

**AJ Collectivités Territoriales 2017 p.435**

**Liberté de transiger et respect des règles de la commande publique  
Au lendemain de la loi « J21 » et de ses textes d'application**

**Gilles Le Chatelier, Avocat associé cabinet ADAMAS, professeur associé à l'ENS de Lyon**

Depuis plusieurs années et dans un souci d'alléger la charge de travail des juridictions, les pouvoirs publics ont encouragé le recours à la transaction. Les circulaires des 7 septembre 2009 et 6 avril 2011 (1) témoignent de cette volonté. Dans le même sens, la création prétorienne par le Conseil d'Etat de la voie de l'homologation juridictionnelle est venue encourager ce mouvement, en offrant aux parties à la convention transactionnelle la possibilité d'une sécurisation des voies d'exécution desdites transactions (2).

Le recours à la transaction apparaît particulièrement adapté à la matière contractuelle, la convention transactionnelle pouvant venir « prolonger » le contrat initial si son exécution rencontre des difficultés. La convention transactionnelle ne peut, la plupart du temps, pas en revanche suppléer l'absence d'un contrat qui aurait dû être normalement attribué à la suite d'une procédure formalisée (3), sauf pour « prolonger » l'exécution d'un ancien contrat dont le terme est arrivé et dès lors que des circonstances particulières le justifient (4).

La question plus délicate qui se pose, s'agissant des relations entre la transaction et les règles de la commande publique, tient à la marge de liberté dont disposent les parties au contrat pour modifier par avenant ce dernier, par la voie d'un protocole transactionnel.

Or, à cet égard, le juge, notamment européen, a fermement rappelé que la conclusion d'une transaction devait respecter les règles applicables à la conclusion d'avenants modifiant les contrats soumis aux règles de la commande publique. Au regard de ce principe, il convient d'examiner plus précisément les marges de liberté dont disposent les parties pour modifier par voie de transaction les marchés publics, les concessions et leurs autres contrats publics.

**Principe : les transactions conclues doivent respecter les règles applicables à la conclusion des avenants**

**Confirmation par la CJUE** - Cette solution de principe, sur laquelle les meilleurs auteurs avaient déjà attiré l'attention (5), a fait l'objet d'une confirmation récente par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), à l'occasion de son arrêt du 7 septembre 2016, *Finn Frogne A/S* (6).

**Faits** - Dans cette affaire, était en cause un marché conclu par l'Etat danois, à l'issue d'une procédure de dialogue compétitif, portant sur la fourniture d'un système global de communications à la disposition des services d'urgence. Le marché avait été attribué à une société pour un montant global de plus de 70 millions d'euros, dont 40 millions portaient sur la réalisation d'une solution minimale décrite dans le dossier d'appel d'offres, la différence correspondant à des prestations qui ne seraient au final pas nécessairement demandées.

Dans la phase d'exécution du marché, très rapidement, des difficultés importantes sont apparues aboutissant à un dépassement des délais de livraison. Les parties au marché ont alors décidé de conclure une transaction réduisant considérablement le marché initial qui ne comportait plus que la fourniture d'un système de communications par radio pour les corps de police régionaux portant sur 4,690 millions d'euros et l'acquisition de deux fermes de serveurs pour un montant de 6,7 millions d'euros. Par la conclusion de cette transaction, les parties acceptaient de renoncer à tout droit résultant du marché initial.

Un des concurrents évincés de la procédure d'appel d'offres a alors contesté cette transaction devant le juge, en estimant que la modification du marché initial à laquelle elle procédait méconnaissait les règles de la commande publique.

**Solution** - Interrogée par le biais d'une question préjudicielle, la CJUE, dans son arrêt du 7 septembre 2016, devait donner raison au requérant en rappelant les principes suivants.

Après avoir rappelé que toute modification substantielle d'un contrat, en cours d'exécution, ne pouvait être apportée sans l'organisation d'une nouvelle procédure de mise en concurrence (7), la Cour a examiné si le fait que la modification résulte d'une transaction était de nature à justifier une exception à ce principe.

Sans surprise, la Cour répond par la négative à cette question en indiquant que « ni le fait qu'une modification substantielle des termes d'un marché public soit motivée non pas par la volonté délibérée du pouvoir adjudicateur et de l'adjudicataire de renégocier les termes de ce marché, mais par leur volonté de trouver un règlement transactionnel à des difficultés objectives rencontrées dans le cadre de l'exécution dudit marché, ni le caractère objectivement aléatoire de certaines réalisations ne sauraient justifier que cette modification soit décidée sans respecter le principe d'égalité de traitement qui doit bénéficier à tous les opérateurs potentiellement intéressés par un marché public » (8).

La volonté de résoudre par la voie transactionnelle un litige n'affranchit ainsi pas les parties de leur obligation de respecter les règles de la commande publique, comme l'avait déjà jugé la Cour (9). La seule possibilité de le faire serait dans le cas où des circonstances imprévisibles seraient à l'origine du litige motivant le recours à la transaction. La Cour confirme néanmoins à cette occasion la lecture restrictive qu'elle fait de cette condition, en estimant que le seul aléa d'exécution du contrat ne répond pas à cette exigence (10).

Pour finir, la Cour réserve également l'hypothèse où la modification du contrat serait intervenue, alors que cette possibilité était prévue dans les documents qui ont régi la procédure d'attribution.

Cette solution n'est pas en elle-même surprenante. En effet, il ne serait pas admissible que les personnes publiques, parties à un contrat, puissent se libérer de leurs obligations en matière de publicité et de mise en concurrence, en recourant à la voie de la transaction.

La jurisprudence nationale avait elle-même déjà incliné dans le sens de cette solution en relevant qu'un contrat de

transaction n'autorisait pas à apporter une modification essentielle à un contrat de délégation de service public, en particulier « eu égard à la brève durée qui s'est écoulée entre la conclusion de la délégation de service public et la signature de l'avenant litigieux » (11).

### **Modification du contrat : cas autorisés du recours à la transaction**

Compte tenu des éléments qui précèdent, la conclusion de transaction venant modifier le contenu d'un contrat soumis à la commande publique doit, pour être légale, respecter les règles applicables en matière de conclusion d'avenants.

On rappellera à cet égard que le juge administratif, lorsqu'il est saisi d'une requête dirigée contre une transaction, peut être conduit à vérifier que son contenu ne méconnaît pas des règles d'ordre public (12). Or, il ne fait guère de doute en ce domaine que la méconnaissance des règles de publicité et de mise en concurrence préalables relève des règles d'ordre public dont le juge de la transaction est chargé de faire respecter l'application.

Il convient alors de confronter le projet de transaction aux textes applicables aux marchés publics et aux concessions, s'agissant des règles de modification qui leur sont applicables.

L'article 139 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 pour les marchés publics et l'article 36 du décret n° 2016-86 du 1<sup>er</sup> février 2016 pour les concessions, procèdent à une forme de codification des modifications de ces contrats qui peuvent être introduites sans contraindre la personne publique à résilier le contrat pour engager une nouvelle procédure de mise en concurrence (13).

Les deux rédactions étant très proches, on se livrera à un examen commun de ces deux régimes.

**Seuils** - La transaction sera ainsi possible dès lors que le montant sur lequel elle porte est inférieure à 10 % du montant du contrat initial (ou 15 % pour les marchés de travaux), ainsi qu'aux seuils européens (décr. préc., art. 139, 6° et 36, 6°). Une transaction portant sur un montant limité pourra dès lors être valablement conclue dans ces limites.

**Modification non substantielle** - De même, une transaction sera possible si elle ne procède pas à une modification substantielle du contrat, au sens des dispositions des articles 139, 5° et 36, 5° des deux décrets précités.

L'appréciation à ce titre portera nécessairement sur le point de savoir si la transaction a ou non pour effet d'introduire « des conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure de passation initiale, auraient attiré davantage d'opérateurs économiques [...] ou permis le choix d'une offre autre que celle retenue » ou de modifier l'équilibre du contrat en faveur du titulaire d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché public initial. En revanche, il apparaît peu probable que la transaction ait pour objet de modifier soit l'objet du contrat, soit son titulaire.

Dans ces hypothèses, c'est bien la remise en cause des éléments économiques essentiels du contrat qui risque d'être en jeu du fait de l'intervention de la transaction. Dès lors que le litige a une certaine étendue - dépassant les montants rappelés au titre du 6° de l'article 139 ou du 6° de l'article 36 - on peut avoir un doute sur le caractère non substantiel de la modification introduite...

**Circonstances imprévisibles** - En conséquence, le débat risque de porter la plupart du temps et principalement sur la question de savoir si la transaction intervient pour régler un litige survenant en raison de circonstances imprévisibles, qualification écartée par la CJUE dans l'affaire commentée précédemment.

Cette situation est visée au 3° de l'article 139 du décret du 25 mars 2016 pour les marchés publics (3° de l'article 36 du décret du 1<sup>er</sup> février 2016 pour les concessions) comme celle où « la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir ».

L'intervention d'un litige entre l'acheteur public et son cocontractant constitue, à n'en point douter, une circonstance imprévisible. Mais, comme l'indique l'arrêt de la CJUE, son intervention à elle seule n'est pas de nature à justifier l'intervention régulière d'un avenant transactionnel. (14) Il convient donc que le fond du litige résulte de telles circonstances réellement imprévisibles. Sur ce point également, l'arrêt du 7 septembre 2016 rappelle qu'un simple aléa économique, voire la seule carence de l'acheteur public dans la définition de ses besoins témoignant de son manque de « diligence », ne suffiront pas à justifier l'intervention légale d'une transaction modifiant substantiellement le contenu du contrat.

On rappellera qu'en tout état de cause, conformément aux dispositions de l'article 140 du décret du 25 mars 2016 (article 37 du décret du 1<sup>er</sup> février 2016 pour les concessions), un tel avenant transactionnel ne peut avoir pour effet de modifier de plus de 50 % le montant initial du marché.

Deux autres dispositions pourraient également être invoquées.

**Clauses de réexamen** - Le 1° de l'article 139 du décret du 25 mars 2016 pour les marchés publics (1° de l'art. 36 du décr. du 1<sup>er</sup> févr. 2016 pour les concessions) prévoit la possibilité de modifier le contrat initial « 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 ».

Pourrait-on, au titre de ces dispositions, insérer une clause dans le contrat initial prévoyant expressément la possibilité de le modifier par la voie d'un protocole transactionnel, en cas de litige ? On peut douter qu'une telle clause soit suffisante au regard des exigences résultant des règles de mise en concurrence. Rédigée nécessairement en termes très généraux, elle se heurterait certainement aux prescriptions très fermes du 2<sup>e</sup> alinéa du 1° de l'article 139 qui imposent que « ces clauses 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 ».

Par définition, cette ouverture en termes de droit des parties de modifier par avenant le contrat ne s'adresse qu'à des aléas dont la survenance est soit certaine, soit « relativement prévisible ». Prévoir l'intervention d'un litige dès la conclusion du contrat n'apparaît pas nécessairement comme un signal positif et ne paraît pas pouvoir entrer dans l'exception ici prévue...

**Prestations supplémentaires nécessaires** - L'autre disposition est celle qui, au 2° de l'article 139 pour les marchés publics (2° de l'art. 36 pour les concessions) prévoit la possibilité de demander des prestations supplémentaires au

titulaire du contrat qui, non prévues au contrat initial, seraient devenues nécessaires. Là encore, le champ d'application de ces dispositions aux avenants transactionnels apparaît particulièrement étroit, puisque ceux-ci ne pourraient porter que sur l'attribution de travaux ou services supplémentaires, sans que la modification d'autres stipulations du contrat ne soit possible à ce dernier titre.

Dès lors, si on met à part les modifications n'ayant pas un caractère substantiel, il convient nécessairement aux parties à un marché public ou à une concession de ne conclure d'avenant transactionnel au contrat que dans l'hypothèse où elles seront en mesure de faire état de circonstances incontestablement imprévisibles.

**Occupation du domaine public** - La question se pose de savoir si les mêmes principes sont applicables aux conventions portant occupation du domaine public. Jusqu'à l'intervention de l'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques (15), une telle question pouvait paraître théorique, dès lors que ces conventions n'entraient pas, sauf exception, dans le champ de la commande publique.

Le nouvel article L. 2122-1-1 du code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP) prévoit désormais que l'autorité compétente doit organiser librement « une procédure de sélection préalable » pour l'attribution de tout titre permettant à son titulaire « d'occuper ou d'utiliser le domaine public en vue d'une exploitation économique ». Toutefois, aucune disposition ne vient limiter le droit de modifier les conventions attribuées par voie d'avenant. La question reste cependant ouverte de savoir si des limitations du même type ne doivent pas également être envisagées, en regard en particulier des dispositions du nouvel article L. 2122-2 du CGPPP qui vient limiter la durée des conventions (16). Un avenant transactionnel venant ainsi augmenter la durée d'occupation pourrait en effet poser question au regard du respect des principes de la commande publique et des règles de libre concurrence.

Comme on le voit, la liberté de transiger - déclinaison du principe constitutionnel de liberté contractuelle, renforcée, s'agissant des collectivités territoriales, du principe de leur libre administration - est singulièrement encadrée par les règles de la commande publique. Une modification du contrat en cours d'exécution résultant de la conclusion d'un protocole transactionnel ne peut pas venir contredire les règles encadrant leur modification.

**Terme du contrat** - En revanche, le champ de la transaction reste tout à fait étendu, s'agissant de la situation où celle-ci vient mettre un terme à un contrat. Par définition, le protocole transactionnel ne peut apparaître dans cette situation comme contournant les règles applicables aux avenants. Il n'en serait autrement que si les conditions posées au terme du contrat pouvaient elles-mêmes être interprétées comme constitutives d'éléments rattachables à l'exercice de la commande publique, tels que l'octroi de prestations supplémentaires par l'ancien cocontractant de l'administration.

#### Mots clés :

**COMMANDE PUBLIQUE ET CONTRAT** \* Exécution \* Transaction

**PROCEDURE CONTENTIEUSE** \* Mode alternatif de règlement des litiges \* Transaction

(1) Circ. du 7 sept. 2009, NOR : ECEM0917498C, relative au recours à la transaction pour la prévention et le règlement des litiges portant sur l'exécution des contrats de la commande publique ; circ. du 6 avr. 2011, NOR : PRMX1109903C, relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits.

(2) CE 6 déc. 2002, n° 249153, *Synd. intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Haÿ-les-Roses*, Lebon avec les concl. (17) ; AJDA 2003. 280 (18), chron. F. Donnat et D. Casas (19) ; RFDA 2003. 291, concl. G. Le Chatelier (20) ; *ibid.* 302, note B. Pacteau (21).

(3) CAA Versailles, 26 nov. 2015, n° 14VE02778, *C<sup>ne</sup> de Corbeil-Essonnes c/ Préfet de l'Essonne*, AJCT 2016. 214, obs. P. Grimaud (22) et O. Villemagne.

(4) CAA Marseille, 15 juin 2004, n° 00MA01500, *SIVOM de la région du Pic de Saint-Loup c/ Préfet de l'Hérault*, AJDA 2004. 2279 (23), note S. Deliancourt (24).

(5) J.-D. Dreyfus, *L'avenant transactionnel : un compromis délicat*, ACCP 2010, n° 105, p. 62.

(6) CJUE 7 sept. 2016, aff. C-549/14, RTD eur. 2017. 305, obs. A. L. Durviaux (25) ; Rev. UE 2017. 231, chron. L. Lévi et S. Rodrigues (26) ; Contrats Marchés publ., nov. 2016, p. 13, note F. Llorens ; JCP Adm. 2017. 2029, note P. Grimaud et O. Villemagne.

(7) CJCE 19 juin 2008, aff. C-454/06, *Presetext Nachrichtenagentur GmbH c/ Republik Osterreich (Bund)*, AJDA 2008. 2008 (27), note J.-D. Dreyfus (28) ; RDI 2008. 501, obs. R. Noguellou (29) ; RFDA 2011. 98, note H. Hoepffner (30) ; RTD eur. 2009. 511, chron. A.-L. Sibony et A. Defossez (31) ; CJUE 13 avr. 2010, aff. C-91/08, *Wall AG c/ Ville de Francfort-sur-le-Main c/ Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH*, AJDA 2010. 760 (32) ; *ibid.* 937, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat (33) ; RDI 2010. 385, obs. R. Noguellou (34) ; RFDA 2011. 98, note H. Hoepffner (35) ; RTD eur. 2011. 429, obs. A. L. Durviaux (36) ; *ibid.* 443, obs. A. L. Durviaux (37).

(8) Consid. 32.

(9) CJUE 14 nov. 2013, aff. C-221/12, RTD eur. 2014. 493, obs. A. L. Durviaux (38) ; Rev. UE 2014. 641, chron. C. Bernard-Glanz, L. Levi et S. Rodrigues (39).

(10) Consid. 35.

(11) CAA Paris, 17 avr. 2007, n° 06PA02278, *S<sup>té</sup> Keolis*, AJDA 2007. 1524 , note A. Tassone .

(12) CE 17 oct. 2003, n° 249822, *Min. de l'Intérieur, de la Sécurité intérieure et des Libertés locales*, Lebon  ; AJDA 2003. 2267 , note J.-D. Dreyfus  ; *ibid.* 2004. 1631, étude J.-F. Lafaix  ; RDI 2004. 114, obs. M. Degoffe .

(13) V. les dossiers AJCT. 2016. 236 s.  et 421 s.  ; AJDA 2016. 992 s. .

(14) V. consid. 32, préc.

(15) L'AJCT consacrera son dossier d'octobre 2017 à l'étude de cette ordonnance. V., aussi, C. Maugué, Ordonnance domaniale : un bel effort pour la modernisation du CGPPP !, AJDA 2017. 1606 .

(16) CGPPP, art. L. 2122-2, al. 2 : «Lorsque le titre mentionné à l'article L. 2122-1 permet à son titulaire d'occuper ou d'utiliser le domaine public en vue d'une exploitation économique, sa durée est fixée de manière à ne pas restreindre ou limiter la libre concurrence au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer l'amortissement des investissements projetés et une rémunération équitable et suffisante des capitaux investis, sans pouvoir excéder les limites prévues, le cas échéant, par la loi».