

La difficile appréhension de la notion de modification substantielle dans les DSP

La question de la légalité des avenants en matière de délégation de service public (DSP) est souvent difficilement appréhendable par les autorités délégantes qui, confrontées à l'absence de dispositions légales et réglementaires précises, se trouvent obligées de déterminer de manière incertaine si la modification envisagée est susceptible d'être considérée comme substantielle et portant sur un élément essentiel du contrat.

En établissant qu'« admettre une liberté totale de conclusion des avenants rendrait inutiles les procédures de publicité et mise en concurrence, mais interdire tout avenant serait contraire aux exigences de la vie économique et, de plus, incompatible avec l'exigence de contrats de longue durée »⁽¹⁾, le professeur Laurent Richer résume bien le dilemme juridique de la passation des avenants en matière de DSP.

Une récente annulation d'un avenant à un contrat de DSP par le tribunal administratif de Châlons-en-Champagne⁽²⁾ vient rappeler aux autorités délégantes qu'il s'agit d'un point de vigilance incontournable de la sécurité juridique des conventions.

Si la question est si délicate, c'est notamment dû au fait qu'il n'existe pas de normalisation complète des règles encadrant la passation des avenants, contrairement aux marchés publics dont le Code encadre les modifications qui peuvent être apportées en son article 20.

L'article L. 1411-6 du CGCT évoque simplement la passation de l'avenant en précisant que s'il a pour effet d'entraîner « une augmentation du montant global supérieure à 5 % », il est nécessaire de consulter, préalablement, la commission visée à l'article L. 1411-5 du Code, à savoir la Commission de délégation de service public, et que l'assemblée délibérante sera amenée à se prononcer dessus au vu dudit avis.

L'autre disposition relative aux avenants est l'article L. 1411-2 du CGCT, qui régit la prolongation des conventions et encadre les possibilités de modifier le terme de la convention, soit pour une durée de seulement un an pour motif d'intérêt général, soit pour permettre, dans un nombre limitatif de cas⁽³⁾, au délégataire d'amortir la

Auteur

François Lehoux
Avocat à la Cour
Cabinet Seban et Associés

Mots clés

Avenant • Délégation de service public • Directive Concession • Durée de la convention • Économie du contrat • Investissements • Modification substantielle • Rémunération • Risque d'exploitation

(1) L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 8^e éd., n° 421.

(2) TA Châlons-en-Champagne, 31 mars 2015, Triche et autres, req. n° 1301122.

(3) CGCT, art. L. 1411-2 b) : « Ces dispositions s'appliquent lorsque les investissements matériels sont motivés par : la bonne

réalisation d'investissement matériel supplémentaire non prévu au contrat initial.

Dès lors, il n'existe pas de disposition permettant de déterminer avec précision dans quelle mesure il est possible de modifier une convention de DSP en cours d'exécution.

À cela, s'ajoute le fait que la modification financière est souvent plus compliquée à appréhender qu'en matière de marchés publics car les flux financiers sont multiples entre l'utilisateur, le délégataire et le délégant, et qu'ils ne peuvent simplement se résumer à un prix payé par l'administration.

L'émergence de la notion de modification substantielle d'un élément essentiel du contrat en droit interne

Transposant les règles applicables aux marchés publics, le juge administratif a, dans un premier temps, considéré qu'un avenant ne pouvait avoir pour effet de bouleverser l'économie du contrat^[4]. Cette position était notamment justifiée par l'idée que le Code des marchés publics ne faisait que « codifier une règle générale susceptible de s'appliquer à tous les contrats administratifs, du moins à ceux dépendant d'un appel à la concurrence »^[5].

Le critère de la modification substantielle d'un élément essentiel du contrat a été introduit, dans un second temps, par un avis du Conseil d'État de 2005, relatif à la passation d'avenants dans les concessions de remontées mécaniques^[6]. Cet avis marque une évolution considérable dans l'appréhension de la légalité des avenants en matière de DSP, en se détachant complètement du régime des marchés publics.

Le Conseil d'État procède d'abord à une clarification unificatrice en considérant qu'il n'y a pas lieu de faire

exécution du service public ; l'extension du champ géographique de la délégation ; l'utilisation nouvelle ou accrue d'énergies renouvelables ou de récupération, si la durée de la convention restant à courir avant son terme est supérieure à trois ans ; la réalisation d'une opération pilote d'injection et de stockage de dioxyde de carbone, à la condition que la prolongation n'excède pas la durée restant à courir de l'autorisation d'injection et de stockage ».

[4] Décisions se fondant sur le critère du bouleversement de l'économie du contrat : CAA Versailles 3 mars 2005, Communauté d'agglomération de Cergy-Pontoise, req. n° 03VE04736 ; TA Lille 2 juillet 1998, Préfet de la région Nord-Pas-de-Calais, Préfet du Nord c./ Syndicat intercommunal des transports publics de la région de Douais, SEM des transports urbains du Douais, req. n° 98640.

[5] Conclusions Célérier sur la décision TA Lille 2 juillet 1998, Préfet de la région Nord-Pas-de-Calais, req. n° 98640, *BJCP* n° 1, p. 72. Voir également dans un sens similaire : TA Grenoble 7 août 1998, Bernard Betto, req. n° 961776, *BJCP* n° 2, p. 181 ; CAA Bordeaux 27 avril 2004, Ville de Toulouse, req. n° 00BX01587, *Rec. T.*, *BJCP* n° 36, p. 392 ; CAA Versailles 3 mars 2005, Communauté d'agglomération de Cergy-Pontoise, req. n° 03VE04736, *Rec. T.*, *BJCP* n° 41, p. 295.

[6] CE avis, Section des travaux publics, 9 avril 2005, n° 371234.

une distinction entre le régime des avenants de prorogation de la durée du contrat et celui applicable aux autres avenants.

La Haute juridiction fixe les cas dans lesquels le recours à l'avenant est impossible, en indiquant qu'« un avenant ne peut pas avoir pour objet la réalisation d'investissements qui sont normalement à la charge du délégataire, tels les investissements de renouvellement des installations », qu'il « ne peut pas modifier l'objet de la délégation »^[7]. Ainsi, le délégataire ne peut se voir confier, dans le cadre d'un avenant, « la réalisation d'investissements conduisant à la réalisation d'un ouvrage dissociable des ouvrages déjà construits, en raison de sa dimension, de son coût et de son autonomie fonctionnelle »^[8].

Enfin, il considère qu'« un avenant ne peut pas modifier substantiellement l'un des éléments essentiels de la délégation, tels que sa durée ou le volume des investissements mis à la charge du délégataire ».

L'abandon du critère du bouleversement de l'économie du contrat a été repris et appliqué par le juge administratif au travers de sa jurisprudence^[9].

Pour la doctrine, cette évolution a permis de mettre de côté l'approche développée jusque-là en jurisprudence, approche purement quantitative, « donnant (presque) le dernier mot aux chiffres, déconnectés de leur contexte », « au profit d'une approche plus qualitative »^[10].

Dès lors, les autorités délégantes devront, lors de la passation d'un avenant, rechercher si celui-ci constitue une modification substantielle d'un élément essentiel du contrat.

L'application du critère de la modification substantielle dans la jurisprudence administrative

La cour administrative d'appel de Paris, dans une décision du 9 mai 2012, est venue rappeler les éléments essentiels du contrat ne devant pas faire l'objet de modifica-

[7] La question de la modification de l'objet du contrat se posait également avant l'avis de 2005, pour tout contrat administratif. Le Conseil d'État considère qu'il s'agit nécessairement d'une nouvelle convention, qui doit conduire à annuler l'avenant pour méconnaissance des obligations de publicité et de mise en concurrence.

[8] Dans l'avis précité, le Conseil d'État illustre ce principe par l'exemple suivant : « Ainsi, si le contrat initial portait exclusivement sur des installations de remontées mécaniques, un avenant ne peut pas mettre à la charge du délégataire des investissements différents, tels ceux qui permettent d'assurer l'enneigement des pistes, et d'un coût substantiel ».

[9] Voir notamment, CAA Paris 17 avril 2007, Sté Kéolis, req. n° 06PA02278 : « Considérant que la légalité d'un avenant à une délégation de service public doit s'apprécier uniquement au regard de l'absence de modification d'un élément substantiel de la délégation et non du bouleversement de son économie ».

[10] N. Symkowicz, Ph. Proot, « L'avis du 19 avril 2005 : d'utiles précisions sur le contenu et le régime d'exécution des conventions de délégation de service public », *AJDA* 2006, p. 1371.

tion substantielle en « Considérant qu'un avenant ne peut modifier substantiellement l'un des éléments essentiels de la délégation de service public, tels que son objet, sa durée ou le volume des investissements mis à la charge du délégataire [...] »⁽¹¹⁾.

Il n'existe pas de définition précise du caractère « substantiel » d'une modification, aussi faut-il chercher à savoir si l'avenant n'aboutit pas à la conclusion d'un nouveau contrat distinct de l'initial. C'est cette démarche qui est reprise par le juge administratif qui considère que la cession d'un contrat « doit s'entendre de la reprise pure et simple, par le cessionnaire qui constitue son nouveau titulaire, de l'ensemble des droits et obligations résultant du précédent contrat ; qu'elle ne saurait être assortie d'une remise en cause des éléments essentiels de ce contrat, tels que la durée, le prix, la nature des prestations et, s'agissant de concessions, le prix demandé aux usagers ; que lorsque la modification substantielle de l'un de ces éléments implique nécessairement la conclusion d'un nouveau contrat, ce contrat, même conclu sous forme d'un avenant, doit être soumis aux procédures de publicité et de mise en concurrence »⁽¹²⁾.

On retrouve ici l'idée, précédemment évoquée par le professeur Richer, que la conclusion d'un avenant ne doit pas avoir pour finalité de contourner les règles de passation des DSP. Ainsi l'autorité délégante, lors de la conclusion d'un avenant devra s'interroger sur le fait de savoir si l'ampleur de la modification envisagée n'aboutirait pas *in fine* à la conclusion d'un nouveau contrat.

Malheureusement, il faut constater que la notion de « modification substantielle » n'est pas réellement plus précise que celle du « bouleversement de l'économie du contrat ». Aussi, pour essayer d'en définir les contours et déterminer s'il existe plus de souplesse en DSP qu'en marché public, il convient de se reporter à l'application qui en est faite par le juge administratif s'agissant des différents éléments ayant pu être qualifiés d'essentiels au contrat par la jurisprudence.

Aussi sans avoir l'ambition d'être totalement exhaustif, il est possible d'évoquer les cas suivants :

La modification des investissements à la charge du délégataire

Le volume des investissements à la charge du délégataire a expressément été qualifié d'élément essentiel du contrat par le Conseil d'État dans son avis de 2005. Le CGCT et la jurisprudence n'indiquent pas de montant de seuil ou de plafond au-delà duquel la modification de ce volume sera considérée comme substantielle.

Dans une décision Syndicat départemental des ordures ménagères de l'Aude, le Conseil d'État a validé le fait que « les moyens tirés de ce que, [...] et, d'autre part, que la réduction de vingt-cinq pour cent de l'emprise foncière

nécessaire à la construction du centre d'enfouissement, opérée par l'avenant n° 2 au contrat de délégation, a entraîné une modification substantielle du montant des investissements à la charge du délégataire, ne paraissent pas, en l'état de l'instruction, propres à créer un doute sérieux sur la validité de ce contrat »⁽¹³⁾.

La modification du montant des investissements fait l'objet d'une attention particulière du juge administratif. Ainsi, dans une récente décision, le Conseil d'État a confirmé l'annulation d'une procédure de passation de DSP au motif qu'au cours de la négociation il a été inséré une stipulation permettant, en cas de contentieux, de réduire le montant des investissements à la charge du délégataire de 172,8 M d'euros à 37,2 M d'euros. Il a ainsi été considéré que cette modification avait pour effet de « limiter substantiellement le montant des investissements »⁽¹⁴⁾.

In fine, la modification du volume des investissements est soumise à l'appréciation souveraine des juridictions administratives, et il demeure difficile d'établir avec certitude un barème au-delà duquel la passation d'un avenant serait illégale.

La modification de la durée de la convention de DSP

Si la durée de la DSP est explicitement visée par l'avis de 2005, on rappellera qu'au stade de la passation d'une convention de DSP, le juge administratif a eu également l'occasion d'affirmer que la durée du contrat était un de ses éléments essentiels⁽¹⁵⁾.

Dans une décision du 9 mai 2012, la cour administrative d'appel de Paris a été amenée à apprécier la légalité d'un avenant qui avait notamment pour effet « la prorogation de la concession pour une durée supplémentaire de 16 ans et 9 mois soit du 1^{er} janvier 2014 au 30 septembre 2030 par rapport à une durée initiale de 25 ans ». Les juges ont considéré que « cet avenant, qui modifie l'objet et le volume des investissements mis à la charge du concessionnaire, modifie substantiellement la durée de la concession, élément essentiel de la délégation de service public, et est donc entaché sur ce point d'illégalité »⁽¹⁶⁾.

S'il apparaît difficile de fixer un quantum au-delà duquel la prolongation de la DSP n'est pas envisageable, l'on soulignera que l'autorité délégante doit, en tout état de cause, fonder sa décision sur les cas explicitement cités à l'article L. 1411-2 b) du CGCT. C'est notamment le sens d'une décision rendue par la cour administrative d'appel de Bordeaux qui rappelle que « le législateur a entendu soumettre la prolongation de la durée initialement convenue d'une délégation de service aux conditions suivantes que des équipements nouveaux soient demandés par le délégant, que ces équipements soient

(11) CAA Paris 9 mai 2012, SECOSUD, req. n° 10PA04297.

(12) CAA Lyon 9 mai 2008, Sté Delin Architecture, req. n° 05LY00437.

(13) CE 9 mai 2012, Syndicat départemental des ordures ménagères de l'Aude, req. n° 355665.

(14) CE 21 février 2014, Dalkia France, req. n° 373159.

(15) CE 23 mai 2008, Musée Rodin, req. n° 306153.

(16) CAA Paris 9 mai 2012, SECOSUD, req. n° 10PA04297.

indispensables au bon fonctionnement du service public ou à son extension géographique, et qu'ils ne puissent être amortis pendant le temps restant de la convention sans augmentation de prix manifestement excessive »^[17].

La modification de l'économie du contrat

Il n'existe pas de valeur plafond s'agissant de l'économie du contrat, permettant de déterminer si une modification envisagée est, ou non, substantielle. En revanche, il est possible de se référer à la jurisprudence antérieure à 2005 relative au bouleversement de l'économie pour dégager un ordre de grandeur au-delà duquel la modification nécessiterait l'engagement d'une nouvelle procédure de publicité et de mise en concurrence.

Pour illustration, l'on rappellera ici que le tribunal administratif de Lille a condamné l'augmentation de 24 % de la contribution forfaitaire de la personne publique pour les transports en commun, alors qu'aucune sujétion imprévue ne venait la justifier^[18].

La modification du risque d'exploitation

Dans la décision Keolis^[19], la cour administrative d'appel de Paris établit que le risque de l'exploitation du service public constitue l'un des éléments essentiels d'une DSP.

La Cour considère que l'avenant contesté, en créant des services nouveaux et en introduisant notamment de nouvelles compensations tarifaires, avait pour effet de provoquer des modifications qui « affectent la répartition initiale des charges entre le délégant et le délégataire et réduisent ainsi de manière importante le risque d'exploitation encouru par la société Keolis », ainsi elle en déduit que « ledit avenant doit être regardé comme modifiant substantiellement le risque d'exploitation du délégataire, lequel est un des éléments essentiels d'une délégation de service public ».

La modification du mode de rémunération du délégataire

Dans une décision, qui est peut-être rapprochée de la jurisprudence déjà citée relative au risque supporté par le délégataire, la cour administrative d'appel de Paris a récemment censuré un avenant qui avait pour effet de modifier le mode de rémunération. Dans cette affaire, l'avenant a eu pour effet de supprimer l'affermage existant au profit de ce que l'on pourrait considérer comme

une régie intéressée puisque le délégataire, titulaire d'une régie de recettes, percevait les redevances pour le compte du délégant et était rémunéré par ce dernier. Ainsi la Cour considère « que, compte tenu [...] de la modification substantielle du mode de rémunération de la SA EGS qui est intervenue à compter du 1^{er} décembre 2004, la commune de Fontainebleau doit être regardée comme ayant conclu avec la SA EGS, à compter de cette dernière date, une nouvelle convention de délégation de service public pour l'exploitation du marché forain de Saint-Louis sans affermage des droits de place »^[20].

Ainsi la modification du mode de rémunération du délégataire, et particulièrement la transformation d'un affermage en régie intéressée, doit, selon toute vraisemblance être regardée comme une modification substantielle, nécessitant l'engagement d'une nouvelle procédure de publicité et de mise en concurrence.

À l'inverse, l'on peut déduire, d'une décision de la cour administrative d'appel de Marseille relativement récente que l'approche qualitative autour de la notion de modification substantielle d'un élément essentiel de la convention permet à l'autorité délégante d'envisager des adaptations d'envergure du service public.

Dans cette décision, la cour administrative d'appel de Marseille a été amenée à se prononcer sur un avenant instaurant, en cours d'exécution, la gratuité du service public de transport en commun. Si la question d'une éventuelle requalification du contrat a fait l'objet d'importants débats, la question de la légalité de la modification au regard des conditions fixées par l'avis précité de 2005 a également été analysée.

Après avoir rappelé qu'il s'agit d'une « transformation du mode de rémunération du prestataire » qui aura notamment pour incidence « une augmentation de la fréquentation, à hauteur de 50 % dans un premier temps, puis de 80 % à terme », la Cour considère que « toutefois, comme il a été dit précédemment, l'avenant n'a pas eu pour effet de supprimer tout risque d'exploitation pesant sur le délégataire ; que l'instauration de la gratuité sur le réseau de transport public de voyageurs ne change pas la nature des prestations ; qu'il ne résulte pas de l'instruction que les modifications apportées à la convention initiale affectent la répartition des charges entre le délégant et le délégataire, et que ce dernier bénéficie de conditions financières plus favorables ; qu'ainsi, l'avenant en litige, qui tend à l'amélioration d'un service rendu aux usagers, ne modifie pas substantiellement un des éléments essentiels de la convention de délégation de service public et n'entraîne pas un bouleversement de son économie »^[21].

On relèvera ici que le juge administratif admet la modification du mode de rémunération du délégataire, au motif, notamment, que l'avenant préserve le risque d'exploitation initialement convenu entre les parties.

[17] CAA Bordeaux 10 mai 2012, req. n° 11BX01573 ; pour être exhaustif, la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 (Grenelle II) a ajouté deux nouveaux cas de plongement : « l'utilisation nouvelle ou accrue d'énergies renouvelables ou de récupération, si la durée de la convention restant à courir avant son terme est supérieure à trois ans » et « la réalisation d'une opération pilote d'injection et de stockage de dioxyde de carbone, à la condition que la prolongation n'excède pas la durée restant à courir de l'autorisation d'injection ou de stockage ».

[18] TA Lille 2 juillet 1998, Préfet du Nord, req. n° 98-640.

[19] CAA Paris 17 avril 2007, Sté Keolis, req. n° 06PA02278.

[20] CAA Paris 3 juillet 2013, Sté EGS, req. n° 11PA02477.

[21] CAA Marseille 28 avril 2014, req. n° 12MA00238.

Une définition de la modification substantielle saisie par le droit communautaire

La question de l'appréciation de la légalité de la passation des avenants fait également intervenir, en droit communautaire, la notion de modification substantielle. Aussi il convient de rappeler l'émergence de la notion dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, ainsi que la définition nouvellement proposée par la directive 2014/23/UE du 26 février 2014.

La définition jurisprudentielle de la modification substantielle

On rappellera ici que le juge communautaire, reprenant des solutions déjà appliquées en matière de marché public^[22], a, dans une décision Wall AG de 2010^[23], affirmé qu'une modification d'une concession de services doit respecter le principe de transparence et qu'elle ne doit pas introduire des caractéristiques substantiellement différentes du contrat initial : « En vue d'assurer la transparence des procédures et l'égalité de traitement des soumissionnaires, des modifications substantielles, apportées aux dispositions essentielles d'un contrat de concession de services, pourraient appeler, dans certaines hypothèses, l'attribution d'un nouveau contrat de concession lorsqu'elles présentent des caractéristiques substantiellement différentes de celles du contrat de concession initial et sont, en conséquence, de nature à démontrer la volonté des parties de renégocier les termes essentiels de ce contrat (voir, par analogie avec les marchés publics, arrêts du 5 octobre 2000, Commission/France, C-337/98, Rec. p. I-8377, points 44 et 46, et du 19 juin 2008, Presstetext Nachrichtenagentur, C-454/06, Rec. p. I-4401, point 34) »^[24].

Sur le modèle de sa décision Presstetext^[25], la Cour illustre la notion de modification substantielle comme étant : « La modification d'un contrat de concession de services en cours de validité peut être considérée comme substantielle lorsqu'elle introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure d'attribution initiale, auraient permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis, ou auraient permis

de retenir une offre autre que celle initialement retenue (voir, par analogie, arrêt Presstetext Nachrichtenagentur, précité, point 35) »^[26].

La définition issue de la Directive Concession 2014/23/UE

La directive 2014/23/UE du 26 février 2014 relative à l'attribution des contrats de concession apporte plusieurs précisions sur la modification de ces contrats. Ainsi l'article 43 de ce texte vient créer un véritable cadre légal des modifications des concessions sans nouvelle procédure d'attribution.

Plusieurs hypothèses de recours à l'avenant sont prévues, dont notamment « lorsque les modifications, quel qu'en soit le montant, ne sont pas substantielles au sens du paragraphe 4 »^[27]

Selon le paragraphe 4 de l'article 43 de ladite directive, « la modification d'une concession en cours est considérée comme substantielle [...] lorsqu'elle rend les caractéristiques de la concession substantiellement différentes de celles prévues initialement. Dans tous les cas, [...] une modification est considérée comme substantielle lorsqu'au moins une des conditions suivantes est remplie : a) elle introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure initiale d'attribution de concession, auraient permis l'admission de candidats autres que ceux initialement admis, ou l'acceptation d'une offre autre que celle initialement retenue, ou auraient attiré davantage de participants à la procédure d'attribution de concession ; b) elle modifie l'équilibre économique de la concession en faveur du concessionnaire d'une manière qui n'était pas prévue dans la concession initiale ; c) elle étend considérablement le champ d'application de la concession ; d) lorsqu'un nouveau concessionnaire remplace celui auquel le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a initialement attribué la concession dans d'autres cas que ceux prévus au paragraphe 1, point d) ».

Il apparaît ainsi que la directive 2014/23/UE, tout en reprenant pour partie des principes dégagés par la jurisprudence de la Cour, propose une grille de lecture et d'analyse de la modification substantielle plus précise et plus facilement appréhendable par les autorités déléguées.

Les transpositions attendues du droit communautaire devraient donc apporter la précision encore nécessaire pour que les autorités déléguées puissent sécuriser la passation de leurs avenants.

[22] Voir notamment : CJCE 5 octobre 2000, Commission c./ France, aff. C-337/98 et CJCE 19 juin 2008, Presstetext Nachrichtenagentur, aff. C-454/06.

[23] CJUE, 13 avril 2010, Wall AG, aff. C-91/08.

[24] Arrêt précité § 37.

[25] CJCE 19 juin 2008, Presstetext Nachrichtenagentur, aff. C-454/06.

[26] Arrêt précité §38.

[27] Article 43.1 e) de la directive 2014/23/UE.