

L'extension de la durée des contrats de concession

Le régime juridique de la modification de la durée des contrats de concession a évolué puisqu'en 2016 ces règles ont été intégrées dans le droit commun des modifications de ces contrats. À l'heure actuelle, quelles sont concrètement les modalités de prolongation des contrats de concession ?

Au sein de la problématique générale des modifications susceptibles d'être apportées aux contrats de la commande publique, la question de la modification – et surtout de la prolongation – de la durée des contrats de concession mérite des développements spécifiques.

Parmi les nombreuses évolutions résultant (ou accompagnant seulement) de la transposition en droit interne de la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession⁽¹⁾, l'introduction dans l'ordonnancement juridique interne de dispositions réglementant la modification des contrats de concession figure parmi les plus notables. Cependant, s'agissant des modifications de la durée des contrats de concession, et en particulier de leur prolongation, les dispositions en vigueur depuis le 1^{er} avril 2016⁽²⁾ ont procédé à changement radical de perspective, le cadre juridique ne comportant plus désormais de disposition spécifique à ce type de modification et renvoyant la prolongation de la durée des contrats de concession au droit commun des modifications apportées à ces contrats.

Cette évolution notable du cadre juridique mérite ainsi d'être rappelée, avant d'envisager ses modalités concrètes de mise en œuvre.

Auteur

Marianne Hauton
Avocat à la Cour
Seban et Associés

Mots clés

Concession • Délégation de service public • Durée • Modification substantielle

(1) Nous n'évoquons ici que le cas des contrats de concessions. Cependant, le régime applicable aux marchés publics a également été l'objet de modifications substantielles.

(2) Marquant l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession (ci-après, « Ordonnance Concessions » et du décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concession (ci-après, « Décret Concessions »).

L'évolution du cadre juridique relatif à la modification de la durée des contrats de concession

Rappel de l'encadrement juridique de la prolongation des délégations de service public avant le 1^{er} avril 2016

Jusqu'au 1^{er} avril 2016 aucune disposition textuelle n'encadrait la faculté dont disposaient les parties à un contrat de concession d'apporter des modifications audit contrat.

Par exception toutefois, l'article 40 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 [dite « loi Sapin 1 »], codifié ensuite à l'article L. 1411-2 du CGCT⁽³⁾, limitait la possibilité de prolonger la durée des délégations de service public à deux hypothèses :

- d'une part, lorsqu'un motif d'intérêt général le justifie et ce, pour une durée maximale d'un an ;

- d'autre part, lorsque le délégataire est contraint, pour la bonne exécution du service public ou l'extension de son champ géographique et à la demande du délégant, de réaliser des investissements matériels non prévus au contrat initial, de nature à modifier l'économie générale de la délégation et qui ne pourraient être amortis pendant la durée de la convention restant à courir que par une augmentation de prix manifestement excessive.

Seule la prolongation de la durée des délégations de service public était donc encadrée par les textes.

Face à cet encadrement minimaliste, c'est à la jurisprudence qu'est revenue la mission de préciser les contours des modifications susceptibles d'être apportées en jugeant d'abord qu'un avenant ne pouvait avoir pour effet de bouleverser l'économie générale du contrat⁽⁴⁾. Le Conseil d'État⁽⁵⁾ a ensuite précisé que les modifications apportées à un contrat de concession ne pouvaient avoir pour conséquence (i) ni de modifier l'objet du contrat de concession, (ii) ni d'entraîner une modification substantielle de l'un de ses éléments essentiels.

La Haute juridiction précisait à cette occasion que, l'interdiction de modifier l'objet du contrat concerne, notamment, les avenants ayant pour objet de prolonger la durée d'un contrat de concession, et rappelait, en outre, que la durée d'un contrat de concession constitue l'un de ses éléments essentiels.

(3) Dans sa version applicable jusqu'au 31 mars 2016.

(4) CAA Versailles 3 mars 2005, Communauté d'agglomération de Cergy-Pontoise, req. n° 03VE04736.

(5) CE sect. fin., 8 juin 2000, n° 364803 et CE avis, Section des travaux publics, 9 avril 2005, n° 371.234.

Sur la base de ces avis, la doctrine⁽⁶⁾ a pu s'interroger sur le point de savoir si la prolongation d'une délégation de service public pour l'un des motifs mentionnés à l'article L. 1411-2 du CGCT était susceptible de constituer une « modification substantielle de l'un des éléments essentiels » du contrat.

Quoi qu'il en soit, la jurisprudence postérieure a semblé se borner à vérifier la légalité d'avenants de prolongation à des délégations de service public au regard des seules dispositions de l'article L. 1411-2 du CGCT sans se prononcer sur sa combinaison avec les règles dégagées par le Conseil d'État⁽⁷⁾; tandis que d'autres arrêts, postérieurs aux avis du Conseil d'Etat, ont continué à se fonder sur la notion de bouleversement de l'économie du contrat⁽⁸⁾.

L'inversion du mécanisme : l'intégration de la modification de la durée dans le droit commun des modifications du contrat de concession

Prenant le contre-pied de l'état du droit qui prévalait, l'Ordonnance Concessions a abrogé les dispositions précitées de l'article L. 1411-2 du CGCT, mais sans les remplacer. Dorénavant, l'ordonnance du 29 janvier 2016 et le décret du 1^{er} février 2016 définissent précisément les hypothèses dans lesquelles un contrat de concession peut être modifié, mais sans consacrer à la question de la prolongation de la durée de disposition spécifique.

La rédaction de l'article 36 du décret du 1^{er} février 2016 reprend à l'identique celle de l'article 43 de la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 précitée, lequel article n'aborde pas la question de la modification de la durée du contrat.

Désormais la modification de la durée d'un contrat de concession constitue une modification du contrat comme une autre, dont la légalité doit être appréciée au regard de la grille de lecture constituée par les articles 36 et 37 du décret du 1^{er} février 2016⁽⁹⁾.

En outre, la prolongation d'un contrat de concession devra, en plus d'être conforme aux articles 36 et 37 du décret, être également conforme aux principes contenus à l'article 34 de l'ordonnance et qui encadre la détermination de la durée du contrat, la nouvelle durée devant toujours correspondre à la « la nature et [au] montant des prestations ou des investissements demandés au

(6) F. Llorens, « Les avenants aux délégations de service public entre droit national et droit communautaire », in *Bien public, bien commun, mélanges en l'honneur d'E. FATOME*, Dalloz 2011 p.269.

(7) CAA Bordeaux 10 mai 2012, Cne de Seignosse, req. n° 11BX01573 ; CAA Nantes 18 mai 2007, Sté CURDEM, req. n° 05NT01520.

(8) CAA Marseille 18 décembre 2006, Communauté d'agglomération de Fréjus-Saint Raphaël, req. n° 03MA00679.

(9) Cette approche, logique, est partagée par l'ensemble de la doctrine. Voir notamment R. Noguellou, « L'exécution des contrats de concession », *AJDA* 2016 p.1008 ; L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 2016, 10^e éd., p. 618, n° 1373.

concessionnaire » conformément aux principes traditionnels.

Mise en œuvre concrète de la faculté de prolongation de la durée des concessions

Application de la grille de lecture définie par l'article 36 du décret

L'article 36 du décret du 1^{er} février 2016 identifie, de manière limitative, six séries d'hypothèses dans lesquelles une modification du contrat de concession est possible.

En conséquence, une fois affirmé le principe selon lequel la prolongation de la durée d'un contrat de concession doit intervenir dans ce cadre, reste à déterminer dans laquelle ou lesquelles des six séries d'hypothèses, la prolongation de la durée peut entrer.

On peut distinguer à cet égard les hypothèses dans lesquelles la prolongation de la durée du contrat constituera l'objet principal de l'avenant, de celles dans lesquelles la prolongation ne devrait constituer que l'une des évolutions prévues par l'avenant.

S'agissant des cas de figure dans lesquels la prolongation constituera l'objet principal de l'avenant, la justification pourra être trouvée aux articles 36 1^o, 36 5^o ou encore 36 6^o du décret Concessions.

En effet, il semble, tout d'abord, pleinement envisageable de prolonger la durée d'un contrat de concession sur la base de l'article 36 1^o qui permet les modifications qui, « quel que soit leur montant, ont été prévues dans les documents contractuels initiaux, sous la forme de clauses de réexamen ou d'options claires, précises et sans équivoque ». Certes, la difficulté d'appréhender ce que peut constituer une clause claire, précise et sans équivoque au sens de cette disposition a été régulièrement soulignée. Il semble néanmoins possible de considérer que, pour être conforme à l'article 36 1^o du décret, les modifications qui interviendront sur ce fondement devront revêtir un caractère quasi « automatique »⁽¹⁰⁾ et ne devront pas conférer aux parties une marge de manœuvre importante.

Mais, à supposer que l'on parvienne à rédiger une clause répondant à ces différentes exigences, c'est-à-dire une clause anticipant « le champ d'application et la nature des modifications ou options envisageables, ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage » en bornant précisément les possibilités de prolongation, voire en faisant état des paramètres précis pris en compte pour fixer l'ampleur de cette prolongation, il est permis de penser que la durée puisse faire l'objet d'une telle clause.

Dès lors que ces dispositions, et la faculté de prolongation qu'elles consacrent, auront été portées à la connaissance

de tous les candidats lors de la procédure de publicité et de mise en concurrence du contrat, les parties devraient pouvoir l'actionner au cours de l'exécution du contrat. Ce type de mécanisme renvoie à ce qui prévaut avec les tranches « optionnelles » ou « conditionnelles » qui sont fréquemment intégrées dans les contrats de concession.

On notera par ailleurs que l'article 7 du décret Concessions qui traite des éléments entrant dans le calcul de la valeur de la concession précise que « Pour estimer la valeur du contrat de concession, l'autorité concédante prend notamment en compte (...) La valeur de toute forme d'option et les éventuelles prolongations de la durée du contrat de concession ». Cela nous semble confirmer la possibilité de prévoir en amont de la procédure la faculté de prolonger le contrat, sous réserve néanmoins, de respecter le cadre fixé par l'article 36 1^o.

Ensuite, les parties à un contrat de concession pourraient également envisager de fonder une prolongation de celui-ci sur la notion - au moins aussi complexe à cerner - de modification non substantielle prévue à l'article 36 5^o.

L'article 36 5^o précise que constitue une modification substantielle celle qui change « la nature globale du contrat de concession », c'est-à-dire notamment celle qui « introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient attiré davantage de participants ou permis l'admission de candidats ou soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou le choix d'une offre autre que celle initialement retenue », qui « modifie l'équilibre économique de la concession en faveur du concessionnaire d'une manière qui n'était pas prévue dans le contrat de concession initial » ou qui « étend considérablement le champ d'application du contrat de concession ».

On peut donc se demander si, par principe, tout allongement de la durée de la concession ne serait pas susceptible d'aboutir à l'une des trois modifications substantielles énumérées ci-avant. En effet, si le premier cas qui implique rétrospectivement de s'interroger sur les autres offres ou candidats potentiels semble, pour l'heure, d'un maniement complexe, en revanche la modification de l'équilibre économique du contrat en faveur du concessionnaire pourrait être caractérisée par le juge dans tous les cas où la prolongation de la durée de la concession ne s'accompagne pas de travaux supplémentaires ou d'obligations particulières mais constitue une simple prolongation de l'intervention du concessionnaire selon les modalités initiales. S'agissant de l'hypothèse de l'extension « considérable » du champ d'application du contrat, il ne saurait être exclu qu'elle trouve à s'appliquer à une prolongation de la durée. En effet, on peut envisager que le « champ d'application du contrat » concerne tant son champ d'application géographique ou matériel que temporel. Reste donc à déterminer l'ampleur d'une extension du champ d'application temporel qui pourrait être admise. Si une extension de quelques mois, voire d'une année devraient pouvoir être admise, en revanche des extensions plus importantes pourraient poser question.

Par ailleurs, il reviendra également à la jurisprudence d'indiquer si, et dans quelle mesure, le fait de prolonger la durée du contrat, ne constituerait pas, par principe,

(10) B. Neveu, *Complément Commande publique*, n° 22, nov. 2017, Editions du Moniteur.

une modification substantielle du contrat, et ce quand bien même l'on ne se trouverait pas dans l'une de ces trois hypothèses susmentionnées.

Enfin, un avenant ayant pour objet de prolonger la durée de la concession pourra, sans difficulté, s'inscrire dans le champ des modifications dont le montant est inférieur à 5 225 000 euros HT et à 10 % du montant du contrat initial. La problématique consistera, pour les parties, à convertir en données chiffrées les effets d'une prolongation du contrat.

Au-delà de ces cas de figure dans lesquels la prolongation du contrat constituera l'objet principal de l'avenant, on peut également envisager qu'une telle prolongation figure dans un avenant ayant également d'autres objectifs et entre, de ce fait, dans d'autres cas visés par l'article 36 du décret Concessions.

Ainsi, on peut penser qu'une prolongation de la durée du contrat intervienne à l'occasion d'une modification fondée sur l'article 36 2° du décret qui autorise à modifier un contrat de concession pour y inclure des travaux ou services supplémentaires qui ne figuraient pas dans le contrat initial mais sont devenus nécessaires, et qui ne peuvent, pour des raisons techniques ou économiques, être confiés à un autre concessionnaire.

Certes, la prolongation de la durée du contrat de concession ne constituerait alors pas l'objet principal de l'avenant, pour autant, on peut imaginer qu'une prolongation soit nécessaire en présence de tels travaux ou services supplémentaires.

Il en va de même de l'hypothèse visée à l'article 36 3° qui porte sur la modification rendue nécessaire « par des circonstances qu'une autorité concédante diligente ne pouvait pas prévoir ». Là encore, s'il semble difficilement envisageable que la prolongation du contrat constitue la seule conséquence de ces circonstances imprévisibles, en revanche, il ne saurait être exclu qu'un avenant conclu sur ce fondement intègre, entre autres dispositions, une prolongation de la durée du contrat.

Si la jurisprudence est encore très rare sur la mise en œuvre des articles 55 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 et 36 du décret du 1^{er} février 2016⁽¹¹⁾, on peut toutefois faire état d'un jugement rendu le 30 juin 2017 par le tribunal administratif de Nîmes⁽¹²⁾ qui se prononce sur la légalité de la prolongation de la durée d'une délégation de service public.

Dans cette affaire, les requérants sollicitaient l'annulation d'une délibération portant autorisation de signer un avenant à un contrat de délégation de service public de l'eau potable, ledit avenant ayant pour objet de prolonger

jusqu'au 31 décembre 2019 la durée du contrat, conclu en 1969, et dont la caducité devait, en principe intervenir à compter du 1^{er} février 2017 (et ce, après avoir fait l'objet d'une première prolongation).

Outre que le tribunal admet la recevabilité de ce recours, et reconnaît donc implicitement la possibilité de contester les actes détachables des avenants, il juge, après avoir rappelé la teneur de l'article 55 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 précisant que « les modifications ne peuvent changer la nature globale du contrat de concession », « qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que la seule prolongation de la délégation de service public sans augmentation tarifaire par la délibération en litige jusqu'au 31 décembre 2019 modifie substantiellement l'économie du contrat et qu'un nouveau contrat aurait dû être conclu ; que, par suite, les requérants ne sont pas fondés à soutenir que l'article 55 précité de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession a été méconnu ».

Ce faisant, le jugement, dont les visas citent pourtant le décret du 1^{er} février 2016, ne se prononce sur la légalité de la modification qu'au regard des seules dispositions de l'article 55 de l'ordonnance. Surtout, alors que l'article 55 de l'ordonnance ne prohibe que les modifications changeant la « nature globale du contrat », le tribunal se fonde sur la circonstance selon laquelle la prolongation de la durée ne modifie pas « substantiellement l'économie du contrat », pour juger licite ledit avenant, notion qui ne figure ni dans l'ordonnance, ni dans le décret. Il est donc délicat d'identifier précisément la base sur laquelle les juges ont entendu s'appuyer pour conclure à la légalité de cet avenant et si cette formulation doit être regardée comme renvoyant à l'article 36 6° du décret visant la modification substantielles. Si tel est le cas, il résulte de la décision que le fait de prolonger le contrat de près de trois ans (ce qui impliquait, d'après les requérants, une augmentation de 13 % du montant initial du contrat) constitue une prolongation légale.

En définitive, ce jugement nous semble peu éclairant et vraisemblablement peu représentatif de la jurisprudence qui devrait se dégager progressivement.

Articulation entre la prolongation de la durée de la concession et la notion de convention de gestion provisoire du service public

Il est, en outre, permis de s'interroger sur l'articulation entre ce nouvel encadrement des modifications de la durée des contrats de concession et le régime applicable aux conventions de gestion provisoire récemment défini par le Conseil d'État.

Pour mémoire, la jurisprudence administrative a, de longue date, consacré la possibilité de conclure des conventions de gestion provisoire du service public lorsque la continuité du service public risque d'être atteinte à la suite de l'annulation juridictionnelle d'un contrat ou d'une

(11) À l'exception notable de la décision rendue récemment par le Conseil d'État au sujet de la notion de modification substantielle visée à l'article 36 5° (CE 15 novembre 2017, Cne d'Aix en Provence, req. n° 409728).

(12) TA Nîmes 30 juin 2017, Association Eau Bien Public, req. n° 1602321, *Lexbase*, Hebdo édition publique n° 468 du 20 juillet 2017 : Délégation de service public.

procédure⁽¹³⁾. En pratique, la durée de ces conventions était limitée à une année, la jurisprudence censurant les conventions d'exploitation provisoires plus longues⁽¹⁴⁾. En outre, la jurisprudence ne permettait la conclusion de telles conventions qu'avec l'opérateur sortant⁽¹⁵⁾. De plus, certains des arrêts rendus avant le 1^{er} avril 2016 fondaient cette faculté de conclure des conventions de gestion provisoire sur la notion de prolongation pour motif d'intérêt général permise par l'ancien article L. 1411-2 du CGCT susvisé⁽¹⁶⁾.

Dans une décision de 2016, le Conseil d'État s'est attaché à redéfinir les règles applicables en la matière en jugeant qu'en « cas d'urgence résultant de l'impossibilité soudaine dans laquelle se trouve la personne publique, indépendamment de sa volonté, de continuer à faire assurer le service par son cocontractant ou de l'assurer elle-même, elle peut, lorsque l'exige un motif d'intérêt général tenant à la continuité du service public, conclure, à titre provisoire, un nouveau contrat de délégation de service public sans respecter au préalable les règles de publicité prescrites ; que la durée de ce contrat ne saurait excéder celle requise pour mettre en œuvre une procédure de publicité et de mise en concurrence, si la collectivité entend poursuivre la délégation du service, ou, au cas contraire, pour organiser les conditions de sa reprise en régie ou pour en redéfinir la consistance »⁽¹⁷⁾.

On notera d'abord que, dans le cadre de cette voie de droit, le Conseil d'État ne vise pas une « prolongation » de la durée du contrat, mais bien la conclusion d'un nouveau contrat dont la passation échapperait aux règles de publicité et de mise en concurrence. Or, on peut se demander dans quelle mesure des parties à un contrat de concession souhaitant prolonger sa durée mais ne parvenant pas à inscrire une telle prolongation dans le cadre défini par l'article 36 du décret Concessions ne pourraient pas être tentées de s'orienter artificiellement vers ce type de conventions. Néanmoins, de telles tentatives devraient se heurter aux conditions posées par la jurisprudence et, en particulier, à la condition d'extériorité par rapport aux parties posée par la jurisprudence.

Ensuite, cette hypothèse vise le cas dans lequel la personne publique est dans l'impossibilité « de continuer à faire assurer le service par son cocontractant ou de l'assurer elle-même ». On peut donc s'interroger sur le point de savoir si ce type de convention doit nécessairement être conclu avec tiers, ou s'il s'agit d'une simple faculté.

Pour mémoire, sur la base de la jurisprudence antérieure⁽¹⁸⁾, ce type de convention devait nécessairement être conclu avec le concessionnaire sortant. Dans ses conclusions sous une décision précitée du 14 février 2017, le Rapporteur Public Gilles Pellissier indique : « Ce qui à nos yeux fait obstacle à ce qu'il soit regardé comme une simple modification du contrat initial est qu'il est conclu avec un autre opérateur qui n'est pas le concessionnaire des droits et obligations du titulaire ». Par conséquent, à s'en tenir à cette approche, les parties à un contrat de concession ne devraient, en réalité, pas pouvoir y recourir pour contourner la potentielle illégalité d'un avenant de prolongation qu'elles souhaiteraient conclure. La personne publique devrait nécessairement se tourner vers un autre opérateur.

Certains auteurs estiment cependant que la personne publique disposerait toujours de la faculté de prolonger la durée d'un contrat de concession sans changer de titulaire lorsqu'un motif d'intérêt général tenant à la continuité du service public le justifie, et que par ailleurs, elle disposerait également, dans les conditions précisément définies par la jurisprudence de 2016 elles aussi fondées sur la nécessaire préservation de la continuité du service public, de la possibilité de conclure un nouveau contrat avec un autre opérateur⁽¹⁹⁾.

Il reste que les arrêts susmentionnés de 2016 et 2017 n'envisagent pas l'hypothèse de la prolongation avec le même cocontractant, et que la jurisprudence antérieure au 1^{er} avril 2016 semblait fonder la possibilité de conclure une convention de gestion provisoire avec le cocontractant en place, sur l'article L. 1411-2 du CGCT, lequel est désormais abrogé. On pourrait alors en déduire que, dorénavant, la préservation de la continuité du service public ne peut plus être assurée par une prolongation du contrat initial mais par la conclusion d'un nouveau contrat (conclu avec un autre opérateur que le titulaire en place). Ce qui n'apparaît d'ailleurs pas totalement dénué de sens lorsque l'on sait que la consécration du régime des conventions de gestion provisoire par le Conseil d'État en 2016 a pour effet de créer un nouveau cas de conclusion d'un contrat de concession de gré à gré du fait de son montant, inférieur aux seuils de publicité⁽²⁰⁾. Ce qui apparaît plus compatible avec le droit de l'Union européenne que ne l'aurait été une jurisprudence consacrant, en dehors des hypothèses fixées par la directive du 26 février 2014, la possibilité, de principe et en présence d'un motif d'intérêt général, de prolonger la convention initiale.

[13] CE 21 juin 2000, Syndicat Intercommunal de la Cote D'amour et de la Presqu'île Guérandaïse, req. n° 209319

[14] CAA Marseille 21 juin 2007, Cne Sanary-sur-Mer, req. n° 05MA00197, CP-ACCP 2007, n° 70, p. 20

[15] CAA Marseille, 21 juin 2007, Cne Sanary-sur-Mer, précité. CAA Marseille 9 avril 2009, Cne d'Orange, req. n° 07MA02807, AJDA 2009, p. 1418, obs. L. Marcovici.

[16] CAA Marseille 21 juin 2007, Cne Sanary-sur-Mer, précité ; CAA Marseille 9 avr. 2009, Cne d'Orange, précité.

[17] CE 4 avril 2016, CA du centre de la Martinique, req. n° 396191. On précisera que la condition de « soudaineté » a par la suite été supprimée par le Conseil d'État [CE 14 février 2017, Société de manutention portuaire d'Aquitaine et autres, req. n° 405157].

[18] CAA Marseille 9 avril 2009, Commune d'Orange, précité, CAA Marseille 30 janvier 2015, Sté SCAM TP, req. n° 13MA03765.

[19] J. Martin, « La possibilité de conclure une délégation de service public sans procédure en cas d'urgence - Réflexions sur la construction jurisprudentielle du régime des délégations à partir du droit des marchés publics », *JCP A* n° 13, 3 avril 2017, 2083.

[20] Voir conclusions G. Pellissier, sous CE 14 février 2017, Société de manutention portuaire d'Aquitaine et autres, précité.