés (TA Melun, 4 décembre 2001, Préfet du Val-de-Marne).

L'avenant doit avoir également le même objet que le marché et ne tendre qu'à la poursuite de l'exécution des prestations initialement prévues par celui-ci. Il ne doit pas avoir pour conséquence de modifier l'objet du marché.

La jurisprudence se montre toutefois relativement souple dans le cas où il n'y a pas de changement absolu (CAA Bordeaux, 7 mars 2006, SCP Dubosc et Landowski, n° 02BX01468). La cour relève que l'architecture, l'organisation et les superficies du projet sont comparables et en conclut que l'objet du contrat ne s'est pas trouvé changé par l'avenant. L'avenant doit avoir un lien avec l'objet initial du marché. L'avenant sans lien avec le marché est illégal (CE, 28 juillet 1995, Préfet d'Ile-de-France/Société Jeanne d'Arc).

Dès lors qu'un marché bouleverse l'économie du marché ou modifie l'objet ou est sans lien avec son objet, il y a modification substantielle du contrat. Si tel est le cas, il est impératif de conclure un nouveau marché avec nouvelle mise en concurrence. Il existe néanmoins une exception à cette règle, en cas de « sujétions techniques imprévues » ne résultant pas du fait des parties (CE, 30 juillet 2003, Commune de Lens). La survenance d'une telle sujétion autorise à bouleverser l'économie du marché. Elle doit être exceptionnelle et imprévisible. L'avenant peut ainsi intervenir sans avoir à se soucier du montant de la modification. On peut citer l'état du sous-sol ou un aléa climatique.

Dans une décision du 19 janvier 2011, le Conseil d'Etat pose le principe selon lequel il faut évaluer les effets d'un avenant non pas au regard du seul lot concerné mais au regard de l'ensemble du marché. Les effets des avenants sur les marchés auxquels ils se rapportent doivent être ainsi appréciés au regard de la hausse du prix global qui en résulte.

### 3 LES CONDITIONS PROCÉDURALES

La commission d'appel d'offres est obligatoirement consultée sur tout projet d'avenant qui entraîne une augmentation du montant global du marché de travaux, de fournitures ou de services de plus de 5 %. L'assemblée délibérante, qui statue sur le projet d'avenant, doit être préalablement informée de cet avis. Il s'agit d'un avis simple qui ne lie pas l'assemblée délibérante. Toutefois, l'omission d'un tel avis entraîne l'irrégularité de l'avenant dès lors qu'il est requis.

La consultation de la commission d'appel d'offres n'est pas utile pour les marchés qui ne sont pas soumis à formalisme (TA Strasbourg, 20 juin 2006, Mothern/Commune de Walenheim). La loi du 20 décembre 2007 confirme cette solution. La commission d'appel d'offres n'a pas à intervenir en procédure adaptée.

En principe, l'assemblée délibérante statue pour autoriser la signature de l'avenant. La loi du 17 février 2009 autorise l'assemblée délibérante à déléguer ses compétences à l'exécutif pour prendre toutes décisions concernant la préparation, la passation, l'exécution et le règlement des marchés et des accords cadres, ainsi que toutes décisions concernant leurs avenants lorsque les crédits sont inscrits au budget (article L. 2122-22-4° du CGCT).

### 4 L'AVENANT ET LA RÉCEPTION DES TRAVAUX

La réception des travaux<sup>1</sup> ne s'oppose pas à ce qu'un avenant soit conclu ultérieurement. Un avenant régularisant des opérations antérieures à la réception des travaux peut être passé entre la réception et l'établissement du décompte global et définitif (CAA Paris, 8 mai 2006, Société Axima, n° 03PA00115).

Un avenant postérieur à l'expiration du marché, intervenant après la réception définitive des travaux, est valide (CE, 8 décembre 1976, Entreprise du Littoral Nord). Il n'est toutefois pas possible de conclure un avenant lorsque tout à la fois la réception a été prononcée et le décompte général établi de manière définitive.

### 5 LE CONTRÔLE DE L'AVENANT

Le préfet, s'il constate une irrégularité au niveau de l'avenant, peut saisir le juge administratif à l'occasion d'un déféré préfectoral. Lorsque le juge est saisi d'un avenant, toute remise en cause du marché initial est en principe impossible car les délais de recours contre celui-ci sont écoulés, donc seul l'avenant peut être sanctionné par le juge (CE, 30 janvier 1991, Préfet de la Seine-Saint-Denis/Ed. Messidor). ♦

**Stéphane Brunella**  
Directeur général des services

**NOTE** 1. Voir aussi la fiche technique, « La procédure de réception des travaux », *Journal des Maires*, janvier 2013, p. 51-52.