

Paris, le 8 mars 2022

Ministère de l'Économie, des Finances et de la Relance
Monsieur Olivier DUSSOPT
*Ministre délégué auprès du ministre de l'Économie, des Finances
et de la Relance chargé des comptes publics*
139 rue de Bercy
75572 PARIS CEDEX 12

Monsieur le Ministre,

Le cadre juridique défini par les articles L. 2194-1 à L. 2194-3 et R. 2194-1 à R. 2194-8 du Code de la commande publique (CCP) offre une certaine souplesse aux acheteurs publics pour modifier leurs contrats.

Toutefois, à l'aune de la nomenclature des pièces justificatives des dépenses publiques des collectivités territoriales résultant du décret n° 2016-36 du 20 janvier 2016 (codifiée en annexe 1 au Code général des collectivités territoriales), les règles comptables n'apparaissent pas à l'avenant.

Les pièces justificatives exigibles en cas de modification du marché, listées à la rubrique 41312 de la nomenclature, sont définies comme suit :

« 41312. *Autres pièces générales, le cas échéant*

1. Avenant, acte spécial, ordre de service, ayant des incidences financières.

2. Pour les marchés de fournitures et de services :

En cas de dépassement du montant contractuel prévu au marché, avenant ou, si le marché en prévoit la possibilité, décision de poursuivre.

3. Pour les marchés de travaux :

3-a. Lorsque le marché n'admet pas une augmentation de son montant contractuel :

En cas de dépassement du montant contractuel prévu au marché, avenant ou, si le marché en prévoit la possibilité, décision de poursuivre.

3-b Lorsque le marché admet une augmentation de son montant contractuel :

3-b-1. En cas de dépassement du montant contractuel dans la limite prévue au marché :

- attestation ou certificat administratif de l'ordonnateur (ou de son délégué) ou mention dans un document du titulaire avisant, au moins un mois à l'avance, le maître d'œuvre de l'atteinte prochaine du montant contractuel

Ou

- attestation de l'ordonnateur (ou de son délégué) certifiant que le titulaire a bien respecté ses obligations d'information du maître d'œuvre selon la procédure décrite ci-contre.

3-b-2. En cas de dépassement du montant contractuel au delà de la limite prévue au marché :

Avenant ou, si le marché en prévoit la possibilité, décision de poursuivre [...] »

Cette nomenclature ne traduit que très partiellement les modalités selon lesquelles les marchés peuvent être modifiés conformément au CCP. Elle met également en exergue la persistance du principe du recours à l'avenant, quant bien même ce cadre contractuel n'est plus consacré par le droit positif de la commande publique comme étant l'unique outil permettant d'assurer la mutabilité des contrats. Enfin, la rubrique 41312 impose des formalités dépourvues de tout fondement juridique, ce qui méconnaît le principe de neutralité censé caractériser la nomenclature des pièces justificatives.

Des modalités de modifications imparfaitement traduites

L'article R. 2194-1 du CCP dispose que « *le marché 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 [...]* ».

N'étant pas restreinte à une typologie de marché, cette faculté de prévoir une clause contractuelle de modification est ouverte tant pour les travaux, les fournitures que les services, y compris, dans cette dernière catégorie, les prestations intellectuelles.

S'agissant des marchés publics de travaux, en opérant une distinction de la nature des pièces à produire selon que le marché admet ou non une augmentation de son montant contractuel, le point 3 de la rubrique 41312 traduit fidèlement les dispositions susvisées de l'article R. 2194-1 du CCP.

En revanche, cette même possibilité d'un dépassement du montant contractuel prévue *ab initio* par une clause du marché est purement et simplement occultée par le point 2 de la rubrique 41312 pour ce qui concerne les marchés publics de fournitures et de services. Pour ces types de marchés, relents du code des marchés publics abrogé depuis le 1^{er} avril 2016, un avenant ou, si le marché l'a prévue, une décision de poursuivre, restent imposés pour procéder à la modification du contrat.

Des restrictions à la possibilité de modification unilatérale

Là où l'article 118 du code des marchés publics imposait le recours à un avenant ou, si le marché l'avait prévue, à une décision de poursuivre lorsque le montant du marché devait être augmenté¹, le CCP n'impose plus la forme de l'acte emportant modification du contrat, y compris lorsque le montant contractuel est dépassé. L'avenant reste bien évidemment toujours possible dans pareil cas, mais il n'est plus la seule voie. Dès lors, il est admis que cet acte modificatif puisse revêtir tant la forme d'un avenant (acte contractuel), que celle d'un ordre de service ou de tout autre acte unilatéral.

Ce pouvoir de modification unilatérale des contrats administratifs est consacré par les articles L. 6-4^o et L. 2194-2 du CCP.

Cette faculté dont dispose les personnes publiques est rappelée fort utilement par la fiche technique « Les modalités de modification des contrats en cours d'exécution » publiée par la Direction des affaires juridiques (DAJ) des ministères financiers :

« Par ailleurs, l'administration, pour les contrats de la commande publique présentant le caractère de contrat administratif, a toujours la possibilité d'user de son pouvoir de modification unilatérale [...]. »

Pour autant, il résulte de la rubrique 41312 qu'un avenant ou une décision de poursuivre, si le marché l'a prévue, demeurent exigibles en cas de dépassement du montant contractuel. La seule hypothèse où ces documents ne sont pas exigés vise les marchés travaux admettant une augmentation de leur montant contractuel et sous réserve que l'augmentation ne dépasse pas la limite prévue contractuellement.

Des modalités de modifications sans base légale et réglementaire

En premier lieu, si cette exigence posée la nomenclature des pièces justificatives était certes conforme au code des marchés publics, en conditionnant le recours à une décision de poursuivre (acte unilatéral) à la circonstance que le marché l'ait prévue, la rubrique 41312 impose une formalité qui, désormais,

¹ Article 118 du code des marchés publics : « *Dans le cas particulier où le montant des prestations exécutées atteint le montant prévu par le marché, la poursuite de l'exécution des prestations est subordonnée, que les prix indiqués au marché soient forfaitaires ou unitaires, à la conclusion d'un avenant ou, si le marché le prévoit, à une décision de poursuivre prise par le pouvoir adjudicateur.* »

s'avère dépourvue de toute base légale et réglementaire. Ni le CCP, ni aucun principe n'imposent une telle obligation.

Il résulte du CCP que la modification du marché peut indistinctement procéder d'un avenant ou d'une décision unilatérale, sans que le recours à l'une ou l'autre de ces formalités soit conditionné par une quelconque disposition légale ou réglementaire ou des stipulations contractuelles obligatoires.

Par ailleurs, s'agissant des marchés publics de travaux, le point 3-b-1 de la rubrique 41312, impose au titulaire d'aviser le maître d'œuvre au moins un mois à l'avance de l'atteinte du montant contractuel. Cette obligation résulte de l'article 14.4 du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux défini par l'arrêté du 30 mars 2021 (CCAG). Or, à l'instar des autres CCAG, ce CCAG est facultatif et ne s'applique qu'aux marchés publics y faisant référence.

La question se pose dès lors de la régularité de cette obligation posée de manière générale par la nomenclature des pièces justificatives, y compris pour les marchés publics de travaux qui dérogeraient à l'article 14.4 du CCAG sur ce point, ainsi que pour ceux qui ne feraient pas référence au CCAG.

La méconnaissance du principe de neutralité

Il résulte du principe de neutralité auquel elle est soumise que *« la liste [des pièces justificatives des dépenses] ne modifie pas les réglementations en vigueur. Elle n'en est que la conséquence »*.

Pourtant, les dispositions de la rubrique 41312 apparaissent davantage restrictives que le champ d'application du CCP et semblent s'inscrire en faux par rapport au principe de neutralité.

Cette rubrique est par ailleurs susceptible d'imposer une obligation aux titulaires des marchés travaux en dehors du cadre contractuel convenu entre les parties, égratignant ainsi au passage la libre administration des collectivités territoriales dont la liberté contractuelle procède.

Ces excès de formalisme ne sont pas sans incidence sur le risque de rejet, par les comptables publics, des mandats de paiement relatifs aux modifications des marchés ordonnancés par les acheteurs publics territoriaux. Les premiers sont en effet « invités » à faire preuve d'une application rigoureuse de cette nomenclature de pièces justificatives de paiement, en raison de son caractère obligatoire :

« [...] La liste est obligatoire en ce qu'elle constitue à la fois le minimum et le maximum des pièces justificatives exigibles par le comptable. Elle s'impose à la fois aux ordonnateurs, aux comptables et aux juges des comptes [...] » (point 4 de l'article « Sommaire »).

Il n'est pas certain que l'argument selon lequel cette nomenclature mériterait d'être écartée en ce qu'elle est non-conforme au CCP puisse les convaincre, ni davantage les chambres régionales des comptes.

La mise à jour de cette nomenclature applicable au secteur public local apparaît plus que nécessaire, à l'instar de celle qui est d'ores-et-déjà intervenue pour l'Etat au printemps dernier (arrêté du 5 mai 2021 portant nomenclature des pièces justificatives des dépenses de l'Etat).

En vous remerciant de la considération que vous voudrez bien accorder à cette requête, Veuillez agréer, Monsieur le Ministre, l'expression de ma très haute considération.

Le président de l'AAP,
Alain BÉNARD



