

ANNEXE 1 : L'avenant au marché en cours d'exécution et la prolongation des délais¹

1. Cadre général

La conclusion d'un avenant - sans que cette terminologie apparaisse dans le code de la commande publique - est encadrée, tout comme les modifications unilatérales, par les dispositions du code de la commande publique sur la modification du marché, notamment son article L. 2194-1 qui prévoit :

« Un marché peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence dans les conditions prévues par voie réglementaire, lorsque :

- 1° Les modifications ont été prévues dans les documents contractuels initiaux ;
- 2° Des travaux, fournitures ou services supplémentaires sont devenus nécessaires ;
- 3° Les modifications sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues ;
- 4° Un nouveau titulaire se substitue au titulaire initial du marché ;
- 5° Les modifications ne sont pas substantielles ;
- 6° Les modifications sont de faible montant.

Qu'elles soient apportées par voie conventionnelle ou, lorsqu'il s'agit d'un contrat administratif, par l'acheteur unilatéralement, de telles modifications ne peuvent changer la nature globale du marché. »

S'agissant plus particulièrement de la prolongation du marché, elle n'est pas envisagée en tant que telle par le code de la commande publique et doit se faire dans le respect des dispositions ci-dessus liées à la modification. La question est par ailleurs souvent traitée dans les documents contractuels et particulièrement, lorsqu'il y est renvoyé, dans les CCAG.

2. Les modalités de modification des marchés de travaux dans le cadre particulier de l'état d'urgence sanitaire

Les éléments qui suivent s'appliquent aux marchés de travaux ayant fait le choix de se référer au CCAG-Travaux 2009². Toutefois, il convient, pour chaque marché, de se référer aux pièces contractuelles particulières, et en particulier au cahier des clauses administratives particulières (CCAP), lesquelles peuvent déroger aux documents généraux.

2.1. Sur les nouvelles dispositions issues de l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 portant diverses mesures d'adaptation des règles de passation, de procédure ou d'exécution des contrats soumis au code de la commande publique et des contrats publics qui n'en relèvent pas pendant la crise sanitaire née de l'épidémie de Covid-19

Les dispositions issues de l'ordonnance dérogent temporairement au droit commun. Elles ne peuvent être mises en œuvre que si elles sont nécessaires pour faire face aux conséquences de la propagation de l'épidémie de Covid-19 et des mesures prises pour limiter cette propagation.

Pour toutes les situations n'entrant pas dans les cas visés par l'ordonnance, le droit commun de la commande publique continue donc de s'appliquer³.

1 Avertissement : Les éléments qui suivent ne sont pas totalement stabilisés juridiquement, ils résultent de l'interprétation qui peut être faite, à ce stade, des textes applicables et en particulier de l'ordonnance 2020-319.

2 Pour les autres marchés dont le marché de MOE ou de CSPP, il y a lieu de se référer au CCAG-PI.

3 Voir fiche technique de la DAJ de Bercy - Les modalités de modification des contrats en cours d'exécution :

Dans le cadre particulier de l'exécution de contrats, les dispositions de l'ordonnance s'appliquent, nonobstant toute stipulation contractuelle contraire, à l'exception des stipulations qui se trouveraient être plus favorables au titulaire du contrat (art.6)

Aux termes de l'ordonnance, la modification des contrats peut intervenir selon la voie classique de l'avenant (a) ou selon d'autres d'autres mécanismes modificatifs (b).

a) Les modifications selon la voie classique de l'avenant

Outre le cas de prolongation de la durée des marchés arrivés à leur terme pendant la période concernée⁴ (art. 4)⁵, l'ordonnance prévoit des cas de modifications par voie d'avenant pour :

- **la modification du versement et du taux de l'avance (art. 5)**

En période normale, les dispositions relatives aux avances en limitent le versement à un maximum de 30 % du montant total du marché, voire de 60 % sous la condition expresse de la constitution d'une garantie à première demande (CCP, art. R. 2197-7 et CCP, art. R. 2197-8).

En application de l'ordonnance, les acheteurs pourront « *par avenant* », compte tenu des circonstances exceptionnelles que crée la crise sanitaire, modifier les conditions de versement de l'avance dont le taux peut désormais être porté **à un montant supérieur à 60 %** du montant du marché ou du bon de commande (art. 5, 1er al.).

La modification des conditions de versement de l'avance et l'augmentation de son taux n'ont pas de caractère automatique.

A cet égard, le rapport remis au Président de la République lors de la publication de l'ordonnance, exige une analyse préalable à chaque situation : « (...) *Il est en outre nécessaire d'assouplir les règles d'exécution financières des contrats de la commande publique, notamment en permettant aux acheteurs de verser des avances d'un montant supérieur au taux maximal de 60 % prévu par le code de la commande publique. Comme le prévoit l'article 1er de l'ordonnance, l'application de ces dispositions requiert une analyse au cas par cas de la situation dans laquelle se trouvent les cocontractants qui devront justifier la nécessité d'y recourir. (...)* ».

Dans ce cadre, les suites qu'il conviendra de réserver, le cas échéant, aux demandes des entreprises devront être appréciées en considération des difficultés financières que celles-ci seront en mesure de justifier et ne peuvent être déterminées a priori.

Au demeurant, outre la traçabilité des motifs attestant des difficultés financières liées à l'épidémie, il semble que la vérification de la capacité de l'opérateur à poursuivre les prestations et donc à rembourser l'avance soit également opportune, quand bien même est rappelée la priorité de faire en sorte que les entreprises ne se retrouvent dans une situation extrêmement difficile.

Au vu de ces éléments, il n'existe aucune automaticité à l'ouverture d'un taux d'avance plus avantageux. Une simple évocation du contexte ou de l'ordonnance n° 2020-319 ne peut suffire à

<https://www.economie.gouv.fr/daj/modalites-modif-contrats-en-cours-2019-2>

4 état d'urgence sanitaire + 2 mois

5 L'article 4 de l'ordonnance prévoit la possibilité de prolonger par *avenant* les contrats arrivés à échéance pendant la période d'état d'urgence sanitaire « *lorsque l'organisation d'une procédure de mise en concurrence ne peut être mise en œuvre* », permettant par la même de déroger à la limitation de durée des accords-cadres mentionnée à l'article L. 2325-1 du code de la commande publique. La durée de cette prolongation est néanmoins limitée : elle ne peut excéder la période de l'état d'urgence sanitaire, augmentée le cas échéant de la durée nécessaire à la remise en concurrence.

satisfaire la demande du cocontractant qui devra au contraire l'accompagner des justificatifs avérant ses difficultés financières provoquées par la crise du COVID 19.

Pour le cas où la situation des entreprises justifierait la modification des modalités de versement de l'avance et de son taux, ce qu'il leur appartiendra de démontrer, il y aura ainsi lieu de procéder par voie d'avenant conformément aux dispositions de l'article 5 de l'ordonnance précitée.

- **la prise en compte des conséquences de la suspension d'un marché à prix forfaitaire (art.6 4°)**

En cas de suspension d'un marché à prix forfaitaire, l'ordonnance impose la poursuite de l'exécution financière du contrat par l'acheteur selon les modalités prévues au contrat. A l'issue de la suspension, l'entreprise reprend l'exécution des prestations. Lorsque la quantité des prestations est modifiée, un avenant en détermine les conséquences financières compte-tenu des prestations réellement exécutées sur la durée totale du contrat.

Ces dispositions constituent une dérogation temporaire à la règle du service fait. Le paiement des échéances doit être poursuivi, selon la périodicité initialement prévue, et ce quand bien même les prestations du contrat sont suspendues temporairement, ou ne sont que partiellement exécutées.

Précision tenant à la spécificité des marchés de travaux : ce mécanisme de poursuite des paiements ne pourra pas s'appliquer aux marchés qui n'ont pas prévu des dates précises d'échéances de versement ou n'en ont pas déterminé le montant.

Précisément, un marché de travaux stipulant que le montant des acomptes mensuels est déterminé en fonction de l'état d'avancement des travaux à chaque mois, comme le prévoit l'article 13 du CCAG travaux, ne pourra pas bénéficier de la poursuite des paiements.

b) les autres mécanismes emportant modification du contrat : le cas particulier de la prolongation du délai d'exécution (art. 6 1°)

Selon le texte de l'ordonnance, « lorsque le titulaire ne peut pas respecter le délai d'exécution d'une ou plusieurs obligations du contrat ou que cette exécution en temps et en heure nécessiterait des moyens dont la mobilisation ferait peser sur le titulaire une charge manifestement excessive, ce délai est prolongé d'une durée au moins équivalente à celle mentionnée à l'article 1er, sur la demande du titulaire avant l'expiration du délai contractuel ».

Selon les précisions apportées par la DAJ de Bercy dans la FAQ actualisée au 7 avril 2020, il s'agit **d'une prolongation obligatoire** du délai d'exécution du contrat d'une durée correspondant à la durée de l'état d'urgence sanitaire majorée de deux mois, dès lors que celui-ci en fait la demande. Il s'agit là d'une garantie offerte par la loi au titulaire, notamment en cas d'absence d'accord entre les parties.

➤ Conditions :

Aux termes de l'ordonnance, la prolongation répond aux conditions suivantes⁶ :

- d'une part le titulaire doit en faire la demande (i) avant l'expiration du délai contractuel (ii) ;
- d'autre part, le titulaire ne doit pas pouvoir respecter les délais d'exécution ou démontrer que

⁶ Quelques interrogations demeurent sur l'application pratique de ces dispositions auxquelles la FAQ actualisée de la DAJ de Bercy ne répond pas à ce jour. En tout état de cause, il s'agit là d'une garantie offerte par la loi au titulaire que les parties peuvent librement aménager.

l'exécution en temps et en heure nécessiterait des moyens dont la mobilisation ferait peser sur lui une charge manifestement excessive.

➤ Formalisation :

L'ordonnance ne prévoyant pas le formalisme attaché à cette prolongation, il y a lieu de faire application des règles de droit commun. À cet égard, et dès lors que la prolongation pourrait être rattachée à « *une rencontre de difficultés imprévues au cours du chantier* » au sens de l'article 19.2.2 du CCAG-Travaux, elle ne donnera pas nécessairement lieu à la formalisation d'un avenant⁷. Dans un tel cas de figure, la prolongation pourra résulter d'une décision du MOA prise sur proposition du MOE après avis du titulaire (article 19.2.2 al. final)⁸.

➤ Durée :

Le « *délaï est prolongé d'une durée au moins équivalente à celle mentionnée à l'article 1er* ». Il s'agit ainsi d'un délai de **4 mois** mais les parties peuvent convenir « *de ne pas faire jouer cette garantie minimale, le fait pour elles de prévoir un délai inférieur ne sera pas irrégulier. Les parties peuvent également décider d'une durée supérieure* »⁹.

2.2. Sur l'application des règles de droit commun en l'absence de dispositions spécifiques dans l'ordonnance ou dès lors que les stipulations contractuelles seraient plus favorables au titulaire

a) L'application du code de la commande publique

L'épidémie de Coronavirus est susceptible d'engendrer pour les acheteurs de nouveaux besoins.

Pour y répondre, des modifications des contrats de la commande publique en cours d'exécution sont envisageables si elles s'inscrivent dans l'une des hypothèses prévues au code de la commande publique, parmi lesquelles, notamment :

- le cas où les documents contractuels initiaux comportent une clause de réexamen prévoyant une modification précise du contrat pour des événements auxquels les difficultés consécutives à la crise sanitaire pourraient être rattachables (art. L. 2194-1 /1°) ;
- le cas où des travaux, fournitures ou services supplémentaires sont devenus nécessaires (art. L. 2194-1 /2°) , voire où ce besoin de prestations supplémentaires ou de toute autre modification résulte de circonstances imprévues (art. L. 2194-1 /3°);

7 Interprétation résultant d'une lecture a contrario de l'article 19.2.1. « *En dehors des cas prévus aux articles 19.2.2 et 19.2.3, la prolongation du délai d'exécution ne peut résulter que d'un avenant* ».

8 19.2.2. « *Une prolongation du délai de réalisation de l'ensemble des travaux ou d'une ou plusieurs tranches de travaux ou le report du début des travaux peut être justifié par :*
— *un changement du montant des travaux ou une modification de l'importance de certaines natures d'ouvrages ;*
— *une substitution d'ouvrages différents aux ouvrages initialement prévus ;*
— *une rencontre de difficultés imprévues au cours du chantier ;*
— *un ajournement de travaux décidé par le représentant du pouvoir adjudicateur ;*
— *un retard dans l'exécution d'opérations préliminaires qui sont à la charge du maître de l'ouvrage ou de travaux préalables qui font l'objet d'un autre marché.*
L'importance de la prolongation ou du report est proposée par le maître d'œuvre après avis du titulaire, et décidé par le représentant du pouvoir adjudicateur qui la notifie au titulaire ».

9 Précisions DAJ du Ministère de l'économie et des finances, Les conséquences de la crise sanitaire sur la commande publique – Questions-Réponses, actualisée au 7/04/2020

- le cas où les modifications ne sont pas substantielles ou sont de faible montant (10% maximum du montant initial pour les services et fournitures, 15% maximum pour les travaux)(art. L. 2194-1 /6°).

En tout état de cause, les modifications envisagées ne sauraient modifier la nature globale du contrat et ne doivent pas avoir pour but d'empêcher une remise en concurrence périodique.

Pour la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances « *la crise sanitaire du Coronavirus est manifestement une circonstance imprévue susceptible de justifier des modifications, pour autant que l'autorité contractante puisse bien démontrer un lien de causalité entre les conséquences de la crise et le besoin de modifier le contrat, ainsi que le caractère strictement nécessaire des modifications qu'elle souhaite apporter au contrat* »¹⁰.

S'agissant plus particulièrement des circonstances imprévues, l'article R. 2194-5 précise que : « *Le marché peut être modifié lorsque la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir* ».

L'article R. 2194-3 limite néanmoins le montant des modifications faites sur ce fondement à 50 % du montant du marché initial¹¹.

Dans l'hypothèse où la modification envisagée ne constituerait pas une modification autorisée, il conviendra de passer un nouveau marché.

Par ailleurs, l'administration a toujours la possibilité d'user de son **pouvoir de modification unilatérale** en application de l'article L. 2194-2¹² du code de la commande publique.

b) L'application des stipulations contractuelles issues du CCAG-Travaux

Il convient avant tout, pour chaque marché, de se référer aux pièces contractuelles particulières, et en particulier au cahier des clauses administratives particulières (CCAP), lequel peut prévoir des stipulations spécifiques.

Ces modifications s'inscrivent dans le cadre général issu du code de la commande publique, en particulier, elles ne doivent pas avoir pour effet de modifier la nature globale du contrat.

➤ Sur la modification du contrat en application de l'article 6.2 du CCAG-Travaux

Aux termes de l'article 6.2 du CCAG-Travaux, « *En cas d'évolution de la législation sur la protection de la main-d'œuvre et des conditions de travail en cours d'exécution du marché, les modifications éventuelles demandées par le représentant du pouvoir adjudicateur, afin de se conformer aux règles nouvelles, donnent lieu à la signature, par les parties au marché, d'un avenant* ».

10 Ministère de l'économie et des finances, Les conséquences de la crise sanitaire sur la commande publique – Questions-Réponses

11 Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, cette limite s'applique au montant de chaque modification. Pour le calcul du montant de la modification, l'acheteur tient compte de la mise en œuvre de la clause de variation des prix (articles R. 2194-3 et R. 2194-4).

12 « *Lorsque l'acheteur apporte unilatéralement une modification à un contrat administratif soumis au présent livre, le cocontractant a droit au maintien de l'équilibre financier du contrat, conformément aux dispositions du 4° de l'article L. 6* ».

➤ Sur la modification du contrat en application de l'article 14 du CCAG-Travaux

L'article s'applique en cas « de prestations supplémentaires ou modificatives, dont la réalisation est nécessaire au bon achèvement de l'ouvrage, qui sont notifiées par ordre de service et pour lesquelles le marché n'a pas prévu de prix ».

Dans ce cadre, lorsque le représentant du pouvoir adjudicateur et le titulaire sont d'accord pour arrêter les prix définitifs, ceux-ci font l'objet d'un avenant au marché.

Dans les circonstances actuelles, un tel cas de figure se rencontrera dès lors que la reprise du chantier nécessitera des prestations modificatives ou supplémentaires.

➤ Sur le cas particulier de la prolongation des délais en application de l'article 19 du CCAG-Travaux

Les circonstances actuelles pourront conduire le MOA à accorder une prolongation sur le fondement des dispositions de l'ordonnance n°2020-319 ou, pour le cas où les conditions d'application ne seraient pas réunies¹³, en application de l'article 19 du CCAG-Travaux.

➔ **Par principe, la prolongation des délais d'exécution sur le fondement de l'article 19 du CCAG-Travaux donne lieu à la conclusion d'un avenant.**

Que la prolongation des délais d'exécution soit à l'initiative du maître d'ouvrage ou demandée par l'entreprise, elle doit être actée par un avenant, ainsi que le prévoit l'article 19.2.1 du CCAG travaux, en dehors des cas visés aux dispositions des articles 19.2.2 et 19.2.3 du CCAG.

➔ **Par exception la prolongation de délai peut donner lieu à une décision du MOA dans le cadre des dispositions des articles 19.2.2 et 19.2.3**

Dans les cas visés, la prolongation des délais d'exécution se traduit par une décision du RPA.

Au nombre des cas visés au 19.2.2, qui peuvent se rencontrer dans les circonstances actuelles, figurent :

- la **décision d'ajournement** des travaux prononcé par le maître d'ouvrage. Au regard des remontées de terrain, ce cas de figure est susceptible de se présenter ;
- le **changement du montant des travaux** ;
- une **rencontre de difficultés imprévues** au cours du chantier.

Dans cette hypothèse, il appartient au MOE de proposer, après avis du titulaire, la durée de la prolongation puis au représentant du pouvoir adjudicateur de décider de cette prolongation et de la notifier au titulaire.

A ce jour, il n'est pas possible de connaître l'impact en termes de délais de la situation actuelle. Il apparaît ainsi préférable, dans la mesure du possible que cette décision soit prise une fois la situation stabilisée.

13 **D'une part**, le titulaire doit en faire la demande (i) avant l'expiration du délai contractuel (ii). **D'autre part**, le titulaire ne doit pas pouvoir respecter les délais d'exécution ou démontrer que l'exécution en temps et en heure nécessiterait des moyens dont la mobilisation ferait peser sur lui une charge manifestement excessive.

3. Les modifications du contrat par voie conventionnelle supposent l'accord des deux parties, lequel peut ne pas être acquis au moment de la reprise de l'exécution du contrat

Lorsque la reprise de l'exécution du contrat devient possible, le MOA acte, par une décision prise en lien avec l'ensemble des intervenants, la fin de la suspension.

Un avenant, emportant accord des deux parties, semble s'imposer dans tous les cas de figure compte tenu de l'impact des modifications sur les modalités d'exécution des contrats en termes de délai, durée et coûts. Il déterminera ainsi les modifications du contrat rendues nécessaires par les circonstances, et actera les conditions et délais de reprise et de prolongation.

L'avenant pourra, le cas échéant, intégrer un volet transactionnel déterminant les indemnités qui seraient dues à l'entreprise du fait de la suspension de l'exécution des travaux.

La reprise des prestations n'est pas subordonnée dans le temps à la conclusion de l'avenant.

L'avenant peut intervenir après cette reprise et constater que cette reprise a bien eu lieu.

L'essentiel est qu'en cas de modifications, le contrat en tienne compte par la conclusion de l'avenant.

Si, une fois la situation normale rétablie, le titulaire refusait de signer l'avenant, le MOA pourra utiliser son pouvoir de modification unilatérale du contrat¹⁴ en application des dispositions du 4° de l'article L. 6 du code de la commande publique qui prévoit : « *L'autorité contractante peut modifier unilatéralement le contrat dans les conditions prévues par le présent code, sans en bouleverser l'équilibre. Le cocontractant a droit à une indemnisation, sous réserve des stipulations du contrat* ».

Une décision de modification unilatérale ne pourra toutefois intervenir que dans des cas limités compte tenu du principe d'interdiction de modifier unilatéralement les clauses financières du contrat.

¹⁴ Cette possibilité paraît néanmoins limitée en pratique compte tenu du principe d'interdiction de modifier unilatéralement les clauses financières d'un contrat.

Modalités de modification des contrats en cas de poursuite du chantier

Prolongation des délais d'exécution

Prolongation des délais d'exécution dans les conditions de l'article 6 1° de l'ordonnance n° 2020-319

Prolongation des délais d'exécution en application des stipulations contractuelles art. 19 CCAG-Travaux

Formalisation

Avenant

Toujours nécessaire en pratique compte tenu de l'impact des modifications sur les modalités d'exécution des contrats en termes de délais, durée et coûts.

Avenant

- ❖ Pour augmentation du montant de l'avance (art. 5 de l'ordonnance n° 2020-319)
- ❖ Toute modification dès lors qu'elle ne change pas la nature globale du contrat

Prolongation de la durée du marché

Eventuellement

Avenant

Prolongation de la durée du marché arrivé à terme pendant la période d'état d'urgence sanitaire en application de l'article 4 de l'ordonnance n° 2020-319. La durée du marché sera augmentée d'une durée allant jusqu'au 24/07/2020 + durée nécessaire à la remise en concurrence à l'issue de son expiration