

Avenant, bouleversement de l'économie et changement d'objet, en huit questions

La modification du contrat par voie d'avenant est soumise à des conditions relativement contraignantes. Me X. Bigas et Y. Baïta répondent à huit questions que peuvent se poser les acheteurs publics lorsqu'ils souhaitent recourir à cette procédure.

La conclusion des avenants est strictement encadrée, tant par les textes que par la jurisprudence.

L'article 20 du Code des marchés publics (CMP) limite la liberté contractuelle des parties, eu égard aux règles de passation particulières des marchés.

La directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics, dont la transposition complète est attendue, mérite également une attention particulière des praticiens.

L'avenant peut-il venir modifier l'objet du marché ?

Aux termes de l'article 20 du Code des marchés publics « (...) un avenant ou une décision de poursuivre ne peut (...) changer l'objet » du marché ou de l'accord cadre.

L'objet d'un contrat public est de répondre aux besoins exprimés par la collectivité publique dont la nature et l'étendue doivent, préalablement au lancement de la procédure de passation, être déterminées avec précision⁽¹⁾. Les documents de la consultation définissent l'ensemble des prestations ainsi attendues par l'acheteur public correspondant à ses besoins constitutifs de l'objet du marché⁽²⁾.

Le Conseil d'État a une conception large de la notion d'objet du contrat renvoyant « non seulement à la nature des prestations mais aussi à l'ensemble des caractéristiques essentielles »⁽³⁾ du marché.

Le Conseil d'État et la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) s'accordent pour retenir que si, par la voie de l'avenant, les parties à un contrat public peuvent en ajuster ou en étendre l'objet, c'est à la condition que ces modifications ne soient pas de celles qui, eu égard à leur étendue, justifieraient la passation d'un nouveau marché.

Auteur

Xavier Bigas et Yacine Baïta

Avocats à la Cour, SCP Lyon-Caen etThiriez

Mots clés

Avenant • CAO • Économie générale du marché • Maître d'œuvre • MAPA • Objet du marché • Régularisation

(1) CMP, art. 5.

(2) CMP, art. 6.

(3) Conclusions contraires de M. Nicolas Boulouis sur la décision CE 11 juillet 2008, Ville de Paris, req. n° 312354, *Rec. CE*.

Le juge veille de cette manière à l'absence de concurrence faussée *a posteriori* par l'effet de l'avenant.

Tel serait le cas si l'avenant introduit des conditions qui, si elles avaient été prévues dans les conditions initiales du marché, auraient permis l'admission d'autres candidatures voire auraient permis de retenir une offre autre que celle effectivement retenue^[4].

Des exemples jurisprudentiels permettent de rendre compte du caractère libéral de l'interprétation de la notion de « changement d'objet » faite par le juge administratif.

Dans la décision de Section du Conseil d'État rendue le 11 juillet 2008 à propos du service Vélib', qui témoigne de la souplesse d'appréciation du juge, il a été retenu que l'extension du service parisien de vélos en libre-service à une trentaine de communes limitrophes devait être regardée « comme un complément du réseau » pouvant faire l'objet d'un avenant « en raison de l'identité de nature entre la prestation prévue par le marché initial et la prestation supplémentaire (...), de la portée limitée de ce complément et, dès lors qu'il ne s'agit que d'une extension réduite du service public parisien de vélos en libre-service sur une largeur de 1 500 mètres autour de la ville, afin d'améliorer un service rendu essentiellement aux usagers qui habitent à Paris ou qui s'y rendent et non de mettre en place un service distinct destiné aux déplacements dans les communes limitrophes ». Le changement – non négligeable – de périmètre du service, pas plus que la modification de son mode de financement, qui n'est plus assuré par des recettes publicitaires mais par la ville de Paris, n'ont été regardés comme des indices témoignant du changement d'objet du contrat.

Un arrêt rendu par la cour administrative d'appel de Bordeaux, à propos d'un contrat de maîtrise d'œuvre, témoigne encore du caractère libéral de l'appréciation des éléments caractérisant un changement d'objet du marché. C'est ainsi qu'a été admis un avenant à un marché de maîtrise d'œuvre modifiant radicalement la mission initialement dévolue, à savoir la rénovation d'un palais des congrès, en prévoyant une construction neuve en lieu et place du bâtiment dont la rénovation était initialement prévue^[5].

En matière de travaux, la juridiction administrative raisonne principalement au regard du caractère « dissociable » ou non des prestations supplémentaires, commandées en cours d'exécution. Les travaux supplémentaires dissociables doivent faire l'objet d'un nouveau marché^[6] tandis que pour ceux regardés comme indissociables, un avenant suffit^[7].

Pour une illustration supplémentaire, on relèvera un arrêt plus récent^[8] par lequel la cour administrative de Douai a

statué sur la légalité d'un avenant par lequel était commandé la fourniture et la pose d'une descente d'eau pluviale pour l'un des bâtiments faisant l'objet de travaux de rénovation, en exécution du marché. La cour retient que l'objet de l'avenant est de prendre en compte des prestations non prévues au marché initial dont l'opportunité est apparue en cours de chantier et qu'une telle modification du marché, introduisant des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis, de sorte que la commande de la descente d'eau pluviale aurait dû faire l'objet d'une nouvelle procédure de mise en concurrence. Ce faisant, on peut considérer que la Cour a statué – implicitement – au regard du caractère dissociable de ces nouveaux travaux qui, en prix, ne représentaient qu'une augmentation de 12,9 % par rapport au montant initial du marché

Est-il possible de conclure un avenant de régularisation ?

Les praticiens peuvent se retrouver confrontés à la difficulté de « régulariser » des prestations déjà effectuées : comment conclure un avenant à un marché public portant sur des modifications, exécutées antérieurement ?

Sur le principe, en droit des contrats administratifs, les clauses rétroactives sont admises. La régularité de prescriptions réglementaires conférant un caractère rétroactif à des contrats d'association à l'enseignement public passés entre l'État et une école privée a déjà été admise^[9]. Mais la rétroactivité d'une clause est inopposable aux tiers^[10].

Néanmoins, en droit des marchés publics, si l'article 20 du CMP relatif aux avenants est silencieux sur ce point, le principe de rétroactivité légale du contrat administratif est limité par la règle posée à l'article 81 du CMP^[11]. De plus, pour les marchés conclus par les collectivités territoriales, l'effet rétroactif du contrat doit se concilier avec l'article L. 2131-1 du CGCT^[12]. Dans un arrêt en date du

[9] CE 19 juin 1968, Association de gestion de l'internat Saint-Joseph, *Rec. CE* p. 378 ; CE Ass., 31 mai 1985, Ministre de l'Éducation nationale c./ Association d'éducation populaire Notre-Dame de Arc-lès-Gray, req. n° 55925, *Rec. CE* p. 167, *RFDA* 1985 p. 637, concl. M. Roux

[10] CE Ass., 5 mai 1961, Ville de Lyon, *Rec. CE* p. 394 ; CE 19 juin 1985, Commune de Saintes, req. n° 43062, *Rec. CE* p. 191, *RFDA* 1985 p. 657, concl. M. Roux ; CE, Sect., 19 novembre 1999, Fédération syndicale FO des travailleurs des Postes, req. n° 176261, *Rec. CE* p. 354.

[11] « Sauf dans le cas de l'échange de lettres prévu au 1° du II de l'article 35, les marchés et accords-cadres d'un montant supérieur à 15 000 Euros HT sont notifiés avant tout commencement d'exécution (...) A l'exception du cas de l'échange de lettres, le marché ou l'accord-cadre prend effet à cette date ».

[12] « Les actes pris par les autorités communales sont exécutoires de plein droit dès qu'il a été procédé à leur publication ou à leur notification aux intéressés ainsi qu'à leur transmission au représentant de l'État dans le département ou à son délégué dans l'arrondissement » ; voir les articles L. 2131-2 et L. 3131-1, L. 3131-2, L. 4141-1 et L. 4141-2 du CGCT.

[4] CJCE 19 juin 2008, Presstext Nachrichtenagentur GmbH, aff. C-454/06, point 34.

[5] CAA Bordeaux 7 mars 2006, SCPA Dubosc et Landowski, req. n° 02BX01468.

[6] Par ex : CE 28 juillet 1995, Préfet de Paris, req. n° 143438.

[7] Par ex : CE 22 juin 1998, Préfet du Puy-de-Dôme, req. n° 173025.

[8] CAA Douai 19 juin 2012, Préfet du Nord, req. n° 11DA01071.

4 février 1991^[13], le Conseil d'État a déduit de ces dispositions qu'elles « font obstacle à ce que l'entrée en vigueur d'un marché soit fixée à une date antérieure à la date à laquelle il est procédé à sa transmission au représentant de l'État dans le département », avant de confirmer, en conséquence, l'annulation, sur déféré préfectoral, d'un marché qui comportait un échéancier de travaux à exécuter sur une période antérieure à la date de conclusion du contrat et à sa transmission en préfecture. Il a également été jugé qu'un marché public ne peut être passé en vue de régulariser des travaux déjà exécutés^[14]. La Haute juridiction administrative a également jugé que les clauses d'un contrat de délégation de service public prévoyant une entrée en vigueur avant la transmission au contrôle de légalité sont nulles^[15].

Le juge administratif peut se montrer, en pratique, assez sévère^[16].

La prudence doit donc être recommandée aux acheteurs publics et à leurs partenaires lorsqu'ils envisagent de passer un avenant visant à régulariser, même avant l'expiration du contrat principal, des prestations déjà réalisées.

Néanmoins, certains arguments pourraient cependant être invoqués pour justifier la conclusion d'un tel avenant.

Il pourrait tout d'abord être soutenu que l'interdiction de la rétroactivité ne s'applique que si le contrat a expressément fixé son entrée en vigueur à une date antérieure à sa notification et à sa transmission au représentant de l'État. Dans le cas contraire, l'exécution du marché en méconnaissance des dispositions précitées du CMP et du CGCT est considérée comme étant sans incidence sur la légalité du marché, en application du principe selon lequel les modalités d'exécution d'un acte ne sauraient affecter sa légalité^[17].

Il a ainsi été jugé que « Le principe de non rétroactivité des actes administratifs ne faisait pas obstacle à ce que le maire d'Aulnay-sous-Bois fût autorisé par les délibérations attaquées du 25 octobre 1990 à passer les avenants au marché initial pour la poursuite de la réalisation de ses prestations

au titre des années 1989 et 1990 »^[18]. Il a également déjà été jugé qu'un pourtrait prendre effet à une date antérieure à sa notification^[19].

De même, dans une décision du 2 octobre 2002^[20], relative à un marché public, le Conseil d'État a considéré qu'« aucun principe d'ordre public ne s'oppose à ce qu'un avenant à un marché fixe une date de fin des travaux antérieure à sa signature ; que la circonstance que cette date soit antérieure à la date à laquelle cet avenant a été transmis au préfet en vertu des dispositions des articles L. 2131-1 et L. 2131-2 du CGCT est sans incidence sur la validité de cet avenant, dès lors qu'aucune stipulation de cet avenant ne prévoyait une entrée en vigueur antérieure à cette transmission ». On pourrait en déduire que cette décision instaure une distinction entre l'entrée en vigueur de l'avenant et ses effets^[21]. Dans cette affaire, l'avenant avait bien modifié les relations contractuelles entre les parties postérieurement à son entrée en vigueur, puisque le calcul des pénalités de retard a été effectué, non pas sur la base de la date de réception des travaux (25 mai 1988), mais sur la base d'une date antérieure (31 mai 1987), fixée rétroactivement par l'avenant du 21 juin 1988.

Il pourrait donc être soutenu que le Conseil d'État a accepté qu'un nouveau point de départ du calcul des pénalités de retard soit fixé par avenant. Mais cela n'a affecté les délais d'exécution, *a posteriori*, qu'indirectement.

Même s'il est difficile de savoir si cette analyse serait transposable dans une hypothèse où il s'agirait de conclure un avenant ayant pour objet la réalisation de prestations/travaux déjà exécutés, des juges du fond ont néanmoins jugé que des avenants de régularisation n'étaient pas irréguliers^[22]. Des arguments pourraient donc être invoqués à l'appui d'un avenant de régularisation, pour des travaux déjà réalisés, dès lors qu'ils ont été exécutés sur le fondement du marché initial non encore achevé.

Dans quelles proportions un avenant peut-il venir modifier le prix initial du marché ?

La question du montant de l'avenant fait l'objet d'un contentieux soutenu. Cette problématique connaît en outre une actualité née de la prochaine transposition de l'article 72 de la directive 2014/24/UE.

Aux termes du principe issu de l'article 20 du CMP, l'avenant « ne peut bouleverser l'économie du marché ». Sont ainsi visées les modifications dites substantielles.

[13] CE 4 février 1991, Ville de Caen, req. n° 71956, *Rec. CE T* p. 1041.

[14] CE 27 mai 1998, Commune d'Agde, req. n° 165109, *BJCP* 1998 n° 1 p. 31.

[15] CE 14 mai 2008, Daviet, req. n° 284362.

[16] TA Lille, 12 mars 1998, Préfet du Pas-de-Calais, req. n° 97-2938 ; voir également concl. T. Céliérier ss TA Lille, 8 juillet 1998, Préfet du Pas-de-Calais, req. n° 98-1022 ; TA Cergy-Pontoise, 2 octobre 2003, Préfet de Seine-Saint-Denis, *BJCP* 2004, p. 144.

[17] CE 27 avril 1987, COREP des Côtes-du-Nord c/ OPHLM des Côtes du Nord et Société Socea-Balency, req. n° 68831, *Rec. CE T* p. 721 cité dans concl. C. Bergeal sur CE 27 mai 1998, Commune d'Agde, req. n° 165109, *BJCP* 1998 n° 1, p. 31 ; voir également TA Melun, 1^{er} juillet 2008, Commune d'Ozoir-la-Ferrière, *AJDA* 2008, p. 2344 : « ni les dispositions de l'article 79 du code des marchés publics [article 81 du code actuel], ni celles de l'article L. 2131-1 du CGCT ne font obstacle à ce que les clauses contractuelles prévues par la délibération du 10 juillet 2006 régissent des situations passées, l'effet exécutoire de ces clauses demeurant toutefois subordonné aux formalités de notification et de transmission au représentant de l'État dans le département ».

[18] CE 13 juin 1997, Commune d'Aulnay-sous-Bois, req. n° 150681, *Rec. CE T* p. 924.

[19] CE 27 mai 1998, SA Nicoletti, req. n° 128094.

[20] Gross, *Rec. CE T* p. 811 ; *BJCP* 2003, n° 26 p 27, concl. Denis Piveteau ; obs. R.S. ; *DA* n°250, obs. J.-P. Piétri.

[21] L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 6^e éd. 2008, n° 340.

[22] CAA Marseille 19 décembre 2011, C.U.N.C.A., req. n° 09MA01523 ; CAA Paris 18 mai 2006, Société Axima, req. n° 03PA00115.

Le paragraphe 4 de la directive 2014/24/UE définit une modification substantielle bouleversant l'économie du marché comme celle qui « rend le marché ou l'accord-cadre sensiblement différent par nature de celui conclu au départ ». C'est notamment le cas dans lequel la modification porte atteinte à « l'équilibre économique du marché ou de l'accord-cadre en faveur du contractant d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché ou l'accord-cadre initial ».

Sur cette base, l'ordonnance n° 2015-889 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, qui transpose – d'une manière incomplète – la directive 2014/24/UE substitue, dans son article 56, la notion de « changement de la nature globale du marché public » à celle de « bouleversement de l'économie du marché » sans qu'on puisse affirmer que cette modification sémantique ait une portée juridique réelle.

Le principe est donc qu'un avenant ne peut venir bouleverser l'économie générale du marché et, pour ce faire, doit demeurer d'un montant limité^[23].

Il n'existe néanmoins pas de seuil légal ou réglementaire au-delà duquel, l'avenant serait nécessairement irrégulier.

Ni le seuil de 5 % au-delà duquel la commission d'appel d'offres doit être saisie pour avis, ni celui de 50 % fixé par l'article 35 du CMP limitant le montant cumulé des marchés complémentaires, ni même celui de 10 % au-delà duquel l'entrepreneur n'est plus tenu d'exécuter des travaux supplémentaires imposés par le maître d'ouvrage, conformément à l'article 15 du CCAG Travaux, ne peuvent servir de référence.

La jurisprudence administrative ne se risque pas davantage à fixer un seuil au-delà duquel le bouleversement serait caractérisé.

Le juge administratif statuera *in concreto* en prenant notamment en compte le nombre d'avenants passés, leur justification et le délai qui s'est écoulé entre l'attribution du marché et la modification opérée par avenant, particulièrement lorsque l'avenant aura pour effet d'entraîner un dépassement du seuil de mise en concurrence^[24].

Partant, la doctrine, au regard des décisions juridictionnelles rendues en la matière, avance un seuil de 15 % au delà duquel la légalité de l'avenant prête sérieusement à débat.

En effet, en deçà de ce seuil, la légalité de l'avenant paraît le plus souvent acquise. C'est ce qui a été jugé pour un avenant augmentant le coût du marché de 6 %^[25], de 8 %^[26], de 12,5 %^[27] ou de 15 %^[28].

[23] CE 22 juin 1998, Préfet du Puy-de-Dôme, req. n° 173025.

[24] À ce propos, voir les conclusions de C. Bergeal sur la décision CE 22 juin 1998, Préfet du Puy-de-Dôme, précité.

[25] CAA Lyon 11 décembre 2008, SIFEFAGE, req. n° 06LY00776.

[26] CE 11 juillet 2008, Ville de Paris, req. n° 312354, précité.

[27] TA Cergy-Pontoise, 23 janvier 2001, Préfet Seine-Saint-Denis, req. n° 9910122/3.

[28] TA Cergy-Pontoise, 3 juillet 2011, Préfet de la Seine-Saint-Denis, req. n° 998575/3.

Inversement, des avenants majorant le coût initial du marché de 30 %^[29] ou de 43 %^[30] ont été jugés illégaux. Le seuil de 15 % n'est toutefois que purement indicatif. C'est, par exemple, ainsi que la légalité de deux avenants successifs augmentant le prix du marché de 39 % ont été jugés légaux^[31], le Conseil d'État tenant alors compte du fait qu'ils avaient pour objet de permettre la poursuite de l'exécution du marché.

Comment calcule-t-on le montant de la variation de valeur résultant de la passation d'un avenant ?

Pour apprécier les effets d'un avenant, il convient de raisonner en prenant en considération l'ensemble du marché, tous lots confondus^[32]. Le prix de l'avenant est rapporté au prix initial du marché pris dans sa globalité. Et c'est cette augmentation – ou diminution, ce qui est plus rare –, exprimée en pourcentage, qui est prise en compte.

Un avenant peut donc causer un bouleversement de l'économie d'un lot. Cela demeure sans importance dès lors qu'il ne bouleverse pas l'économie générale du marché.

En cas d'avenants successifs, la prudence commande de tenir compte de la majoration globale du coût initial du marché qu'ils entraînent^[33].

À ce propos, la directive 2014/24/UE prévoit, dans son article 72 §2, que « lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, la valeur est déterminée sur la base de la valeur cumulée nette des modifications successives ».

Quel est l'impact de la directive 2014/24/UE sur le cadre juridique relatif au contrôle de l'augmentation de la valeur du marché par avenant ?

Les paragraphes 2 à 4 de l'article 72 de la directive 2014/24/UE, dont la transposition complète reste attendue, distinguent les petites variations de valeur résultant

[29] CE 30 janvier 1995, Société Viafrance, req. n° 151099.

[30] CE 8 mars 1996, Commune de Petit-Bourg, req. n° 165075.

[31] CE 13 juin 1997, Commune d'Aulnay-sous-Bois, req. n° 150681, précité.

[32] CE 19 janvier 2011, SARL Entreprise Mateos, req. n° 316783.

[33] CE 13 juin 1997, Commune d'Aulnay-sous-Bois, req. n° 150681, précité ; CAA Bordeaux 31 décembre 2002, Commune de Saint-Martial d'Artenset, req. n° 99BX01750 ; TA Melun, 4 décembre 2001, Préfet Val-de-Marne, *BJCP* 2002, p. 322 ; voir néanmoins CAA Paris 21 juin 2011, Haut-Commissaire de la République en Polynésie française, req. n° 10PA03906, *Contrats-Marchés publ.* 2011, comm. 293, F. Llorens et CAA Paris 25 février 2013, Ville de Paris, req. n° 12PA00638, *AJDA* 2013, p. 1102, concl. S. Dewailly.

de la conclusion d'un avenant de celles plus substantielles.

Les petites modifications sont celles dont le montant est inférieur à deux valeurs : les seuils de mise en concurrence fixés par l'article 4 de la directive, d'une part, 10 % de la valeur du marché pour les marchés de services et de fournitures et 15 % pour les marchés de travaux, d'autre part.

Circonsrites dans ces limites, les modifications apportées ne justifient pas le lancement d'une nouvelle procédure de passation, sous réserve qu'elles ne « changent pas la nature globale du marché ou de l'accord-cadre »^[34].

Les variations de valeur substantielles sont définies par le b) du paragraphe 4 comme celles qui « modifient l'équilibre économique du marché ou de l'accord-cadre en faveur du contractant d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché ou l'accord-cadre initial ». Dans ce cas, la passation d'un nouveau marché sera requise. On retrouve ici l'idée de veiller à l'absence de concurrence faussée *a posteriori* par l'effet de l'avenant.

Ainsi décrites, les dispositions de l'article 72 de la directive ne paraissent pas être de nature à impacter l'état de la jurisprudence actuelle.

Quand la commission d'appel d'offres doit-elle être saisie ?

L'article 8 de la loi n° 95-127 du 8 février 1995 relative aux marchés publics et délégations de service public disposait que « tout projet d'avenant à un marché de travaux, de fournitures ou de services entraînant une augmentation du montant global supérieure à 5 % est soumis pour avis à la commission d'appel d'offres. L'assemblée délibérante qui statue sur le projet d'avenant est préalablement informée de cet avis ».

Ces dispositions sont applicables aux marchés soumis à l'avis préalable de la commission d'appel d'offres lors de leur passation^[35]. Et si la commission d'appel d'offres n'a qu'un rôle consultatif, il n'en demeure pas moins que cette formalité doit être respectée, sous peine de nullité de la procédure^[36]. De plus, il est préférable d'apprécier l'augmentation du marché en ajoutant le montant de l'avenant avec les avenants antérieurs^[37].

La loi n° 2009-179 du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés a modifié cette disposition^[38], qui

n'est plus applicable « lorsque ces avenants concernent les marchés conclus par l'État, un établissement public de santé ou un établissement public social ou médico-social », sans que ne soit expressément précisé le sort des marchés des établissements publics de l'État.

L'article 101 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics^[39] est venu, pour les collectivités locales, ériger un article L. 1414-4 du CGCT dont il résulte que « Tout projet d'avenant à un marché public entraînant une augmentation du montant global supérieure à 5 % est soumis pour avis à la commission d'appel d'offres. Lorsque l'assemblée délibérante est appelée à statuer sur un projet d'avenant, l'avis de la commission d'appel d'offres lui est préalablement transmis. Toutefois, ces dispositions ne sont pas applicables lorsque ces avenants concernent des marchés publics qui ne sont pas soumis à la commission d'appel d'offres ».

Comment apprécie-t-on la régularité d'un avenant majorant la rémunération du maître d'œuvre ?

Aux termes de l'article 9 de la loi MOP, « la mission de maîtrise d'œuvre donne lieu à une rémunération forfaitaire fixée contractuellement. Le montant de cette rémunération tient compte de l'étendue de la mission, de son degré de complexité et du coût prévisionnel des travaux ».

Le décret n° 93-1268 du 29 décembre 1993 relatif aux missions de maîtrise d'œuvre précise, dans son article 29, que le coût prévisionnel des travaux « est basé soit sur l'estimation prévisionnelle provisoire des travaux établie par le maître d'œuvre lors des études d'avant-projet sommaire, soit sur l'estimation prévisionnelle définitive des travaux établie lors des études d'avant-projet définitif. Dans le cas où le coût prévisionnel des travaux n'est pas encore connu au moment de la passation du contrat avec le maître d'œuvre, le montant provisoire de la rémunération de ce dernier est basé sur la partie affectée aux travaux de l'enveloppe financière prévisionnelle fixée par le maître de l'ouvrage ».

Le montant définitif de la rémunération du maître d'œuvre est fixé selon les dispositions de l'article 30 du même décret qui prévoit un seuil de tolérance permettant la modulation de sa rémunération en fonction des modifications et adaptations apportées au projet.

Ce dispositif s'explique par l'évidente difficulté de définir précisément l'ensemble des missions ou prestations qui s'avèreront nécessaires pour la réalisation du projet et, par conséquent, leur coût, dès le stade de la conclusion du marché de maîtrise d'œuvre.

[34] Directive 2014/24/UE du 26 février 2014.

[35] Rép. min. n° 25929, JOAN Q. 19 juillet 1999, p 4419 ; pour les MAPA, voir *infra*.

[36] TA Strasbourg, 26 septembre 2000, Préfet de Moselle, req. n° 95.1769, *Contrats-Marchés publ.* 2001, comm. 10.

[37] CAA Bordeaux 31 décembre 2002, Commune de Saint-Martial d'Artenset, req. n° 99BX01750, précité.

[38] Voir également l'article 18 de l'ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009.

[39] Dont l'article 102 dispose qu'elle « entre en vigueur à une date fixée par voie réglementaire et au plus tard le 1^{er} avril 2016 » et « s'applique aux marchés publics ainsi qu'aux contrats qui relèvent de cette ordonnance pour lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel public à la concurrence a été envoyé à la publication à compter du 1^{er} janvier 2016 ».

C'est la raison pour laquelle le Conseil d'Etat a été amené à juger que « le maître d'œuvre ayant effectué des missions ou prestations non prévues au marché de maîtrise d'œuvre et qui n'ont pas été décidées par le maître d'ouvrage a droit à être rémunéré de ces missions ou prestations (...) si, d'une part, elles ont été indispensables à la réalisation de l'ouvrage selon les règles de l'art, ou si, d'autre part, le maître d'œuvre a été confronté dans l'exécution du marché à des sujétions imprévues présentant un caractère exceptionnel et imprévisible, dont la cause est extérieure aux parties et qui ont pour effet de bouleverser l'économie du contrat »^[40].

Le contrôle de l'avenant venant modifier la rémunération du maître d'œuvre doit ainsi s'effectuer en prenant en compte, d'une part, le principe selon lequel il ne peut venir fausser, *a posteriori*, la concurrence et, d'autre part, qu'en égard à la difficulté de prévoir avec précision sa rémunération, une certaine souplesse d'appréciation est indispensable.

C'est ainsi, par exemple, que des avenants prévoyant des prestations indissociablement liées à celles du contrat initiales et venant augmenter la rémunération du maître d'œuvre de 28 %^[41] et même de 63 %^[42] ont été jugés réguliers.

Quid des MAPA ?

De fait du formalisme allégé qui doit présider la passation et l'exécution des marchés passés suivant une procédure adaptée, depuis la loi n° 2002-1787 du 21 décembre 2007

de simplification du droit, venue modifier l'article 8 de la loi du 8 février 1995, il n'est plus requis, pour les MAPA, de saisir pour avis la commission d'appel d'offres en cas d'avenant, lorsque celui-ci augmente de plus de 5 % le montant du marché^[43], ces dispositions n'étant plus applicables « lorsque ces avenants concernent des marchés qui, conformément aux dispositions du code des marchés publics, n'ont pas été soumis eux-mêmes à cet avis ». Et le recours à la Commission d'appel d'offres dans le cadre de l'attribution d'un MAPA n'est pas prévu à l'article 28 CMP^[44].

Pour autant, cet allègement n'enlève pas toute contrainte^[45]. Ainsi, il convient de demeurer vigilant à ce que le montant de l'avenant n'entraîne pas le franchissement des seuils de procédure formalisée^[46]. Plus généralement, l'avenant à un MAPA ne saurait méconnaître les règles fixées à l'article 20 du CMP.

[43] Voir également rép. min., Q. n° 07301, JOS du 5 février 2009 p. 1635 et rép. min., JOAN du 4 mai 2010 in *Le moniteur*, actus, 28 mai 2010, venues clarifier l'interprétation de la loi du 20 décembre 2007 (pour une analyse critique, voir M. Heintz, Les avenants aux Mapa : simplification du formalisme, *CP-ACCP* n° 75, mars 2008, p. 51 ; antérieurement, pour une position innovante, voir TA Strasbourg 20 juin 2006, Mathern, req. n° 0502612.

[44] Hors avis, voir *Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics*, 26 septembre 2014, §5.

[45] En particulier pour les collectivités territoriales, voir S. Lesueur, Avenants aux marchés publics. Quand la loi de simplification du droit complique le droit, *Le moniteur*, 7 mai 2008.

[46] Même s'il a déjà été jugé, pour les marchés négociés en raison de leur montant sous l'empire de l'ancien Code des marchés publics, que « le franchissement du seuil n'est pas irrégulier, lorsqu'il apparaît que l'avenant ne résulte pas d'une scission artificielle du marché en deux opérations distinctes (CE 1^{er} avril 1998, Coesnon, req. n° 150702) », voir rép. min., Q n°59247, JOAN du 15 décembre 2009.

[40] CE 29 septembre 2010, Société Babel, req. n° 319481.

[41] CAA Paris 25 février 2013, Ville de Paris, req. n° 12PA01067.

[42] CAA Douai 17 mai 2000, Commune de Lens, req. n° 98DA01231.