

DIRECTION
DE LA
COMPTABILITE PUBLIQUE

BUREAUX C 3 — D 3 — D 4

Numéros dans les séries spéciales :
2384 TM — 866 TOM — 311 BA

Cette instruction a été modifiée par les instructions suivantes :	
n°	du
n°	du
n°	du
n°	du
Cette instruction a été abrogée par l'instruction	
n°	du

AVENANTS AUX MARCHES PUBLICS

DOCUMENT A ANNOTER

L/C 1832-1665 du 18 février 1949 (B. S. T. 14 R).

Les comptables voudront bien trouver ci-après en annexe, pour en faire application en ce qui les concerne, la lettre circulaire n° L/C 144 M, qui a été adressée, le 31 octobre 1972, par le Ministre de l'Economie et des Finances, aux Ministres et Secrétaires d'Etat, et qui traite de la passation des avenants aux marchés publics.

L'éventualité de la passation d'un avenant est, en effet, pour les services acheteurs, la cause d'incertitudes et d'interprétations divergentes lorsqu'il s'agit de sanctionner des modifications qui affectent soit les obligations réciproques des parties soit les caractéristiques des contractants, telles la forme et la capacité juridique des entreprises.

DESTINATAIRES POUR APPLICATION

RGP	PGT	TPG	DOM	IP	DS	TGE	SIA	RF
P	TOM	EAM	CPE	TAC	PGA	PA	BA	EPA

DIFFUSIONS
GT HM
84 18

INSTRUCTION
N° 72-144 - B 1
du
6 décembre 1972.

Afin de pallier ces inconvénients, la circulaire ministérielle apporte aux différents cas susceptibles de se présenter des solutions uniformes en précisant, dans chaque hypothèse, s'il convient ou non de recourir à la conclusion d'un avenant.

Dans la mesure où elles ne pourraient être réglées au niveau du Trésorier-Payeur Général, les difficultés d'application auxquelles seraient susceptibles de donner lieu la présente instruction devront être signalées à la Direction, sous le timbre des bureaux concernés.

Cette circulaire est également destinée aux services du contrôle financier déconcentré.

Le Directeur de la Comptabilité Publique,
JEAN FARGE.

MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE
ET DES FINANCES

ANNEXE

INSTRUCTION
N° 72-144 - B 1
du
6 décembre 1972.

SECRETARIAT GÉNÉRAL
DE LA
COMMISSION CENTRALE DES MARCHÉS

Paris, le 31 octobre 1972.

Direction
de la
Comptabilité publique.

LE MINISTRE DE L'ÉCONOMIE ET DES FINANCES

à

Bureaux C 3-D 3.

MESSIEURS LES MINISTRES ET SECRÉTAIRES D'ÉTAT

L/C 144 M

OBJET : Les avenants aux marchés publics.

Lorsque les parties contractantes à un marché public sont amenées à apporter des modifications aux dispositions de ce dernier, elles établissent, en règle générale, un avenant. Il peut cependant se produire des cas où le problème se pose de savoir s'il convient ou non d'établir un avenant.

La présente instruction a pour but, après avoir défini la notion d'avenant, de recenser les divers cas qui peuvent se présenter et de donner aux services acheteurs des directives pour les régler de façon uniforme.

I. — DEFINITION D'UN AVENANT

Un avenant est un écrit constatant un accord de volonté des parties à un contrat et ayant pour objet de modifier une ou plusieurs des dispositions de l'accord antérieur.

Les modifications à apporter aux dispositions du contrat doivent répondre à certains critères pour nécessiter l'établissement d'un avenant. Elles doivent en particulier :

- concerner un élément déterminant de l'accord antérieur ;
- ne pas pouvoir être réglées par les dispositions contractuelles.

Dans le domaine des marchés publics, la libre expression des volontés a cependant des limites, telles par exemple que le respect des règles de la concurrence ou des règles budgétaires. Un avenant ne saurait bouleverser l'économie du marché ou en changer fondamentalement l'objet. C'est ainsi que la passation d'un avenant ne peut régler le cas de travaux ne se rattachant pas à l'exécution des travaux prévus au marché ni celui de travaux nouveaux non liés directement à l'exécution du marché initial. Il convient dans ce cas de conclure un nouveau marché.

II. — LES DIVERS CAS DE MODIFICATIONS POUVANT AFFECTER UN MARCHÉ PUBLIC

Les modifications peuvent résulter soit de la volonté réciproque des parties, soit de circonstances indépendantes de leur volonté, ou affecter les caractéristiques de l'un des contractants.

Il conviendra de distinguer les cas correspondant à ces différentes situations :

- modifications visant des clauses d'obligations réciproques ;
- modifications affectant les caractéristiques de l'un des contractants.

A. — Modifications visant les clauses d'obligations réciproques.

Les clauses concernant ces modifications peuvent avoir trait :

- au prix ;
- à la définition technique de la prestation ;
- au volume de la prestation ;
- aux délais ;
- au lieu d'exécution ou de livraison des prestations ;
- au paiement direct des sous-traitants et sous-commandiers ;
- à toutes autres dispositions (modalités de financement et de règlement, obligations comptables, droits de propriété industrielle, maintenance, stockage, matériel en dépôt, etc.).

En règle générale, les modifications concernant ces clauses d'obligations réciproques nécessitent la passation d'un avenant. Cependant, un certain nombre de cas présentent des particularités qui appellent les précisions suivantes :

1. — PRIX

Les stipulations contractuelles peuvent avoir prévu des modalités de modification de prix. C'est le cas notamment du jeu de la révision de prix, de la variation d'un taux de remise en fonction des quantités commandées au cours d'une certaine période, de l'application d'un rabais en cas de notification d'une tranche conditionnelle ou de la variation d'un tarif officiel auquel se réfère le contrat. Il n'y a alors pas lieu de passer un avenant.

En ce qui concerne la transformation d'un prix provisoire en prix définitif, l'article 105 du Code des marchés prévoit que des avenants doivent intervenir aux phases ou échéances précisées dans le marché à prix provisoire (1).

La nécessité d'un avenant pour la fixation du prix définitif est par exemple confirmée par l'article 4-1 du C. C. A. G. « Marchés industriels » qui prévoit cependant, en cas de désaccord, la fixation du prix définitif par décision ministérielle (1).

2. — DÉFINITION TECHNIQUE DE LA PRESTATION

Pour les marchés de travaux, le règlement du prix des ouvrages non prévus s'effectue conformément aux dispositions de l'article 29 du C. C. A. G. Les nouveaux prix sont calculés dans les mêmes conditions économiques que les prix du marché et après avoir été débattus avec l'entrepreneur, ils sont soumis à l'approbation de l'autorité compétente et notifiés à l'entrepreneur par ordre de service. Dans le cas des travaux sur prix global et forfaitaire, le C. P. C. ou le C. P. S. détermine les conditions de règlement des modifications susceptibles d'être prescrites par l'administration en cours d'exécution. Ces documents peuvent notamment prévoir dans quelles limites, dans quels cas et moyennant quelles conditions, les modifications au marché primitif doivent être sanctionnées par un avenant, préalablement à l'exécution de toute modification.

En ce qui concerne les marchés de fournitures et les marchés industriels, les articles 43 et 44 des C. C. A. G. respectifs permettent à l'administration de prescrire au titulaire des modifications de caractère technique dans la mesure où elles sont compatibles avec la capacité technique de son entreprise, ou d'accepter les modifications qu'il propose ; ces modifications prennent la forme d'un avenant dans le cas où elles entraînent un changement de prix ou de délai.

(1) Ces dispositions ne s'appliquent pas aux marchés passés par les collectivités locales.

3. — VARIATION DANS LA MASSE DES TRAVAUX OU DES FOURNITURES

Les procédures à adopter dans les marchés de travaux doivent tenir compte :

- d'une part, sur le plan contractuel, des dispositions des articles 30 et 31 du C. C. A. G. applicable aux marchés de travaux qui définissent la fourchette à l'intérieur de laquelle les travaux exécutés restent contractuellement dans le cadre du marché ;
- d'autre part, sur le plan réglementaire, des dispositions de l'article 184 du Code des marchés qui doivent être interprétées comme rendant impérative la passation d'un avenant lorsque la limite fixée à l'article 30 du C. C. A. G. est dépassée (1).

Il est rappelé que les dispositions de l'article 184 s'appliquent également aux marchés de fournitures et aux marchés industriels.

4. — DÉLAIS

a) *Marchés de travaux.*

Les documents contractuels peuvent prévoir une modification des délais dans certains cas sur ordre de service accepté par le titulaire du marché (augmentation de la masse des travaux, rencontre de difficultés techniques imprévues, phénomènes naturels retardant ou interrompant l'exécution des travaux, etc.).

Dans les cas où la modification du délai n'est pas prévue par les documents contractuels, l'avenant est nécessaire. Il en est ainsi par exemple pour la prolongation des délais nécessités par une augmentation relative de la masse des travaux dépassant le pourcentage fixé à l'article 30 du C. C. A. G. ou par des travaux complémentaires dont le montant dépasse les crédits budgétaires disponibles. Dans ces deux cas, l'avenant peut régler à la fois l'augmentation des travaux et la prolongation du délai d'exécution correspondant après que les crédits budgétaires aient été mis à la disposition des ordonnateurs secondaires de l'Etat ou inscrits au budget de la collectivité locale intéressée.

L'article 5 du C. P. C. applicable aux marchés de travaux publics prévoit toutefois la possibilité de prolonger le délai d'exécution :

- soit par décision de l'autorité compétente ;
- soit simplement par ordre de service, pour le cas où le marché prévoit que ledit délai d'exécution est fonction de critères qu'il a définis.

b) *Marchés de fournitures courantes et marchés industriels.*

Les articles 47 du C. C. A. G. applicable aux marchés de fournitures courantes et 48 du C. C. A. G. applicable aux marchés industriels établissent une distinction entre le sursis de livraison et la prolongation du délai d'exécution, qui seule exige la conclusion d'un avenant.

Le sursis de livraison a pour seul effet d'écarter, pour un temps égal à sa durée, l'application des pénalités pour retard et les menaces de résiliation ; il peut être accordé au titulaire lorsqu'une cause n'engageant pas sa responsabilité met obstacle

(1) Pour les marchés passés par les collectivités locales, les dispositions de l'article 359 du Code des marchés précisent dans quelles conditions l'avenant doit intervenir. Celui-ci doit notamment être approuvé *avant* tout commencement d'exécution.

INSTRUCTION
N° 72-144 - B 1
du
6 décembre 1972.

à l'exécution du marché dans les délais contractuels ou lorsque le titulaire rencontre, dans la mise au point d'un appareil nouveau ou dans l'exécution d'une fabrication nouvelle, des difficultés exceptionnelles d'ordre technique et d'une ampleur imprévisible lors de la conclusion du contrat.

La prolongation du délai d'exécution peut être également accordée au titulaire lorsque les causes du retard sont le fait de l'administration ou proviennent d'événements ayant le caractère de force majeure.

A la différence du sursis, la prolongation du délai d'exécution permet de reporter la période de lecture de la valeur finale des paramètres contenus dans la formule de révision de prix insérée, le cas échéant, dans le marché.

Il y a lieu d'ajouter que la remise de pénalités prévues par les documents contractuels résulte d'une décision de la personne responsable du marché et ne donne donc pas lieu à un avenant. Elle ne découle pas en effet de la volonté commune des parties mais des pouvoirs de l'administration qui constate que le retard n'est pas imputable soit en totalité, soit en partie au titulaire. Cette décision doit alors être portée à la connaissance du comptable assignataire.

5. — LIEU D'EXÉCUTION OU DE LIVRAISON DES PRESTATIONS

L'avenant est nécessaire si le lieu d'exécution ou de la livraison des prestations est une des conditions du marché.

6. — PAIEMENT DIRECT DES SOUS-TRAITANTS ET SOUS-COMMANDIERS

L'article 167, 1° et 2°, du Code des marchés prévoit que, à défaut d'une disposition expresse insérée dans le marché, l'agrément donné par l'administration contractante au sous-traitant ou au sous-commandier doit faire l'objet d'un avenant, le marché ou l'avenant devant indiquer d'une manière précise la nature et la valeur des travaux ou des fournitures à exécuter par le titulaire et par chacun des sous-traitants ou sous-commandiers agréés nommément désignés.

Est cependant interdite la passation d'un avenant prévoyant le règlement direct des sous-traitants et sous-commandiers lorsque l'exemplaire unique du marché initial, destiné à former titre en cas de nantissement, a été remis au titulaire par l'administration contractante. En pareil cas, le titulaire a donné ou est en mesure de donner le marché en nantissement, et l'intervention d'un avenant permettant de régler à un tiers une fraction du prix du marché n'est pas concevable puisqu'il aurait pour effet de réduire le gage du créancier nanti à concurrence des sommes réglées directement par l'administration aux sous-traitants. Toutefois, si le titulaire, n'ayant pas donné son marché en nantissement, accepte de restituer l'exemplaire unique, la passation de l'avenant de l'espèce indiquée ci-dessus redevient possible.

La passation d'un avenant prévoyant le règlement direct des sous-traitants et sous-commandiers peut cependant être admise, même lorsque l'exemplaire spécial du marché a été remis au titulaire, si les diverses catégories, avec leur prix initial correspondant, de travaux ou fournitures à exécuter par le titulaire sont indiquées dans le marché. Dans ce cas, en effet, la partie du marché à exécuter par un ou plusieurs sous-traitants ou sous-commandiers, lesquels n'étaient pas connus au moment de la conclusion du contrat, demeure réservée et le créancier nanti a connaissance de l'importance du gage qui lui est remis par le titulaire.

B. — Modifications affectant les caractéristiques de l'un des contractants.

1. — LE MAITRE D'OUVRAGE

a) *Le maître d'ouvrage lui-même.*

En ce qui concerne les *marchés de l'Etat*, la qualité de l'administration contractante ne constitue pas un élément déterminant du consentement du titulaire du marché. L'avenant n'est donc pas nécessaire pour les modifications de la personne responsable (art. 44 et 45-2°, du Code des marchés). Elle doivent cependant faire l'objet d'un ordre de service notifié au titulaire du marché et dont copie est adressée au comptable assignataire. Lorsqu'elles s'accompagnent d'un changement du lieu d'assignation, la Direction de la Comptabilité publique prend les mesures prévues au paragraphe b.

S'il s'agit de *marchés passés par des collectivités locales*, les modifications qui peuvent se produire (fusion de communes, transfert d'un marché d'une collectivité locale à l'Etat, etc.) entraînent le plus souvent un changement dans la personne morale du maître d'ouvrage. Il y a alors novation, d'où la nécessité d'un avenant.

b) *Les changements de maître d'œuvre, de la personne chargée de donner les renseignements prévus à l'article 192 du Code des marchés, du comptable assignataire* ne nécessitent pas la passation d'un avenant. Ils doivent cependant faire l'objet d'un ordre de service notifié au titulaire du marché et dont copie est adressée au comptable assignataire.

Ces divers changements qui ne peuvent évidemment résulter que de modifications apportées aux structures administratives, n'appellent de commentaires particuliers que dans l'hypothèse où ils portent sur le comptable assignataire.

Dans cette éventualité, provenant le plus souvent d'une modification des circonscriptions des ordonnateurs secondaires, la Direction de la Comptabilité publique adresse aux comptables concernés les instructions nécessaires pour que les paiements à intervenir sur les marchés en cours au moment du transfert soient effectués par le nouveau comptable assignataire et pour que les créanciers nantis soient avisés de ces modifications.

2. — L'ENTREPRENEUR

a) *Décès de l'entrepreneur.*

Dans ce cas, les sommes dues à raison des fournitures, prestations ou travaux effectués jusqu'au jour du décès doivent être liquidées et mandatées au nom du *de cuius*, sur l'acquit des héritiers. Les nantissements, oppositions, cessions ou saisies-arrêts continuent d'être exécutés et les sommes revenant éventuellement à la succession sont réglées sur production au comptable des pièces d'hérédité.

Il convient ici de faire une distinction entre les marchés industriels ou de fournitures courantes, d'une part, et les marchés de travaux, d'autre part.

Dans le cas des marchés industriels ou de fournitures courantes, les héritiers continuent l'exécution du marché et la rédaction d'un avenant ne s'impose pas. Toutefois, la personne responsable peut prononcer la résiliation du marché sur la demande des héritiers ou si elle estime que la bonne exécution du marché ne pouvait être garantie que par la capacité personnelle du titulaire (art. 62 du C. C. A. G. « Marchés industriels » et art. 59 du C. C. A. G. « Fournitures courantes »).

Si l'exécution du marché se poursuit avec les héritiers, la personne responsable devra adresser au comptable un certificat administratif.

INSTRUCTION
N° 72-144 - B 1
du
6 décembre 1972.

Dans le cas des marchés de travaux, le marché est résilié de plein droit sans indemnité, sauf à l'administration à accepter s'il y a lieu les offres qui peuvent être faites par les héritiers pour la continuation des travaux (art. 37-1 du C. C. A. G. « Travaux »). La rédaction d'un avenant s'impose dans la seconde éventualité (1).

Si l'exécution du marché se poursuit après le décès du titulaire, le certificat administratif pour les marchés industriels ou de fournitures, ou l'avenant pour les marchés de travaux, doit désigner, avec le compte à créditer, chacun des héritiers nommément ainsi que, s'il y a lieu, la personne (la veuve, un des héritiers, un tiers...) chargée de les représenter. Le mandatement doit désigner tous les héritiers; les oppositions notifiées ou signifiées à l'encontre du *de cuius* ou de l'un quelconque des héritiers doivent être exécutées par le comptable.

Dans l'hypothèse où la succession est ultérieurement réglée et si un partage des biens successoraux est intervenu, un avenant doit dans tous les cas (marchés industriels, de fournitures courantes ou de travaux) être établi au nom de la personne à qui le fonds de commerce a été dévolu.

b) Incapacité civile de l'entrepreneur.

Bien que se rapprochant du précédent (décès de l'entrepreneur), ce cas ne peut lui être entièrement assimilé, car le titulaire du marché reste l'incapable, le règlement intervenant dans des conditions qui, dans chaque cas particulier, ne peuvent être déterminées qu'au vu des énonciations de pièces justificatives produites au comptable.

Dans ce domaine, l'application de la loi n° 68-5 du 3 janvier 1968 instituant un nouveau régime de protection des incapables majeurs crée des situations différentes suivant le régime sous lequel l'incapable est placé et les solutions à envisager doivent être appropriées à ce régime. Il est à noter que le C. C. A. G. « Travaux » ne fait pas référence à ce cas qui, par contre, figure dans les dispositions des C. C. A. G. « Marchés industriels » et « Fournitures courantes ». Cette omission sera réparée dans le nouveau C. C. A. G. « Travaux » actuellement en préparation.

c) Règlement judiciaire ou liquidation de biens de l'entrepreneur.

Au cas où le juge-commissaire ou le tribunal autorise l'entreprise à continuer son activité en vertu des articles 24 et 25 de la loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 et si le syndic use de cette faculté, l'exécution du contrat se poursuit sans nécessiter l'intervention d'un avenant. Dans ce cas, la personne responsable adresse au comptable un certificat administratif précisant à qui les paiements doivent être effectués.

d) Changements dans l'entreprise n'affectant pas sa forme juridique.

Il s'agit là de modifications concernant l'identification du titulaire, mais ne se rapportant pas à un élément déterminant de l'accord de volontés initial et ne pouvant faire l'objet d'un accord de volontés puisqu'il s'agit de modification résultant d'une décision unilatérale du titulaire. Elles ne peuvent donc pas donner lieu à avenant. C'est le cas notamment pour le changement de raison sociale ou de dénomination sociale, de siège social ou domicile, de personnes ayant le pouvoir de diriger l'entreprise et de l'engager envers les tiers.

Ces changements ne doivent pas avoir pour effet d'introduire dans l'entreprise une personne frappée des interdictions prévues à l'article 49 du Code des marchés; à défaut, le marché serait résilié de plein droit ou mis en régie aux torts exclusifs du titulaire ainsi que le prévoit cet article (2).

(1) En ce qui concerne les marchés des collectivités locales, il y a lieu à avenant en cas de décès et d'acceptation de nouvelles offres dans tous les cas, qu'il s'agisse de travaux (art. 37-1 du C. C. A. G.) ou de fournitures (art. 59 du C. C. A. G.).

(2) En ce qui concerne les marchés des collectivités locales (cf. art. 259 du Code des marchés).

Toutefois, ces changements intéressent le maître d'ouvrage et en attendant qu'une clause soit introduite dans les divers C. C. A. G. prévoyant que l'entrepreneur est tenu de notifier au maître d'ouvrage ces modifications intervenues au cours du marché, il est recommandé d'inclure cette dernière dans le C. P. S.

En cas de changement de raison sociale ou de dénomination sociale ou de compte à créditer, la personne responsable du marché doit notifier le changement intervenu au comptable assignataire par certificat administratif relatant que les justifications afférentes au changement de raison sociale ou de dénomination sociale lui ont été présentées. Le certificat doit être appuyé soit d'un exemplaire du journal d'annonces légales relatant la décision de l'assemblée générale de la société, soit d'une copie ou d'une photocopie certifiée conforme de l'extrait du journal d'annonces légales.

*e) Changements dans la structure de l'entreprise
entraînant ou non la création d'une nouvelle personne morale.*

L'article 5 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 précise que la « transformation régulière d'une société n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle ». C'est le cas par exemple d'une S. A. R. L. se transformant en société anonyme. En règle générale ces changements ne nécessitent pas la passation d'un avenant. En effet, l'entrepreneur en tant que personne morale contractante n'a pas changé et la modification de sa forme juridique résulte d'une décision unilatérale qui ne peut faire l'objet d'un accord de volontés des parties au marché. Il y a donc analogie avec les cas examinés au paragraphe *d* ci-dessus.

Une entreprise personne morale peut devenir membre d'un groupement d'intérêt économique sans lui faire apport du marché. Elle peut devenir membre d'un holding ou passer en tant que filiale ou participante sous le contrôle d'une autre société, celle-ci possédant entre 10 et 50 % de son capital (participation) ou plus de 50 % (filiale). Dans ces divers cas, la personnalité morale de la société est inchangée et le marché continue à s'exécuter sans l'intervention d'un avenant.

Si l'entreprise participe à un G. I. E. et lui apporte son marché, il y aura lieu au contraire à la passation d'un avenant.

Une entreprise peut être donnée en gérance libre ; sauf clause contraire du contrat de gérance, l'exécution des marchés contractés par le propriétaire du fonds est poursuivie par le locataire-gérant.

Le propriétaire du fonds reste solidaire et responsable avec le locataire-gérant jusqu'à la réalisation de la publication prévue par la loi du 20 mars 1956 et pendant un délai de six mois à compter de cette publication.

Dans la pratique, il faudra distinguer selon la nature des marchés :

- s'il s'agit de marchés pour lesquels la personnalité de la Partie contractante est indifférente (vente de produits banalisés), l'intervention d'un avenant est nécessaire pour constater le transfert ;
- s'il s'agit de marchés conclus en raison de la personnalité de celui qui doit les exécuter (contrats de louage d'ouvrage), la personne responsable peut prononcer la résiliation du contrat ou au contraire établir un avenant pour la poursuite de l'exécution du marché. Cet avenant qui devra notamment préciser les conditions dans lesquelles les droits et obligations résultant de l'exécution du marché ont été transférés au nouveau titulaire, doit être signé par l'ancien et le nouveau titulaire.

Il en est de même pour tous les changements portant transfert de l'exécution d'un titulaire à un autre, sauf en cas de disparition de l'ancienne entreprise par suite de fusion ou d'absorption totale.

INSTRUCTION
N° 72-144 - B 1
du
6 décembre 1972.

Des changements importants peuvent également se produire qui entraînent la création d'une nouvelle personne morale. C'est le cas notamment des fusions (totale ou partielle), des scissions, etc. La nécessité d'un avenant est alors incontestable car ces transformations impliquent une cession du marché en cours. L'accord de l'administration est alors requis en vertu des articles 47 et 257 du Code des marchés. L'avenant devra être signé par le cessionnaire et éventuellement le cédant, lorsque les changements juridiques intervenus n'ont pas entraîné la disparition de la personnalité morale de ce dernier.

Lorsqu'un grand nombre de marchés passés par la même personne responsable avec un même titulaire sont concernés par de tels changements, il pourra parfois être plus simple d'établir un acte unique dit « avenant collectif » qui constatera le transfert de tous ces marchés au nouveau titulaire. Cet acte énumérera tous les marchés transférés et sera reproduit par duplication en autant d'exemplaires qu'il y a de marchés.

Lors de ces transformations, les assemblées générales d'actionnaires prennent des décisions qui entraînent des transferts plus ou moins explicites ou plus ou moins complets d'actif et de passif, de droits et d'obligations. L'Etat ou les collectivités locales et aussi les tiers peuvent en subir les conséquences pour les marchés en cours d'exécution ou non encore éteints. Un avenant constatant simplement le transfert de contrat ne peut régler tous les problèmes qui peuvent se poser.

III. — PROBLEMES POSES PAR LES AVENANTS DE TRANSFERT

1. — LA BONNE EXECUTION TECHNIQUE DU MARCHÉ

Il faut rappeler le principe général selon lequel le titulaire est tenu à l'exécution personnelle du marché et reste responsable personnellement tant envers l'administration que vis-à-vis des ouvriers et des tiers, même dans le cas où il sous-traite ou donne en sous-commande une partie de son marché (art. 47 et 257 du Code des marchés).

Dans certains marchés, la bonne exécution technique du marché est plus particulièrement liée à l'exécution personnelle par le titulaire (laboratoire de recherches, usines ou installations agréées) ou par des sous-traitants ou fournisseurs agréés. Dans ces cas, il conviendra de s'assurer, si un avenant vient à modifier la personne morale du titulaire, que les conditions de la bonne exécution technique sont préservées. Sinon, la personne responsable devra résilier le marché.

A la notion d'exécution personnelle du titulaire peuvent être rattachés les différents problèmes se rapportant à la propriété industrielle. Il conviendra en particulier de bien déterminer, lorsqu'une société succède à une autre société dans l'exécution d'un marché, les conditions de propriété des brevets et les conséquences qui en découlent.

2. — LES CONSÉQUENCES SUR L'ÉCONOMIE DU MARCHÉ

Les modifications dans la personne morale du titulaire entraînent le plus souvent dans les marchés à dépenses contrôlées des changements dans les coefficients de frais, les taux horaires, etc. Elles peuvent également avoir une incidence sur les prix de marchés pour la partie qui serait exécutée par de nouveaux sous-traitants. Ces différents points devront faire l'objet d'un examen attentif et être précisés dans les clauses de l'avenant.

3. — LES GARANTIES

Il importe de s'assurer avant de signer un avenant avec le nouveau titulaire que sont respectées toutes les règles relatives aux cas d'exclusions et en particulier à ceux qui concernent les obligations fiscales et parafiscales, à la sécurité en matière de défense, etc.

Par ailleurs, les cautions bancaires fournies par les titulaires de marchés ayant été accordées *intuitu personae* par les établissements financiers, il est évident qu'il convient, en cas de changement du titulaire, que de nouvelles cautions bancaires soient établies en garantie des obligations du nouveau titulaire et que les certificats de caution soient produits au comptable au soutien du premier mandatement.

Au cas où des modalités de service après-vente ou d'assistance technique ont été prévues au marché initial, l'avenant constatant le changement de titulaire doit bien préciser les conditions dans lesquelles seront assumées par le nouveau titulaire ses obligations dans ce domaine.

4. — LES NANTISSEMENTS, LES OPPOSITIONS, CESSIONS OU SAISIES-ARRÊTS

Il est rappelé que lorsque le marché est transféré à un nouveau titulaire et sauf s'il s'agit d'une fusion ou d'une absorption totale de l'ancienne entreprise, un avenant, signé par l'ancien et le nouveau titulaires et par la personne responsable, doit être établi.

Dans ce cas, les nantissemments, oppositions, cessions ou saisies-arrêts signifiés ou notifiés à l'encontre de l'ancien titulaire ne doivent s'appliquer qu'aux créances mandatées à son profit à raison des prestations qu'il a effectuées.

Bien entendu, les nantissemments, oppositions, cessions ou saisies-arrêts signifiés ou notifiés à l'encontre du nouveau titulaire seront appliqués sur les sommes mandatées au profit de ce dernier.

En ce qui concerne la copie certifiée conforme de l'original du marché délivrée à l'entrepreneur ou au fournisseur en unique exemplaire, conformément à l'article 188 du Code pour former titre en cas de nantissement, deux éventualités sont à envisager :

- ou bien l'exemplaire unique n'a pas été notifié au comptable assignataire et, sauf bien entendu en cas de perte, le titulaire du marché doit alors le restituer à l'autorité contractante ;
- ou bien l'exemplaire unique a déjà été remis au comptable et ce dernier n'a plus, dès lors, la possibilité de s'en dessaisir.

Dans tous les cas, l'avenant de transfert doit mentionner si l'exemplaire unique a été ou non restitué et, dans le second cas, préciser les raisons pour lesquelles cette restitution n'a pas été effectuée.

Ces formalités accomplies, un exemplaire unique de l'avenant peut être délivré au nouveau titulaire.

*

* *

L'attention des services contractants est appelée sur le fait que l'emploi fréquent de sigles, abréviations ou initiales et des termes : « maison », « entreprise », « établissement », etc. ne faisant pas partie de la dénomination d'une société telle qu'elle figure au registre du commerce ou au répertoire des métiers ou même, pour certains d'entre eux, précédant les nom et prénom d'une personne physique propriétaire du fonds de commerce peut amener certaines confusions et conduire le comptable assignataire à exiger la passation de nombreux avenants.

INSTRUCTION
N° 72-144 - B 1
du
6 décembre 1972.

Il est dès lors recommandé aux services d'avoir à se faire présenter soit les statuts de la société, soit un extrait du registre du commerce ou du répertoire des métiers afin de reproduire fidèlement les nom et prénom ou la raison sociale dans le marché et de faire éventuellement rectifier la soumission comportant une erreur matérielle.

*

* *

Je vous demande de bien vouloir porter la présente instruction à la connaissance des services placés sous votre autorité ou sous votre tutelle. Les difficultés auxquelles pourrait donner lieu son application seront, dans la mesure où elles ne pourraient être réglées au niveau du Trésorier-Payeur Général, évoquées auprès de mon Département sous le timbre de la Direction de la Comptabilité publique.

Pour le Ministre et par délégation :

Le Directeur du Cabinet,
JACQUES CALVET.