

Modifications et résiliation des concessions prévues par la directive

La directive fixe un nouveau régime d'exécution des concessions en établissant un cadre applicable à la modification de ces contrats ainsi qu'à leur résiliation. L'objectif de sécurité juridique poursuivi par les institutions communautaires pourrait néanmoins se trouver compromis par les incertitudes rédactionnelles de la directive et les risques importants de frottements voire de contradictions avec les concepts issus du droit administratif français.

Si les règles relatives à la passation des concessions étaient, jusqu'à présent, partiellement fixées par le droit dérivé, celles portant sur l'exécution de ces contrats, d'origine prétorienne, n'avaient jamais été appréhendées par le législateur communautaire. En consacrant un troisième titre dédié aux règles relatives à l'exécution des contrats de concession, et notamment à la modification des contrats en cours (article 43) ainsi qu'à leur résiliation (article 44), la proposition de directive sur l'attribution des contrats de concession constitue donc une véritable innovation.

L'objectif poursuivi par la Commission européenne est celui de la sécurité juridique. Il s'agit de codifier l'acquis jurisprudentiel et de préciser les conditions dans lesquelles les concessions, qui constituent des contrats de longue durée faisant intervenir des mécanismes techniques et financiers souvent complexes, peuvent, au regard du contexte évolutif auquel ils sont soumis, continuer ou non à être exécutés.

Une telle nouveauté s'est toutefois heurtée à la réticence de certains États membres de l'Union européenne, au premier rang desquels figure la France. Dans le cadre de sa réponse à la consultation publique lancée par la Commission européenne, en septembre 2010, le Gouvernement français a clairement affirmé son opposition à toute initiative européenne visant à préciser le régime communautaire d'exécution des concessions, qu'elle considérait comme suffisamment encadré tant par le droit national que par la jurisprudence communautaire.

Cette opposition a toutefois eu un écho modéré auprès des institutions communautaires puisque la proposition de directive institue un nouveau régime d'exécution des concessions en fixant un cadre applicable à la modification de ces contrats ainsi qu'à leur résiliation. L'objectif de sécurité juridique poursuivi par la Commission européenne pourrait néanmoins se trouver compromis par les incertitudes rédactionnelles de la proposition et les risques importants de frottement voire de contradiction avec les concepts issus du droit administratif français.



Auteur

Marie Perritaz et Nathalie Ricci
avocats à la Cour – SCP Seban & Associés



Mots clés

Régime d'exécution • Modification substantielle • Résiliation unilatérale

La poursuite d'un objectif

de sécurité juridique grâce à un nouveau régime d'exécution des concessions

La proposition de directive reprend les principes dégagés par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) en matière d'exécution des concessions, plus particulièrement s'agissant de leurs modifications. Au-delà, la proposition de directive adoptée par le Conseil le 11 février 2014, prévoit de nouveaux cas de modification sans nouvelle procédure de passation et crée un régime de résiliation.

Une consolidation de la jurisprudence de la CJUE

En l'absence de dispositions réglementant, au sein des directives, l'exécution des contrats de concession, les juges communautaires se sont chargés d'élaborer un régime encadrant l'exécution de ces contrats, et plus particulièrement leurs modifications. La proposition de directive dont l'objet est notamment de : « clarifier les conditions dans lesquelles des modifications apportées à une concession en cours d'exploitation imposent une nouvelle procédure d'attribution de concession »⁽¹⁾ reprend ce régime, fondé sur le respect des règles fondamentales du Traité sur l'Union européenne (notamment des principes de non-discrimination et d'égalité de traitement) ainsi que sur l'obligation de transparence des procédures⁽²⁾.

En ce sens, l'article 43 de la proposition de directive prévoit, comme l'avait jugé la Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE) dans son arrêt Wall AG du 13 avril 2000⁽³⁾, qu'une concession puisse être modifiée sans nouvelle procédure d'attribution « lorsque les modifications, quel qu'en soit leur montant, ne sont pas substantielles ». Cette notion de modification substantielle, sur laquelle s'est fondée la jurisprudence communautaire pour établir un régime d'exécution non seulement des contrats de concession mais également des marchés publics⁽⁴⁾, est ainsi reprise dans la proposition de directive.

La proposition de directive précise, tout d'abord, qu'une modification est substantielle « lorsqu'elle rend les caractéristiques de la concession substantiellement différentes de celles prévues initialement », c'est-à-dire, notamment, lorsqu'elle introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure initiale, auraient permis l'admission ou la participation d'autres candidats que ceux ayant soumissionné. En outre, la proposition de directive qualifie de substantielle une modification qui « modifie l'équilibre économique de la concession en faveur du concessionnaire d'une manière qui n'était pas prévue

dans la concession initiale » ou qui « étend considérablement le champ d'application de la concession ». Enfin, la proposition de directive enregistre la position adoptée par la CJCE dans son arrêt Pressestext⁽⁵⁾ en prévoyant que la cession d'une concession à un nouveau concessionnaire n'est pas une modification substantielle lorsqu'elle intervient en application d'une clause contractuelle, ou lorsqu'elle ne résulte que d'une réorganisation interne du concessionnaire, telle qu'une opération de restructuration impliquant une succession universelle ou partielle dans la position du concessionnaire initial. La proposition de directive prévoit également un dernier cas de substitution, sans nouvelle attribution, d'un nouveau concessionnaire, lorsque le pouvoir adjudicateur assume, lui-même, les obligations du concessionnaire initial à l'égard de ses sous-traitants.

La proposition de directive ne se contente toutefois pas d'enregistrer ce régime prétorien mais prévoit, au-delà, de nouvelles hypothèses de modification et introduit un régime de résiliation.

Les compléments apportés par rapport à la jurisprudence de la CJUE

Au-delà de ce qui avait été prévu par la Commission européenne en 2011, la proposition de directive complète le régime d'exécution des concessions en élargissant les cas dans lesquels il est possible de modifier une concession sans nouvelle procédure d'attribution. Elle établit, en ce sens, des hypothèses dans lesquelles la concession peut être adaptée sans avoir à vérifier préalablement si la modification est substantielle ou non.

La proposition de directive prévoit, tout d'abord, la possibilité d'insérer, dans les documents initiaux de la concession, des clauses de réexamen « claires, précises et sans équivoque » en application desquelles la concession pourra être modifiée, quel que soit le montant de ces modifications⁽⁶⁾. En outre, la proposition de directive précise que les concessions peuvent être modifiées sans nouvelle procédure d'attribution lorsque des travaux ou des services supplémentaires à ceux prévus initialement sont devenus nécessaires et qu'un changement de concessionnaire est impossible ou inopportun. Par ailleurs, la proposition de directive énonce que, lorsque les parties sont confrontées à des circonstances imprévisibles, elles doivent pouvoir disposer d'une marge de manœuvre pour adapter la concession à ces nouvelles conditions sans engager une nouvelle procédure d'attribution. Dans ces deux dernières hypothèses toutefois, une telle modification ne peut dépasser 50 % du montant de la concession initiale, sauf si celle-ci porte sur des activités dites « de réseaux »⁽⁷⁾. Enfin, le deuxième

(1) Point 75 du préambule de proposition de directive.

(2) CJCE 7 décembre 2000, Telaustria et Telefonadress, aff. C-324/98, points 60 et 61.

(3) CJCE 13 avril 2000, Wall AG, aff. C-91/08, points 37 et 38.

(4) CJCE 5 octobre 2000, Commission c/ France, aff. C-337/98, points 44 et 46 ; CJCE 19 juin 2006, Pressestext Nachrichtenagentur GmbH, aff. C-454/06, points 34 à 37.

(5) CJCE 19 juin 2006, Pressestext Nachrichtenagentur GmbH, aff. C-454/06, points 34 à 37.

(6) Cette possibilité avait déjà été reconnue par la CJCE dans son arrêt Pressestext (CJCE 19 juin 2006, Pressestext Nachrichtenagentur GmbH, aff. C-454/06, point 40) mais dans une affaire qui concernait uniquement la cession de contrat.

(7) On entend par activités de réseaux celles étant exercées par les entités adjudicatrices visées à l'article 7 de la proposition de directive relative à la passation des concessions.

paragraphe de l'article 43 prévoit la possibilité générale de modifier une concession sans nouvelle procédure d'attribution lorsque cette modification ne dépasse pas 10 % du montant de la concession initiale, et ne dépasse pas le seuil de 5 186 000 €. À cet égard, on notera que le seuil des 10 % a été relevé dans la dernière version de la proposition de directive puisqu'il était fixé à 5 % dans sa version initiale. Dans toutes ces hypothèses néanmoins, la modification de la concession ne doit pas changer la nature globale du contrat initial, sous peine de devoir donner lieu à une nouvelle procédure d'attribution conforme aux dispositions de la directive.

Par ailleurs, la proposition de directive, instaure un régime de résiliation unilatérale des concessions, ce qui n'avait jamais été auparavant envisagé par le droit communautaire. Ce régime demeure toutefois assez limité dès lors qu'il impose uniquement aux États membres d'offrir aux pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices la possibilité de résilier une concession lorsque les règles du droit communautaire l'exigent. En ce sens, l'article 44 prévoit trois hypothèses dans lesquelles un pouvoir adjudicateur peut résilier unilatéralement une concession en cours d'exécution : en cas de violation de l'article 43 (modification de la concession nécessitant une nouvelle procédure d'attribution) ou de l'article 38 paragraphe 4 (concession conclue avec un opérateur ayant fait l'objet d'une condamnation pénale) ainsi que dans l'hypothèse d'une violation des traités et de la directive qui serait constatée par la Cour de Justice dans le cadre d'un recours en manquement. La résiliation des concessions est donc définie, à l'instar du régime applicable aux modifications, comme un prolongement des règles de passation des concessions, plutôt que comme l'affirmation d'un véritable régime d'exécution des concessions. Dans tous les cas, la proposition de directive, dont la rédaction demeure particulièrement complexe, interroge quant aux incidences et éventuelles discordances qu'elle pourrait produire tant en droit communautaire qu'en droit interne.

Un objectif de sécurité juridique compromis par les incertitudes du régime d'exécution communautaire

L'objectif de sécurité juridique poursuivi se trouve affecté par les compromis rédactionnels opérés et les risques de contradiction avec le droit interne.

Des incertitudes rédactionnelles sur le plan communautaire

La rédaction de la directive résulte d'une série de compromis délicats entre les institutions communautaires et les États membres. La proposition initiale de la Commission européenne s'appuie sur un schéma juridique simple distinguant d'une part, un principe général et d'autre part des dérogations. S'agissant du principe, la proposition repose sur le postulat qu'une modification substantielle des dispositions d'une concession « constitue une nouvelle attribution de concession et nécessite

une nouvelle procédure d'attribution de concession ». Le projet liste ensuite d'une part, des cas excluant la qualification de modification substantielle et d'autre part, des hypothèses de modifications substantielles n'imposant pas de remise en concurrence. Le Parlement européen, souhaitant inverser le paradigme, identifie comme principe général celui de la modification du contrat sous réserve que cette modification ne soit pas substantielle⁽⁸⁾. L'objectif affirmé de prendre en compte le caractère évolutif des concessions est louable mais aboutit à une rédaction ambiguë. La directive pose le principe d'une modification libre dans des cas spécifiquement listés et, notamment, en application d'une « clause balai » à savoir « lorsque les modifications, quel qu'en soit le montant, ne sont pas substantielles ». Par la suite, elle définit, en des termes très généraux, la notion de modification substantielle. Elle précise enfin que, hors les cas limitativement listés, une nouvelle procédure est nécessaire sans toutefois préciser que cette obligation s'impose en cas de modification substantielle. L'absence d'unité du régime de la modification et le recours à des définitions en creux devraient soulever certaines difficultés dans la mise en œuvre des principes et ce, d'autant plus qu'il est difficile, à la lecture des dispositions, d'identifier le principe structurant du régime entre l'affirmation d'une liberté des pouvoirs adjudicateurs et la reprise de la notion pivot de modification substantielle utilisée par le juge communautaire.

Par ailleurs, la rédaction retenue par la proposition de directive repose sur des concepts inconnus du juge communautaire. La Commission européenne a souhaité que soit intégrée la possibilité d'adapter les concessions pour tenir compte de circonstances imprévues. Le préambule de la directive⁽⁹⁾ fait œuvre d'interprétation en précisant les critères de mise en œuvre de la dérogation, à savoir la démonstration par le pouvoir adjudicateur d'une incapacité à anticiper les circonstances « compte tenu des moyens à sa disposition, de la nature et des caractéristiques du projet, des bonnes pratiques du secteur et de la nécessité de mettre dûment en cohérence les ressources employées pour préparer l'attribution de la concession avec sa valeur prévisible ». En l'absence de base jurisprudentielle à la création de cette notion, la mise en œuvre de cette dérogation sera dépendante de l'interprétation retenue par le juge communautaire et ce, dans une démarche téléologique incertaine compte tenu de la confrontation de principes directeurs opposés au sein de l'article 43.

Enfin, la directive instaure des mécanismes juridiques dont la mise en œuvre pratique soulève des questions. En complément des exceptions matérielles et quantitatives, l'article 43 prévoit une exception relative à l'utilisation d'une technique contractuelle. Les concessions peuvent être adaptées « lorsque les modifications, quel que soit leur montant, ont été prévues dans les documents de concession initiaux sous la forme de clauses de réexamen dont les clauses de révision du montant ou d'options claires, précises et sans équivoque ». Néanmoins, ces clauses

(8) Amendement n° 188.

(9) Point 76 du préambule de proposition de directive.

ne permettent pas une modification de la concession qui changerait la nature globale de cette dernière. Dès lors, on peut s'interroger sur l'intérêt de cette dérogation qui s'inscrit en définitive dans le principe d'une interdiction des modifications substantielles. Cette rédaction pourrait être interprétée par les pouvoirs adjudicateurs comme imposant l'insertion d'une clause de réexamen contractuel. Se pose, dès lors, la question du périmètre de cette clause qui doit définir le champ d'application, la nature des modifications et les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage. Cette obligation de définition préalable des modifications à venir pourrait rendre inexploitable cette hypothèse. À titre d'exemple, les clauses de paysage prévues en matière de délégation de service public ne définissant que le principe d'une revoyure pourraient être considérées comme contraires aux règles susvisées.

Des risques de contradiction avec le régime d'exécution en droit interne

La confrontation des notions communautaires avec le régime d'exécution des contrats administratifs pourrait, en outre, aboutir à des divergences d'interprétation. Le Conseil d'État a, en effet, fait émerger, au cours du XX^e siècle, une série de principes applicables aux contrats administratifs. Or, les articles 43 et 44 inversent, dans une certaine mesure, les fondements de la théorie du contrat administratif. Le pouvoir de résiliation unilatérale d'une personne publique constitue une « règle générale applicable aux contrats administratifs »⁽¹⁰⁾ et existe même dans le silence du contrat et ce, pour des motifs d'intérêt général⁽¹¹⁾, pour faute ou encore en cas de changement de circonstances⁽¹²⁾. La jurisprudence a, sur cette base, défini les conditions de légalité d'une décision de résiliation et les modalités d'indemnisation du concessionnaire autour d'un régime consolidé et étoffé. À l'inverse, la directive envisage le principe d'une résiliation de manière très restrictive. L'identification de trois cas exclusifs amènent à s'interroger sur la validité des hypothèses prévues par le droit interne et pourrait, en tout état de cause, amener le juge communautaire à se prononcer sur le bien fondé d'une résiliation voire sur la nécessité de résilier pour une personne publique. De même, si la directive définit effectivement des cas de résiliation unilatérale du contrat, elle ne prévoit pas de régime d'indemnisation associé et laisse ainsi planer le risque que cette question soit appréhendée, par exemple, sous l'angle des aides d'état⁽¹³⁾. Cette inversion des principes entre le droit interne et le droit communautaire peut également être constatée s'agissant de la cession du contrat qui est qualifiée de modification substantielle par la directive. Conforme à la jurisprudence communautaire, ce principe s'éloigne du mécanisme

retenu par le droit interne qui repose sur la reconnaissance d'une liberté de cession sous réserve d'un accord préalable de l'autorité concédante, cette dernière ne pouvant refuser la cession que sur la base de griefs relatifs à l'insuffisance de garanties offertes par un concessionnaire⁽¹⁴⁾.

Par ailleurs, les nouveaux articles 43 et 44 interrogent sur la pérennité de principes jurisprudentiels classiques. La question du traitement des aléas contractuels est particulièrement révélatrice des risques de conflits entre notions. La directive identifie deux types d'aléas nécessitant d'adapter une concession à savoir d'une part, les travaux supplémentaires indissociables et d'autre part, les circonstances imprévisibles. La première notion se rapproche du mécanisme des sujétions techniques imprévues applicables en matière de marchés publics. Or, comme l'indique le commissaire du gouvernement Piveteau dans ses conclusions sous l'arrêt Commune de Lens⁽¹⁵⁾ : « la sujétion technique imprévue, par hypothèse, n'empêche pas la réalisation des travaux ; elle en augmente seulement le coût de manière exceptionnelle ». Les critères de définition en droit interne semblent donc, pour partie, ignorer la première condition posée par la directive à savoir qu'« un changement de concessionnaire est impossible pour des raisons économiques ou techniques telles que les exigences d'interchangeabilité ou d'interopérabilité avec les équipements, services ou installations existants acquis dans le cadre de la concession initiale ». La seconde notion posée par la directive se rapproche d'une diversité de mécanismes prévus par le juge administratif à savoir la notion de force majeure, de fait du prince et d'imprévision. Aucune de ces différentes catégories ne recoupe pleinement la notion communautaire de « circonstances imprévisibles ». Il est également possible de s'interroger sur la compatibilité du seuil de 10 % prévu par la définition quantitative de la directive avec l'approche qualitative privilégiée par le juge administratif français en matière de concessions et l'approche quantitative retenue par la doctrine en matière de marchés publics (+/- 15 %).

(14) CE Avis n° 364 803 du 8 juin 2000.

(15) CE, 30 juillet 2003, Commune de Lens ; Conclusions de D. Piveteau, *BJCP*, 2003, n° 31 p. 462

(10) CE, 2 mai 1958, Distillerie de Magnac Laval.

(11) CE, 2 février 1987, Société TV6.

(12) CE, 10 janvier 1902, Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen.

(13) V. J. F. Kerleo, « L'encadrement de l'exécution des marchés publics par le droit de l'Union européenne – Réflexions sur la proposition de directive relative à la passation des marchés publics », *Contrats et marchés publics* n° 1 janvier 2013, étude 1.