



La mutabilité du contrat public

Commentaire d'arrêt publié le 17/01/2023, vu 5710 fois, Auteur : [Droit public des affaires by Florent Cedziollo](#)

Que reste-t-il de la mutabilité du contrat administratif aujourd'hui ?

« **Que reste-t-il de la mutabilité du contrat administratif aujourd'hui ?** »

Demogue énonçait que « le contrat qui est chose vivante ne peut être absolument rigide. Vivre, c'est transformer en restant dans une certaine direction générale ». Néanmoins, cette affirmation doit être nuancée dans la mesure où la question de la mutabilité du contrat administratif aujourd'hui fait l'objet d'une remise en cause, notamment à l'aune du Droit de l'Union européenne. Son encadrement a ainsi connu une évolution, dans la mesure où le droit cherche dorénavant à concilier l'objectif de protection de la concurrence à travers l'exécution, avec les objectifs d'intérêt général que peut poursuivre l'administration. En effet, « la logique concurrentielle s'est (...) diffusée de la phase de la passation du contrat à celle de son exécution » (**H. Hoepffner**).

Le contrat, cet « accord entre une ou plusieurs parties destinées à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations » (**article 1101 du code civil**), apparaît comme l'acte de prévision par excellence (**Bécuyer**). Or, il n'est pas un lien juridique figé, et subit les évolutions liées au temps, notamment en ce qui concerne les conditions économiques, politiques et sociales, ou les besoins des parties. Comme le souligne le **Professeur Hoepffner**, « de fait, sa stabilité est subordonnée à son adaptation qui permet de le faire échapper à l'anéantissement ». Or, le contrat administratif, qui « désigne les contrats généralement conclus par des personnes publiques qui, en vertu d'une qualification législative ou de l'application de critères jurisprudentiels, sont soumis à un régime juridique spécial, présenté comme « exorbitant du droit commun » » (**H. Hoepffner**), se vit « étouffé toute idée contractuelle » par la doctrine (**Drago**), en raison des pouvoirs reconnus à l'administration en cours d'exécution. Certains auteurs ont été jusqu'à établir un parallèle entre les règles applicables aux actes unilatéraux et aux contrats, en démontrant que le principe de mutabilité permettait à l'administration de modifier tout acte juridique pour l'adapter aux exigences de l'intérêt général, sous réserve de garantir l'équilibre financier au titulaire d'un contrat et de préserver les droits du titulaire d'un acte unilatéral. Or, le régime exorbitant applicable au contrat administratif est uniquement un aménagement de l'accord de volontés qui ne remet pas en cause sa nature. La justification de ce régime exorbitant est d'ailleurs reconnu également sur le plan international (**Sentence arbitrale du 24 juillet 1930, USA c/ Guatemala** par exemple).

En fait, il existe différentes formes de modifications contractuelles, bien que leur régime ait été unifié par la transposition des directives de 2014. La mutabilité désigne ainsi toutes ces formes de modifications, qui permettent aux parties conventionnellement ou unilatéralement (selon les conditions imposées par les textes ou la jurisprudence), aux juges parfois également, voire à une autorité de régulation, de modifier soit le contenu du contrat, soit l'une des parties au contrat. En effet, certaines modifications peuvent prendre la forme de l'intervention d'une règle de droit nouvelle, par exemple une loi pour « motif d'intérêt général suffisant » (**DC, 10 juin 1998**).

D'autres, résultent d'un accord contractuel soit a priori (**CE, 22 nov. 1907, Sieur Coste** : clause du contrat), soit a posteriori (**CE, avis, 19 avr. 2005** : avenant). Le juge peut également modifier le contrat, s'il se fonde sur un tel pouvoir reconnu par la loi (**CE, 29 déc. 2008. OPHLM de Puteaux** : modification d'une clause pénale manifestement excessive ou dérisoire avec l'**article 1171 du code civil**) ou la jurisprudence. Enfin, l'administration s'est également vu reconnaître depuis longtemps un pouvoir de modification unilatérale pour motif d'intérêt général (**CE, 17 mars 1864, Paul Dupont ; CE, 10 janvier 1902 Cie nouvelle du gaz de Déville-lès-Rouen ou CE, 11 mars 1910, Cie Gén. Franç. des tramways** : il a été systématisé sous la forme de principes à la suite de ces deux arrêts). Ce « pouvoir pour l'administration contractuelle de modifier les termes de la convention en vertu de ses prérogatives contractuelles » (**Llorens**), a mis en avant le caractère exorbitant du contrat administratif et caractérise le déséquilibre structurel entre les parties au profit de l'administration au point que la doctrine s'est interrogée sur l'atteinte qu'il peut porter au principe de la force obligatoire du contrat.

Néanmoins, cette spécificité du contrat administratif n'est plus dans le sens de l'histoire, et c'est bien là l'intérêt du sujet qui nous est proposé, dont le « aujourd'hui » met bien en avant cette évolution. En effet, historiquement, la phase d'exécution contractuelle n'a guère été encadrée en droit public, mais davantage par le contrat lui-même (CCAG ou CCAP) et par les « règles générales applicables aux contrats administratifs » (**CE, 2 février 1983, Union des transports publics urbains et régionaux**), qui comprennent notamment « le principe de mutabilité » (**CE, ass., 8 avr. 2009, Compagnie générale des eaux, Commune d'Olivet**). Ce qui l'opposait à la passation des contrats administratifs fortement réglementée depuis longtemps. Or, ces dernières années, sous l'influence croissante du droit de l'Union européenne (et des principes fondamentaux de la commande publique qui y sont liés (**DC, 26 juin 2003**)), les différentes réformes tentent d'accroître la prévisibilité et la transparence de ces modifications contractuelles (**Livre Vert de la Commission : Les marchés publics dans l'Union européenne**). C'est par exemple ce que souligne l'arrêt **CAS Succhi di Frutta SpA (CJCE, 29 avril 2004)**, par lequel la CJCE a jugé qu'une « telle pratique (pouvait entraîner) inéluctablement une violation des principes de transparence et d'égalité de traitement des soumissionnaires, puisque l'application uniforme des conditions d'adjudication et l'objectivité de la procédure ne seraient plus garanties ». En effet, pour reprendre les mots de **Laguère** « faire jouer la concurrence ne consiste pas seulement à mettre les entreprises en concurrence. Cela suppose aussi que les résultats obtenus par le jeu de la concurrence soient préservés une fois le contrat signé ». Il a donc été depuis lors décidé d'encadrer la modification du contrat pour éviter toute forme d'instrumentalisation à des fins de contournement des règles de publicité et de mise en concurrence. Pour ce faire, le juge administratif a décidé que passer un certain stade, la modification aurait un effet novatoire, c'est-à-dire qu'elle entraîne la rupture du lien contractuel original et nécessite, le cas échéant, la mise en oeuvre d'une nouvelle procédure de dévolution concurrentielle afin de garantir la liberté d'accès à la commande publique (**CE, 29 juill. 1994, Communauté urbaine de Lyon**). Cette solution étant étendue à l'ensemble de la commande publique en devenant une « règle générale régissant les avenants » (**CE, avis, 16 sept. 1999**). Il a donc été jugé que pour tous les contrats de la commande publique, et que pour toutes les formes de modification, il ne pouvait pas y avoir modification des prestations dissociables du contrat initial ou qui, en raison de leur ampleur, bouleversaient son économie initiale. Il a donc été prohibé de « modifier substantiellement un élément essentiel » du contrat.

Ainsi, on pourra se demander en quoi loin de remettre en cause la théorie traditionnelle française de la mutabilité du contrat administratif, la transposition des directives de 2014 ont donné lieu à une modification à la marge de celle-ci dans un but de renforcer l'effet utile des procédures de mise en concurrence ?

Il convient en premier lieu d'affirmer que le principe de mutabilité des contrats administratifs n'a

pas disparu, dans la mesure où les nouveaux textes ne s'attaquent pas frontalement à ce principe. Ces textes encadrent simplement les modifications en cours d'exécution pour les contrats qualifiables de marchés publics ou de contrats de concession. De ce fait, le principe de mutabilité des contrats administratifs devrait continuer à s'appliquer pour tous les contrats administratifs qui ne sont ni des marchés publics, ni des contrats de concession. Et même pour les contrats administratifs, il est possible d'y voir une forme de reconnaissance de ce principe et pour certains cas une libéralisation (§1). Cependant, et en second lieu, ce principe de mutabilité ne devient plus que résiduel dans sa forme intégrale (contrats administratifs hors concessions et marchés publics), et est fortement encadré, notamment dans le but de préserver l'effet utile des procédures de passation (§2).

§1-Le renouvellement substantiel du principe de mutabilité à l'aune du Droit de l'Union européenne

Le Droit de l'Union, après avoir reconnu la validité de ces possibles mutations du contrat administratif (A), « maniant le gant de velours, introduit quelques assouplissements » (**Hoepffner**) (B).

A-La consécration incertaine du principe de mutabilité par le Droit de l'Union européenne

Le principe demeure donc qu'il doit toujours être possible d'apporter au contrat administratif des modifications qui ne sont pas substantielles, et ce sans procéder à une nouvelle procédure de mise en concurrence. Ainsi, le code de la commande publique, transposant les articles des directives relatifs à la modification commence par lister les différentes hypothèses où la modification est autorisée (**Dir. 2014/24/UE, art. 70 et Dir. 2014/23/UE, art. 43**). Ces articles fixent ensuite la limite de cette libre modification afin de préserver l'effet utile des procédures de dévolution concurrentielle. Il en résulte un encadrement des possibilités de modifier le contrat, ce qui implique néanmoins, la reconnaissance de cette possibilité en elle-même, et une définition de son champs d'application, à la fois conceptuelle et énumérative, dont résultent plusieurs questionnements, sur la marge de manoeuvre laissée à l'administration dans ces modifications.

Cet encadrement par le Droit de l'Union européenne s'inscrit une nouvelle fois dans le sens de l'histoire. À partir de la fin du XIXème siècle, le juge administratif français a muselé le pouvoir de modification unilatérale de l'administration dans le but d'offrir certaines garanties au cocontractant : il lui a interdit d'imposer la réalisation d'un nouvel ouvrage (**CE, 30 juin 1887, Jaufrer ; CE, 28 juill. 1995, Préfet de la Région IDF ; CE, 11 juill. 2008, Ville de Paris : prestations dissociables**), de changer l'objet du contrat, « sa substance » ou « son essence » (**CE, 17 février 1978, Société Cie d'entreprise française**), et également d'en bouleverser l'économie (**CE, 27 oct. 2010, Syndic. interco. des transports pub. de Cannes, Mandelieu la Napoule ; CE, 8 mars 1996, Cne de Petit-Bourg**). Dans ces cas là, on considère que la modification nécessite la mise en œuvre d'une nouvelle procédure de dévolution concurrentielle, il y a en fait rupture du lien contractuel originaire. Ces règles dans un premier temps cantonnées aux marchés publics, ont été étendues aux concessions/délégations (**CE. avis, 16 sept. 1999 ; CE. avis. 8 juin 2000**), puis ont connu un élargissement de leur champs d'application à l'ensemble des contrats de la commande publique sous l'égide de la Cour du Luxembourg (**CJCE 19 juin 2008, Pressetext ; CJCE 13 avr. 2010, Wall AG**).

Les modifications possibles font dès lors l'objet d'une double définition : l'une est conceptuelle, l'autre énumérative. Or, ces évolutions font l'objet d'incertitudes quant à leur portée.

Les **directives 2014/23, 2014/24 et 2014/25** ont ainsi réglementé la modification des contrats de la commande publique. Dorénavant, le CCP retient comme critère et limite de la modification du contrat le « changement de la nature globale » du contrat (**Art. L. 2194-1 ; L2394-1, L3135-1**). Ainsi, si une modification a ce type d'effet, elle n'en est plus une : elle a un effet novatoire et débouche sur la conclusion d'un nouveau contrat. Néanmoins, on retrouve également le critère du « bouleversement de l'équilibre » du contrat utilisé par la juge pour limiter la modification unilatérale du contrat (**Article L6 CCP**). Ce que signifie cet article, c'est que si la modification a une origine unilatérale, la personne publique ne peut pas en bouleverser l'équilibre, ni en changer la nature globale. D'ailleurs, ces notions sont d'autant plus importantes que la Cour de justice adopte une approche matérielle, pour elle, peu importe que les parties n'aient pas entendu renégocier les termes essentiels de leur contrat mais mettre un terme à un litige. Une modification s'analyse d'un point de vue objectif et non pas au regard de l'intention subjective des parties (**CJUE, 7 septembre 2016, Fine Frogne**).

Or, la notion de « nature du contrat » est incertaine comme a pu le mettre en avant la doctrine, on peut l'appréhender au sens de sa qualification (marché public ou concession) ou même de la sous qualification (marché de travaux, de services, de fournitures). Ainsi, cette conception aboutirait à un assouplissement du régime des modifications. Ce n'est pourtant pas le cas, puisque le second sens de la « nature » peu également être sa « contexture » (H. **Hoepffner**) ou ses caractéristiques, c'est-à-dire son objet, sa durée, son montant ». Cette seconde approche nous ferait en fait revenir à la notion des éléments substantiels, traditionnellement usitée en droit français. Par voie de conséquence, l'interdiction de changer la nature globale du contrat serait synonyme de l'interdiction de modifier substantiellement un élément essentiel du contrat, une modification étant « substantielle lorsqu'elle est importante, c'est à dire, d'un point de vue quantitatif, lorsqu'elle change le volume ou le coût de la prestation convenue et, d'un point de vue qualitatif, lorsqu'elle change la nature de la prestation promise. Encore faut il en outre qu'elle touche un élément essentiel du contrat, c'est à dire un élément fondamental du contrat : son noyau dur, tel qu'il a été déterminé par les parties » (H. **Hoepffner**). Donc ni renouvellement, ni retour en arrière, le code de la commande publique semble faire du sur-place...

Cette seconde approche est appuyée par l'**article R. 2194-7 du CCP**, disposant qu'« une modification est considérée comme substantielle, notamment, lorsqu'au moins une des conditions suivantes est remplie : 2° elle modifie l'équilibre économique du marché (...) ; 3° elle modifie considérablement l'objet du marché ». Il en va de même avec l'**article R3135-7 du même code**, concernant les concessions. C'est d'ailleurs cette approche qui est retenue par la juridiction du palais Royal, en contentieux (**CE, 15 nov. 2017, Cne Aix en Provence** : modification déchargeant le titulaire du soin de gérer le stationnement hors voirie, or une telle modification, « eu égard à son ampleur », « modifie substantiellement le périmètre » de la concession initiale et, par suite, change la nature globale du contrat initial), en se fondant sur les principes fondamentaux de la commande publique (**CE, 9 mars 2018**) et en formation pour avis (**CE, sect., Trav. pub., 26 avril 2018**).

Ayant pour but d'être plus claires, les nouvelles dispositions énumèrent les cas où la modification sera considérée comme substantielle (**articles R2194-7 et R3194-7**). Le premier de ces cas est lorsque la modification « 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 » (transposant **CJCE, Pressetext**). Ce sera également le cas si elle modifie l'équilibre économique du marché en

faveur du contractant d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché initial » ou si « elle élargit considérablement le champ d'application du marché ». Une dernière modification substantielle porte sur la modification de l'identité de l'un des cocontractants.

Ainsi, même si ces dispositions diffèrent légèrement, on retrouve ici, peu ou prou, les critères de l'existence d'un effet novatoire dégagé depuis les années 1970/1980 par le juge français, c'est-à-dire celui du nouvel objet (ou de la dissociabilité des prestations ajoutées) et celui du bouleversement de l'économie générale du contrat initial. Or, cette approche énumérative fait l'objet de critiques (notamment par **le Professeur Hoepffner**) : « sous couvert de volonté de précision et de clarification, la directive introduit de nouvelles incertitudes ». En effet, ces précisions renvoient elles-mêmes à des difficultés d'interprétation. L'élargissement considérable du champ d'application du contrat initial, peut en effet se comprendre comme un élargissement géographique, matériel ou organique. Enfin, il paraît compliqué d'appréhender dans un contrat de longue durée si une modification intervenue en cours d'exécution, aurait permis la candidature d'autres candidats ou la présentation d'autres offres...

Dans tous les autres cas, la modification du contrat devra faire l'objet d'une procédure de mise en concurrence : il y aura lieu de mettre en concurrence l'avenant (ou tout autre acte) matérialisant la modification.

Enfin, d'un point de vue formel, les nouveaux textes semblent moins contraignants que l'ancienne réglementation. Le code des marchés publics (**articles 20 et 118**) n'envisageait que deux procédés permettant d'opérer des modifications en cours d'exécution : l'avenant et la décision de poursuivre.

Les avenants et décisions de poursuivre sont en principe distincts. Les premiers renvoient à des procédés contractuels, les secondes sont des actes unilatéraux matérialisant le pouvoir de direction et de contrôle de l'administration. La décision de poursuivre apparaît ainsi comme « la seule modification unilatérale envisagée » par le code « comme alternative à l'avenant », mais elle « doit être prévue expressément dans le marché » (**H. Hoepffner**). Il était néanmoins admis que, « de facto », l'ordre de service soit utilisé comme « un instrument modificatif » (**H. Hoepffner**).

En application du droit de l'Union, ce formalisme disparaît dans le cadre de la nouvelle réglementation. Désormais, « les règles applicables sont identiques quel que soit l'instrumentum » utilisé pour modifier le contrat (**H. Hoepffner**). La question des supports utilisés n'est donc plus au cœur des modifications en cours d'exécution.

Si le nouveau droit de la commande publique reconnaît bien la mutabilité du contrat, il semble même la libéraliser sur certains points.

B-La libéralisation incertaine du régime de la mutabilité par le Droit de l'Union européenne

Les directives introduisent une nouveauté en listant les modifications non substantielles autorisées sans mise en concurrence : elles donnent une définition énumérative de la modification. Elles

innovent aussi dans la mesure où cette liste semble être plus longue que celle qui pouvait antérieurement être établie par la jurisprudence française. En ce sens, elles semblent plus libérales.

Tout d'abord, il semble que le juge administratif français ait adopté une approche intermédiaire dans son interprétation de la définition énumérative de la modification non-substantielle (**articles R2194-7 et R3194-7**). En effet, il semble appliquer les anciens critères : l'interdiction de modifier substantiellement l'économie du contrat ou celle de modifier un élément essentiel du contrat. Dans un arrêt le Conseil a ainsi jugé « que le caractère substantiel d'une modification doit être apprécié en tenant compte de son ampleur au regard de son impact sur l'équilibre global du contrat et non de manière purement arithmétique (en l'espèce, hausses de tarifs comprises entre 31 et 48 % se traduisant par une augmentation d'1/3 des recettes). Il doit en outre être apprécié (ce qui est nouveau) au regard des circonstances de la modification (**CE 9 mars 2018**). Le Conseil semble ainsi adopter une logique proche de celle qu'il suit lorsqu'il vérifie si une subvention constitue une aide d'État ou la compensation d'une charge de service public (**H. Hoepffner**). Cela a pour effet d'assouplir les règles applicables et apparaît salutaire pour la mutabilité du service.

Ensuite, les nouvelles règles permettent aux parties de faire évoluer leur contrat de manière plus souple puisqu'elles autorisent la possibilité d'effectuer des modifications prévues dans les clauses initiales du contrat. Il s'agit ici d'une consécration d'une pratique développée par les contrats de partenariats. Ainsi, le code autorise les modifications qui « ont été prévues dans les documents contractuels initiaux, c'est-à-dire, les modifications qui « quel que soit leur montant, ont été prévues dans les documents contractuels initiaux sous la forme de clauses de réexamen ou d'options » à condition qu'elles soient « claires, précises et sans équivoque » et qu'elles « 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 » (**Art L2194-1 ; L. 2194-3; L. 3135-1**). En outre, en droit des marchés publics, elles peuvent revêtir la forme de clauses de variation du prix (**Art R2194-1; art. R3135-1**).

L'une des manifestations de cette libéralisation pourrait ainsi être le développement de clauses de durées endogènes. Ce sont des clauses permettant de conclure une concession pour une durée variable en fonction des résultats financiers de l'exploitation (**Cossalter**). Il en existe deux sortes, celles « coulissantes » (qui permettent de prolonger une concession aussi longtemps que ne sont pas couvertes les charges d'investissement, le montant des tarifs perçus sur les usagers étant déterminé) et celles « à durée plafonnée » (qui fixent une durée maximum et permettent de réduire la durée de la concession en fonction des résultats réels d'exploitation).

On pourra également souligner que lorsque le contenu d'un contrat est entièrement déterminé par des dispositions législatives ou réglementaires, l'Administration ne peut user de son pouvoir de modification unilatérale qu'après avoir obtenu la modification de ces dispositions (**CE, 6 mai 1985, Min. PTTc/ Ricard**).

Ensuite, comme on a pu le voir avec la notion énumérative de la modification substantielle, le droit de la commande publique reconnaît la possibilité de modifier le contenu du contrat, mais également le cocontractant.

Concernant le contenu du contrat on a déjà vu les deux limites tenant à la nature globale du contrat et à la modification non-substantielle. Certaines modifications mineures sont également consacrées, comme celles « de faible montant » n'entraînant pas un changement de la nature

globale du contrat, dont le montant est inférieur aux seuils européens et à d'autres seuils fixés par les textes (**art. R2194-8; R3135-8**). A pu par exemple être autorisée la modification par avenant du tarif d'un service public, c'est-à-dire une clause réglementaire d'une concession (**CE, 9 mars 2018, Cie des parcs et passeurs du Mont Saint Michel**).

On retrouve également certaines modifications exceptionnelles, comme celle où des travaux, fournitures ou services supplémentaires sont devenus nécessaires (**Art. L. 2194-1 ; L. 3135-1**), à condition que ces prestations supplémentaires, « quel qu'en soit leur montant », soient devenues « nécessaires et ne figuraient pas dans le (contrat) initial, à la condition qu'un changement de titulaire soit impossible pour des raisons économiques ou techniques tenant notamment à des exigences d'interchangeabilité ou d'interopérabilité avec les équipements, services ou installations existants acquis dans le cadre (du contrat) initial (**Art. R2194-2 ; R-3135-2 CCP**). La transposition des textes européens a ainsi permis de supprimer l'une des conditions antérieures : celle tenant à ce que le changement de titulaire « présenterait pour l'autorité concédante un inconvénient majeur ou entraînerait pour lui une augmentation substantielle des coûts ». De ce fait, pour les concessions, en combinant ces textes avec les règles relatives à la durée du contrat, il semble que certaines nouvelles brèches soient ouvertes. D'une part, comme avec la loi Sapin de 1993, les concessions semblent pouvoir être prolongées en raison d'investissements matériels indispensables au bon fonctionnement du service. Cette situation demeure néanmoins complexe, puisque la Cour de justice a jugé que la prorogation de la durée d'exploitation d'un contrat de concession de 18 ans dans le seul but d'en maintenir l'équilibre économique constitue une modification substantielle nécessitant la publication d'un avis de marché (**CJUE 18 sept. 2019, Commission c/ Rép. Italienne**). Il faudra bien distinguer équilibre économique et investissements matériels indispensables au bon fonctionnement du service, chose qui ne semble pas aisée... D'autre part, il se pourrait que la technique de l'adussement devienne légale (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 réalisés), alors qu'elle semblait prohibée en droit interne (**CE. avis, 16 sept. 1999**). On peut faire la même remarque avec l'arrêt de la CJUE.

D'autres modifications exceptionnelles sont également possibles si elles sont nécessaires « par des circonstances imprévues », c'est à dire des circonstances « qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir » à condition que la modification ne change pas la nature globale du contrat (**Art L2194-1 et L3135-1 CCP**). Cette exception est d'actualité puisque dans le contexte de la hausse des prix de l'énergie et de certains intrants, une **Circulaire du 1er avril 2022**, incite les administrations publiques à y recourir. Il faut bien distinguer cette possibilité, des théories l'imprévision ou des sujétions imprévues qui elles autorisent un bouleversement de l'économie du contrat, sans fixer aucune limite. Aux termes de la jurisprudence en outre, l'imprévisibilité est appréciée du point de vue du cocontractant alors que les textes l'envisagent du point de vue de l'administration et la nécessité n'est pas une condition de mise en œuvre de ces théories contrairement au bouleversement de l'économie du contrat. Les exemples d'application de la théorie de l'imprévision laissent toutefois penser que ces dispositions ne devraient pas mettre en cause sa pérennité. À la vue de la jurisprudence de la cour du Luxembourg (Fin Frogne), le caractère imprévisible des circonstances autorisant de telles modifications semble devoir s'apprécier de façon stricte. En l'espèce, la modification avait été rendue nécessaire par « des difficultés imprévisibles » mais le marché présentait un caractère aléatoire en raison de son objet. La Cour n'autorise pas la signature de l'avenant transactionnel sans mise en concurrence car pour de tels marchés, le risque de difficultés d'exécution doit être considéré comme prévisible (**CJUE 7 sept. 2016, Finn Frogne**).

Enfin, les nouveaux textes consacrent la cession de contrat, qui est selon **Larroumet** une « opération juridique à trois personnes » qui permet à une partie (le cédant) de transférer à un tiers (le cessionnaire) sa qualité de partie à un contrat le liant à une autre partie (le cédé). C'est ce que souligne l'**article R3135-7 du CCP**, qui le désigne comme le mécanisme ayant « pour effet de remplacer le titulaire initial auquel l'acheteur a initialement attribué le marché public par un nouveau titulaire ». Elle « ne (doit pas entraîner) d'autres modifications substantielles » (reprenant les définitions jurisprudentielles (**CE, 20 janv. 1905, Cie dpt des eaux ; CE. avis, sect. fin.. 8 juin 2000**)). Néanmoins, pour être considérée comme n'ayant pas d'effet novatoire la cession doit répondre à trois conditions (**articles R2194-6 et R3135-6 CCP**) : soit être prise 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), soit 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), soit dans le cas où le pouvoir adjudicateur lui-même assume les obligations du contractant principal à l'égard de ses sous-traitants. À la vue du respect des principes fondamentaux de la commande publique, une telle modification pose problème car elle permet la cession du contrat, un remplacement du titulaire choisi à l'issue de la procédure de publicité et de mise en concurrence par un nouveau titulaire qui n'a, quant à lui, pas été choisi par le biais d'une procédure de ce type. Sur ces questions, les textes reprennent en partie les limites apportées par la jurisprudence de la Cour de justice s'agissant des changements de titulaires en matière de marchés publics (**CJCE, 19 juin 2008, Pressetext**). Même si cette position reste plus contraignante que la jurisprudence française (**CE 6 mars 1856, Corduriès ; CE 20 janv. 1905. Cie dptl des eaux ; CE 4 juin 1999, SARL Maison Dulac**) 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), on assiste néanmoins à un assouplissement par rapport à la jurisprudence Pressetext (**CJCE, 19 juin 2008, Pressetext**).

*Si les textes semblent assouplir sous certains angles les possibilités de modifier le contrat administratif, sous d'autres angles elle les restreint fortement. L'une de ces limites tient à la volonté de conserver l'effet utile de la procédure de mise en concurrence. En effet, la concurrence s'est introduit en droit de la commande publique, la concurrence cette « liberté individuelle protégée,(qui) signifie désormais contrainte, 'ordre public régulé' » (**Gaudemet**).*

§2-L'encadrement renouvelé de la mutabilité du contrat administratif

Comme le souligne **Eckert** « traiter des pouvoirs de l'Administration dans l'exécution du contrat peut sembler entamer un de ces mauvais romans policiers où l'on connaît le meurtrier avant même que le crime n'ait été commis. En effet, l'histoire semble, en la matière, bien connue ». Pourtant, le roman du contrat administratif a connu plusieurs rebondissements avec un encadrement accru des modifications dans un but de protéger « l'effet utile des procédures de mise en concurrence » (A), ainsi que le cocontractant lui-même en ce qui concerne l'équilibre financier du contrat (B).

A-La mutabilité du contrat administratif limitée à travers la protection des procédures concurrentielles

Le code de la commande publique vise donc à protéger l'effet utile des procédures concurrentielles, et ce en posant de multiples contraintes, certaines d'ordre procédurale, d'autres matérielles. Ce qui d'une part pose la question de l'utilité de ces contraintes, et d'autre part incite à une réflexion sur les contrats visés par cet objectif. D'ailleurs, on pourra souligner que le nécessaire respect de l'exigence de concurrence « effective et loyale » peut aller jusqu'à permettre à une autorité de régulation d'enjoindre à un opérateur économique de modifier les contrats en cours d'exécution (CE, 11 juin 2014, Sté towerCast), le juge validant une décision de l'ARCEP d'enjoindre à un opérateur exerçant une influence significative sur un marché du secteur des postes et communications électroniques de modifier des contrats en cours d'exécution passés par cet opérateur quand existe un motif d'intérêt général suffisant lié à l'impératif d'ordre public tenant à l'établissement d'une concurrence effective et loyale sur le marché en cause.

L'une des premières contraintes qu'impose le respect des procédures de dévolution concurrentielle à la mutabilité du contrat est l'introduction de contraintes procédurales. En effet, 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. Le but est d'informer les tiers de ces modifications pour leur permettre d'engager éventuellement un contentieux. On pourra toutefois souligner une importante limite à cet objectif : pour l'instant ni le cas du recours **Tropic** (qui ne peut être exercé contre un avenant), ni le recours pour excès de pouvoir (qui ne peut être exercé contre des ordres de service) ne sont ouverts aux tiers...

D'autres contraintes matérielles tendent également à limiter la mutabilité du contrat administratif. Si elles ne sont pas respectées le cocontractant, fût-il une personne privée, sera fondé à demander au juge de prononcer la résiliation du contrat (**CE, 23 juin 1920, Briançon**) ou l'indemnisation des conséquences dommageables de ce qui constituerait une faute (**CE, 27 oct. 1978, Ville de Saint-Malo**).

Tout d'abord, si les textes permettent les modifications prévues dans le contrat initial comme on l'a vu (**Art L2194-1 ; L. 2194-3; L. 3135-1 CCP**), cette liberté contractuelle n'est pas illimitée puisque ces modifications ne peuvent en tout état de cause pas changer la nature globale du contrat (**CE, avis, 26 avr. 2018**). D'autre part, d'autres dispositions spécifiques viennent également les encadrer comme en matière de clauses de prolongation, qui ne peuvent être stipulées que dans le respect des dispositions encadrant la durée des contrats. Ainsi, comme le souligne le **Professeur Hoepffner** : « Si de telles clauses permettent, en pratique, d'envisager d'importantes modifications du contrat au cours de son exécution, elles posent une question d'ordre théorique : que reste-t-il de la mutabilité du contrat administratif dès lors que désormais tout semble devoir être prévu dès la signature du contrat ? ». Cet encadrement peut s'expliquer sous le prisme du respect des obligations concurrentielles, dans la mesure où si les modifications ont été prévues lors de la procédure de passation, elles ont été portées à la connaissance des opérateurs économiques lors de la formulation de leurs offres et peuvent donc avoir lieu sans que la concurrence ne soit faussée.

Ensuite, les directives, transposées en droit interne, viennent imposer certains seuils, au-dessus desquels les modifications sont jugées substantielles. Ces seuils sont de 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 (**art. R2194-8; R3135-8 CCP**). Or ces seuils demeurent plus stricts que la jurisprudence française en matière d'avenant qui n'avait pas imposé de seuil précis et retenait généralement un seuil d'environ 15-20 %. Ici, deux critiques peuvent être admises. D'une part, l'existence d'une uniformisation excessive entre marchés et concessions puisqu'il semble que pour les concessions au minimum (et notamment celles de services), il aurait été plus logique de fixer un seuil plus élevé. D'autre part, une approche trop quantitative au détriment d'une plus qualitative (que permet la notion certes plus floue mais plus malléable de modification substantielle d'un élément essentiel) risque également de fortement restreindre les possibilités de recourir aux modifications du contrat. Les mêmes remarques peuvent être adressées en ce qui concerne le seuil fixé en cas d'imprévision, puisque 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 (**Art L2194-1 et L3135-1 CCP**).

De ce fait, comme le souligne le **Professeur Hoepffner** : « l'avenir de la modification du contrat administratif semble 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 ». Si cette pratique est déjà adoptée depuis plus d'un siècle, cette nouvelle approche de la mutabilité du contrat pose tout de même la question de ce qu'il reste de la modification unilatérale...

À ce titre, on peut émettre des critiques sur ces modifications, et notamment sur l'efficacité de ces nouvelles contraintes. Elles visent certes à garantir l'égalité de traitement des entreprises et à permettre à l'administration à choisir la meilleure offre au regard du rapport qualité-prix. Mais comme le rappelle le **Professeur Hoepffner** : « 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 ». Lors de cette mise en concurrence il existera nécessairement une importante asymétrie entre les concurrents et l'entreprise contractante, puisque cette dernière possédera des informations exhaustives sur les conditions d'exécution du contrat et bénéficiera d'un avantage financier certain en raison des prestations déjà réalisées. En outre, il sera nécessaire de réfléchir à la co-réalisation de la prestation dans le cas où un concurrent remporterait la procédure...

En fait, ces limites importantes portées à la mutabilité des contrats administratifs sont à relativiser puisqu'ils ne s'appliqueront qu'aux concessions et marchés publics. Même si elles n'encadrent pas moins une grande partie du régime des contrats administratifs. En effet, comme l'a pu le mettre en avant **L. Blum** ce pouvoir de modification est inhérent au contrat administratif et justifié par les « besoins du service public ». Ainsi, les contrats de droit privé, même participant à un objectif d'intérêt général ne permettent pas la justification de modification unilatérale (sauf clause ou avenant). Il en va de même pour les contrats administratifs conclus entre deux personnes privées, puisque seule la personne publique bénéficie de ce pouvoir. D'ailleurs, dans l'hypothèse originale du contrat conclu uniquement entre des personnes publiques, il convient de bien distinguer la partie publique qui est à l'origine du contrat, car elle seule dispose des mêmes prérogatives que celles dont elle disposerait envers des contractants privés (**CE, 13 mai 1992, Cne d'Ivry-sur-Seine**). Cela est normal, la poursuite de l'objet d'intérêt général, voire de service public, qui est l'objet du contrat, ne relève que de la volonté de celle-ci non de celle des autres personnes publiques parties au contrat

On l'a vu pour les contrats de la commande publique la mutabilité a été fortement encadrée, donc demeure uniquement une application entière de ce principe aux contrats administratifs hors commande publique. Comme le souligne **M. Amilhat** : « le remplacement/dépassement progressif de la notion de contrat administratif par une notion plus large de contrat public invite donc à considérer, qu'en tant que tel, ce principe de mutabilité pourrait être amené à disparaître. (...) L'encadrement des modifications en cours d'exécution au nom de l'impératif concurrentiel conduit ainsi à la remise en cause de l'une des caractéristiques premières des contrats administratifs. L'idée sous-jacente consiste à considérer que la continuité du service public ou la poursuite de l'intérêt général ne justifient pas des modifications qui seraient contraires à cet impératif. La concurrence tend ainsi à l'emporter sur d'autres considérations, pourtant fondatrices, du droit administratif ».

*Le droit de la commande publique cherche donc dorénavant à protéger l'ordre public concurrentiel à travers l'exécution du contrat administratif. On peut également rapprocher la limite à cette mutabilité tenant à l'exigence du maintien de l'équilibre financier du contrat à cet objectif concurrentiel, puisque protéger les conditions financières d'exécution c'est garantir l'existence d'une procédure de passation transparente, égale et permettant la liberté d'accès à la commande publique. D'ailleurs cette question est d'actualité, comme le souligne la **Circulaire du 1er avril 2022**, qui pousse les personnes publiques à maintenir cet équilibre financier à travers les différents outils juridiques.*

B-La mutabilité du contrat administratif limitée à travers la protection de l'équilibre financier

Enfin, la modification du contrat administratif est également encadrée par le maintien de l'équilibre financier du contrat. Les juges, puis les textes ont en effet pris en considération la nécessité de permettre au cocontractant de projeter ses investissements. Comme le souligne **le Professeur L. Vidal** « il paraît en effet de plus en plus difficile de résumer l'échange que constitue le contrat ? un simple rapport entre un cocontractant et une Administration mue par le principe de la continuité du service public auquel celui-là devrait tout sacrifier, y compris sa fortune ».

Tout d'abord, en cas d'exercice du pouvoir de modification unilatérale pour intérêt général de la part de la personne publique, le cocontractant aura le droit à une indemnité afin de compenser les charges nouvelles afin que « l'équilibre financier » initial soit rétabli. C'est le « principe d'équation financière », énoncé par le commissaire du gouvernement Blum, dans ses conclusions sur l'arrêt du **Conseil d'État Cie. Gén. française des Tramways et des avis du Conseil d'État (CE, avis, 24 sept. 1998)** et désormais codifié à l'**article L6 du CCP**. Ces dispositions peuvent être rapprochées de celles de l'**article L2194-3** introduites par la loi PACTE interdisant les ordres de service à prix zéro. La portée de cette « indemnité » est large puisqu'elle doit réparer l'intégralité du préjudice causé (**CE, 27 octobre 1978, Ville de St Malo**). L'indemnité qui s'impose à l'administration doit couvrir les pertes subies (*damnum emergens*) et les gains manqués (*lucrum cessans*). Cette solution trouve un écho dans la jurisprudence européenne reconnaissant « à tout État un pouvoir souverain pour modifier, voire résilier, moyennant compensation, un contrat conclu avec des particuliers » (**CEDH, 9 décembre 1994, Raffineries grecques Stran**). Toutefois, la doctrine s'interroge sur le caractère d'ordre public de cette protection accordée au cocontractant, **N. Symchowicz**, déniait même l'existence d'un tel principe, puisque les juges administratifs n'hésitent pas à considérer comme licites des clauses de renonciation du cocontractant à son droit à indemnité (**CE, 19 décembre 2012, Société AB Trans**).

En outre, en ce qui concerne cet équilibre financier, les auteurs mettent souvent en avant l'idée que l'administration ne peut en principe modifier unilatéralement les stipulations financières, notamment le prix, les subventions ou le taux de participation de la collectivité publique aux bénéficiaires (**CE 7 août 1891, More ; CE, 16 janv. 1946, Cne Limoges ; CE, 7 déc. 1976, Sloan ; CE 29 sept. 2000, Sré Dezellus Métal Industrie**). Les juges du palais Royal ont ainsi pu juger que « le caractère définitif des prix stipulés au marché s'oppose en principe à toute modification unilatérale ultérieure » (**CE, 26 novembre 1975, Entreprise Py**). Comme le souligne **L'Huillier** : « seules les considérations financières de l'opération (...) demeureront immuables », et ce

notamment pour trois considérations. Une première est d'ordre pratique, puisque « si l'administration pouvait modifier le droit à rémunération de son cocontractant, elle ne trouverait plus de candidat » (**Hoepffner**). Ensuite, une autre est d'ordre juridique : « le pouvoir de modification unilatérale devant être justifié par les nécessités du service public, il ne saurait affecter la rémunération du cocontractant » (ibid). Et enfin, d'ordre logique : « si l'administration pouvait réduire le montant de la rémunération qu'elle doit verser à son cocontractant, elle devrait compenser le préjudice par le versement d'une indemnité équivalente » (Traité des contrats).

On pourra néanmoins s'interroger sur le champs d'application de ce principe qui ne semble pas s'appliquer en matière de concessions/délégations de service public (**CE, 16 déc. 2013, ESCOTA**). Mais même dans les marchés publics deux possibilités d'y échapper semblent être utilisables. La première possibilité est la situation où l'administration modifie directement un prix ou la rémunération du titulaire du contrat, afin, par exemple, d'opérer un nouvel équilibre des charges entre les usagers et les contribuables (avec indemnisation). Et la seconde est le cas où l'administration modifie indirectement la rémunération de son cocontractant lors d'une modification des prestations (**CE, 2 février 1983, UTPUR**).

Enfin, cette intangibilité des clauses financières est également à relativiser, mais cette fois-ci dans un but de protéger le cocontractant. C'est ce que souligne la pris en compte de certains aléas, puisque nombre d'auteurs considèrent que les mécanismes de résistance à l'aléa conduisent à une véritable modification du contrat parce que lesdits aléas affectent le prix initialement fixé de façon substantielle (v. **concl. de P. Chardenet et note de G. Jèze sur la décision du 30 mars 1916**).

La première de ces théories est celle de l'imprévision (**CE, 30 mars 1916, Cie gén. d'éclairage de Bordeaux**). Pour y recourir il faut la survenance d'un événement imprévisible (**TA Nice, 20 oct. 2006, Sré Eurovia Méditerranéenne**), et que les circonstances économiques entraînent des majorations du prix « déjouant tous les calculs », dépassant « certainement les limites extrêmes des majorations ayant pu être envisagées par les parties lors de la passation du contrat » (**CE 30 mars 1916, Cie générale des gaz de Bordeaux et concl. Corneille sur CE 3 déc. 1920. Fromassal**). Elle suppose enfin que : soit l'économie générale du contrat soit bouleversée, soit que le cocontractant de l'administration subisse un déficit, soit que la hausse des coûts de l'exécution dépasse la marge de hausse que le cocontractant devait anticiper comme constituant un risque normal. L'état d'imprévision permet ainsi au titulaire du contrat qui a continué à l'exécuter d'obtenir une « aide » de l'administration dont le montant est fixé par les parties ou, à défaut d'accord, par le juge (**CE, sect., 5 nov. 1982. Sté Propétrol**). Encore une fois, **la circulaire du Premier Ministre du 1er avril 2022** y fait également référence.

A également été reconnu la théorie des sujétions techniques imprévues. Elles sont des « difficultés matérielles rencontrées lors de l'exécution du marché, présentant un caractère exceptionnel, imprévisible lors de la conclusion du contrat et dont la cause est extérieure aux parties » (**CE 30 juill. 2003. Cne de Lens**). Elles ouvrent également le droit à une indemnisation.

Dans cette même idée, une indemnisation est aussi reconnue en droit des marchés publics, avec la théorie des travaux indispensables. Celle-ci permet de prendre en considération les conséquences financières des prestations supplémentaires exécutées au cours de l'exécution du marchés de travaux qui n'auraient pas été prévues mais qui se sont révélées nécessaires pour achever les travaux dans les règles de l'art (**CE, 17 octobre 1975, Commune de Canari**).

Cette même logique d'indemnisation s'applique aussi à la théorie du fait du Prince, qui constitue une hypothèse de responsabilité sans faute de l'administration pour rupture d'égalité devant les

charges publiques. Elle ouvre droit au rétablissement de l'équilibre financier du contrat, c'est à dire au versement d'une indemnité couvrant en principe intégralement le préjudice subi (CE, 1963, Sté alcools du Vexin).

Or, avec la transposition des directives de 2014 la pérennité de ces théories peut paraître menacée, les textes encadrant la modification du contrat, y compris lorsqu'elle est la conséquence d'aléas. Le nouveau code ne les prohibe pas, il ne remet pas directement en cause leurs conditions d'application. Néanmoins, certains articles font référence aux circonstances imprévisibles, et conduisent à se poser certaines questions : « en limitant les possibilités de modifier le contrat, ces textes limitent-ils, par ricochet, les effets de ces théories ? » C'est notamment la question que l'on peut poser pour l'hypothèse de la modification « rendue nécessaire par des circonstances qu'un acheteur ou une autorité concédante diligent ne pouvait prévoir » (hypothèse qui peut être rapprochée des théories de la force majeure, du fait du Prince et de l'imprévision) ou lorsque les « prestations supplémentaires » (hypothèse qui peut être rapprochée de la théorie des sujétions imprévues). Dans ce cas, la protection du cocontractant face à l'aléa semble très limitée étant donné que le juge considère que l'imprévision et les sujétions imprévues permettent de bouleverser l'économie du contrat initial, sans fixer de limite quantitative. En outre, selon la jurisprudence, l'imprévisibilité est appréciée du point de vue du cocontractant alors que les textes l'envisagent du point de vue de l'administration. Comme le souligne le Professeur Hoepffner, on peut se demander si « est-ce si différent dès lors que l'imprévisibilité, si elle est avérée pour la personne publique, le sera également pour son cocontractant ? ». De plus, la jurisprudence ne fait pas de la nécessité une condition de mise en œuvre de ces théories, tandis que le bouleversement de l'économie du contrat si. Or comme le souligne le Professeur Hoepffner, « on conviendra que les deux notions peuvent aisément être mises en relation : lorsqu'elle n'est pas substantielle, quel qu'en soit le montant. Il sera sans doute permis aux parties de modifier leur contrat dès lors que cela ne conduit pas à altérer les conditions initiales de la concurrence ou à favoriser le titulaire du contrat. De fait, la protection du titulaire du contrat face à l'aléa ne devrait pas être moindre ».