

PRÉFET DE SAÔNE-ET-LOIRE

DIRECTION de la CITOYENNETÉ
et de la LEGALITÉ
Bureau du conseil et du contrôle

affaire suivie par : Sylvie Guinault
Tél. : 03.85.21.82.29
Fax : 03.85.21.81.02
sylvie.guinault@saone-et-loire.gouv.fr



Le préfet de Saône-et-Loire

à

Madame la présidente de l'Association des
Maires de Saône-et-Loire
6, rue de Flacé
71000 MACON

Objet : retour à la semaine scolaire de 4 jours – difficultés rencontrées par les communes

Par correspondance du 7 septembre dernier, je vous informais que mes services étudiaient les conditions dans lesquelles des avenants peuvent être pris pour modifier les marchés de transport scolaire, après la décision des conseils municipaux de revenir à la semaine scolaire de 4 jours.

Vous trouverez ci-dessous les éléments que je peux vous apporter :

Pour les marchés soumis au code des marchés publics :

L'avenant, pour être légal, doit respecter les limites posées par l'article 20 selon lequel « *En cas de sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, un avenant ou une décision de poursuivre peut intervenir quel que soit le montant de la modification en résultant. Dans tous les autres cas, un avenant ou une décision de poursuivre ne peut bouleverser l'économie du marché, ni en changer l'objet.* »

En l'occurrence, la modification des rythmes scolaires ne constitue pas une sujétion d'ordre technique permettant la passation d'un avenant sans qu'il y ait lieu de s'interroger sur son montant.

Dans la mesure où il n'existe pas de pourcentage réglementaire en deçà duquel l'économie d'un marché pourrait être considérée comme n'étant pas bouleversée, un examen au cas par cas doit donc être effectué.

Afin d'apprécier cette condition, le juge se réfère à trois hypothèses qui ont été énumérées par la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) dans un arrêt du 19 juin 2008. La modification par avenant est ainsi illégale :

- lorsqu'elle introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou auraient permis de retenir une offre autre que celle initialement retenue ;
- ou lorsqu'elle étend le marché, dans une mesure importante, à des services non initialement prévus ;
- ou lorsqu'elle change l'équilibre économique du contrat en faveur de l'adjudicataire du marché, d'une manière qui n'était pas prévue dans les termes du marché initial.

Ainsi, il est tout à fait possible que des avenants puissent respecter ce cadre.

En effet, il peut sembler dans ce cas difficilement démontrable que les conditions initiales en termes de concurrence auraient été différentes si la semaine scolaire de 4 jours avait été instituée au moment de la passation du marché. Par ailleurs, le champ d'application du marché ne sera pas étendu à de nouvelles prestations. Enfin, si les modifications apportées aux circuits et aux horaires de ramassage scolaire s'accompagnent d'une réduction de la rémunération du prestataire, on ne voit pas en quoi l'équilibre économique du contrat serait modifié en faveur de ce dernier.

Un avenant pourrait donc être envisagé, même si, bien entendu, il convient d'examiner au cas par cas son impact sur le marché initial.

Pour les marchés soumis au décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics :

L'article 139 énumère six catégories de modifications qui sont légalement acceptables dont 4 pourraient correspondre aux marchés de transport scolaire :

139-1° : lorsque les modifications, quel qu'en soit le montant, ont été prévues dans les documents contractuels initiaux (...).

La clause de réexamen doit alors être rédigée de manière suffisamment claire et précise. Les marchés de transport scolaire sont susceptibles de comporter de telles clauses dont l'utilité est manifeste lorsqu'il s'agit, au moment de chaque rentrée scolaire, d'ajuster les circuits et les horaires en fonction de l'évolution des emplois du temps scolaire et des besoins des familles.

139-3° : lorsque la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir.

Il est plus difficile d'assurer la légalité d'un avenant qui serait passé sur ce fondement, en particulier si l'autorité compétente en matière de transport scolaire est la même que celle compétente pour initier une modification des rythmes scolaires.

139-5° : lorsque les modifications, quel qu'en soit le montant, ne sont pas substantielles. L'appréciation du caractère substantiel ou non s'effectue de manière quasiment identique à celle indiquée par la jurisprudence précitée concernant le code des marchés publics.

Ainsi, ce fondement devrait pouvoir être invoqué pour justifier la passation d'un certain nombre d'avenants.

139-6° : Un marché de service peut être modifié lorsque le montant de la modification est inférieur aux seuils européens (209 000 € HT s'il est passé par un pouvoir adjudicateur et 418 000 € HT s'il est passé par une entité adjudicatrice) et à 10 % du montant du marché initial.

En conséquence, la passation d'un avenant à un marché de transport scolaire motivé par la modification des rythmes scolaires peut se concevoir, que ce soit selon le cas sur le fondement de l'article 20 du code des marchés publics ou de l'article 139 du décret 25 mars 2016, mais suppose un examen approfondi, marché par marché.

Enfin, dans l'hypothèse où un accord avec l'entreprise prestataire ne pouvait être trouvé, la modification unilatérale du marché est possible si elle a été prévue expressément dans le marché initial, lequel prévoit alors précisément dans quelles conditions et limites cette faculté peut être mise en œuvre par le pouvoir adjudicateur.

Dans le cas contraire, la modification sans recueillir l'accord du prestataire est possible, comme pour tous les contrats administratifs (CE, 2 février 1983, Union des transports publics urbains et régionaux, n°34027), en invoquant un motif d'intérêt général.

En tout état de cause, une modification unilatérale serait de nature à causer un préjudice au cocontractant et devrait ainsi faire l'objet d'une indemnisation (CE, 2 mai 1958, Distillerie de Magnac-Laval).

Par conséquent, compte tenu des risques de contentieux encourus, un accord avec le prestataire devra être privilégié si le contrat n'encadre pas lui-même de manière suffisamment précise les conditions de recours à la modification unilatérale.

Mes services restent à votre disposition pour tout complément d'information.

Le préfet,

A handwritten signature in blue ink, consisting of a series of loops and strokes, positioned above the printed name.

Jérôme GUTTON

