

La modification unilatérale des contrats publics

Apparu au début du XX^e siècle, le pouvoir de modification unilatérale des contrats publics connaît, à l'heure actuelle, un certain essor sur plusieurs terrains. Cependant, de nouvelles limites à l'exercice de ce pouvoir semblent avoir fait leur apparition.

Si le pouvoir de modification unilatérale fait partie des « règles générales applicables aux contrats administratifs »⁽¹⁾ et existe depuis bien longtemps⁽²⁾, il n'est pas absurde de penser que ce vieux principe fait peau neuve depuis quelques années.

À la lecture de plusieurs décisions récentes, le pouvoir de modification unilatérale des contrats publics connaît en effet, apparemment, un nouveau souffle : loin de disparaître sous la poussière ou de s'éroder inexorablement, comme on aurait pu le croire, il connaît au contraire un certain essor sur plusieurs terrains, mais rencontre également (fatalement) de nouvelles limites sur d'autres terrains.

L'essor du pouvoir de modification unilatérale

Parce que les personnes publiques sont chargées, de près ou de loin, d'exercer des missions de service public qui doivent évoluer au gré des besoins qu'elles ont pour objet de couvrir, elles doivent pouvoir imposer à leurs cocontractants de suivre l'évolution de ces besoins, sans recueillir leur consentement. C'est là le fondement originel du pouvoir de modification unilatérale des contrats publics dont disposent les personnes publiques : il est « lié à leur pouvoir d'organisation du service public, pouvoir qui leur appartient en tant que puissance publique et qu'elles ne peuvent aliéner »⁽³⁾. En contrepartie de son exercice, il est acquis que la personne publique a l'obligation d'indemniser le cocontractant de l'intégralité du préjudice qu'il subit du fait de la modification (la perte

Auteur

Astrid Boullault

Avocat, SCP Seban et Associés

Mots clés

Avenant • Clauses financières • Contrat de partenariat
• Indemnisation • Modification unilatérale

(1) CE 2 février 1983, Union des transports publics urbains et régionaux, req. n° 34027.

(2) CE 10 janvier 1902, Compagnie nouvelle du gaz de Déville-lès-Rouen, req. n° 94624 ; plus explicitement : CE 11 mars 1910, Compagnie générale française des tramways, req. n° 16178.

(3) L. Blum, conclusions sur CE 11 mars 1910, Compagnie générale française des tramways, req. n° 16178, partiellement citées dans *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz.

subie et le manque à gagner)^[4]. Naturellement, cette obligation d'indemnisation – qui ne constitue sans doute pas une limite mais plutôt une condition à l'exercice du pouvoir de modification unilatérale – ne concerne pas les situations dans lesquelles il n'est aucune perte financière, pour le cocontractant, attachée à la modification^[5].

Traditionnellement, il est plusieurs limites à l'exercice du pouvoir de modification unilatérale d'un contrat public. S'il peut porter sur (presque) tout le contrat, c'est à condition toutefois de ne pas imposer au cocontractant de nouvelles prestations qui, « par leur nature, sont étrangères »^[6] au contrat ou qui entraînent une « modification profonde de l'objet » du contrat^[7]. Dans ce cas en effet, le cocontractant se voit imposer un nouveau contrat, et non pas seulement une modification du contrat qu'il avait signé. Et il était également pendant longtemps entendu que le pouvoir de modification unilatérale ne devait pas porter sur les clauses financières du contrat^[8], parce qu'il s'agit évidemment de clauses essentielles pour le partenaire de la collectivité publique. Bien que certaines décisions aient maintenu en la matière le débat^[9], la doctrine s'accordait en effet pour dire que le cocontractant avait droit au maintien du fameux droit « à l'équilibre financier » du contrat, cher à Léon Blum^[10].

Mais ce tableau traditionnel, dessiné au fil des décennies, paraît quelque peu bousculé ces dernières années, et ce à plusieurs égards.

Déjà, le juge administratif a admis qu'une personne publique puisse unilatéralement modifier les « conditions pécuniaires » d'une convention d'occupation du domaine public, en révisant la redevance dont s'acquitte l'occupant du domaine public en cours d'exécution du contrat^[11]. Il est vrai que, pour certains, cette solution ne remet pas réellement en cause le principe d'interdiction de modifier unilatéralement les clauses financières d'un contrat : simplement, elle en limite la portée aux seules clauses financières des contrats publics attachées à la rémunération du cocontractant (le prix d'un marché public, les tarifs d'une délégation de service public, les loyers d'un contrat de partenariat), ce que n'est pas une clause de

redevance^[12]. Mais l'affirmation appelle la nuance, si l'on veut bien croire que le cœur du sujet tient dans le principe de l'équilibre financier du contrat : l'occupant du domaine public – à l'instar du titulaire d'un marché public, d'un délégataire de service public,... – signe le contrat d'occupation du domaine public en considération de la redevance qu'il devra acquitter, et ses prévisions économiques sont autant fonction de la clause fixant le montant de la redevance que le sont celles du titulaire du marché en considération de la clause de prix. Et c'est ce qui conduit certains auteurs à penser que le pouvoir de modification unilatérale des clauses financières ne devrait pas être limité aux seules conventions d'occupation du domaine public^[13].

Au-delà, le juge administratif a récemment admis, dans le cadre d'une délégation de service public, que la personne publique puisse unilatéralement modifier la clause de rémunération du délégataire, même s'il s'agit de circonstances quelque peu particulières^[14].

Il n'est donc pas sûr que le pouvoir de modification unilatérale ne puisse (toujours) pas porter sur les clauses financières d'un contrat administratif ; mais la doctrine demeure toutefois encore très partagée sur le sujet^[15].

Et cette évolution du périmètre d'intervention du pouvoir de modification unilatérale du contrat n'a, pour autant, pas été accompagnée d'un renforcement du contrôle que le juge administratif exerce sur l'usage de ce pouvoir exorbitant du droit commun.

Déjà, malgré une décision dissidente^[16], le juge administratif du fond a apparemment refusé d'étendre la jurisprudence Béziers II^[17] aux mesures de modification unilatérale : face à une modification unilatérale de son contrat par l'administration, un cocontractant ne peut pas solliciter du juge qu'il rétablisse l'état antérieur du contrat en annulant cette mesure. La modification unilatérale lui ouvre seulement droit à une indemnisation, pour autant qu'elle soit illégale et qu'il démontre avoir subi

[4] CE 27 octobre 1978, Ville de Saint Malo, req. n° 05722.

[5] F. Brenet, « L'obligation d'exécution d'un contrat administratif unilatéralement modifié par l'administration pour motif d'intérêt général », *Droit administratif*, 2011, n° 1.

[6] CE 17 février 1978, Sté Compagnie française d'entreprise, req. n° 99193.

[7] CE 14 mars 1980, SA Cie industrielle de travaux électriques et mécaniques, req. n° 03417.

[8] CE 11 juillet 1941, Hôpital-hospice de Chauny, req. n° 60158.

[9] CE 2 février 1983, Union des transports publics urbains et régionaux, req. n° 34027.

[10] Conclusions sur CE 11 mars 1910, Compagnie générale française des tramways, req. n° 16178, partiellement citées dans *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz.

[11] CE 5 mai 2010, Chambre de commerce et d'industrie de Nîmes, req. n° 301420.

[12] Voir par exemple V. de Sigoyer, M. McDonald, E. Hinder et J-B. Colin, *Exécution des montages contractuels complexes*, Éditions Le Moniteur, février 2015.

[13] Voir M. Collet, « Les modalités de répercussion de la taxe foncière sur les titulaires d'une autorisation d'occuper le domaine public », *JCPA*, 2010, p. 2288.

[14] CAA Nancy 20 décembre 2007, Sté Vivendi c./ Commune de Saint-Dizier, req. n° 05NC00897.

[15] Voir par exemple, J-D. Dreyfus, « Le régime juridique des contrats publics d'affaires – passation et exécution des contrats publics d'affaires », *Actualité juridique contrats d'affaires – Concurrence – Distribution* 2015 p. 156 ; M. de Monsebernard et M. Prats-Denoix « L'exécution des marchés publics de travaux : pouvoirs et responsabilités de la collectivité, donneur d'ordre », *AJCT* 2013, p. 173.

[16] TA de Lille 20 février 2013, Sté Lyonnaise des eaux, req. n° 1005463.

[17] CE 21 mars 2011, Commune de Béziers, req. n° 304806 ; *CP-ACCP*, n° 110, mai 2011, p. 64, note G. Le Chatelier.

un préjudice en conséquence⁽¹⁸⁾. Et le juge administratif a également rappelé très clairement que le cocontractant de l'administration commet une faute qui peut justifier la résiliation du contrat lorsqu'il refuse d'exécuter la convention unilatéralement modifiée, dès lors que la modification n'a pas bouleversé l'économie du contrat⁽¹⁹⁾.

Par ailleurs, le juge administratif des référés suit la même voie : il a estimé qu'il lui appartient, lorsqu'il est saisi sur le fondement de l'article L. 521-3 du Code de justice administrative, d'enjoindre au cocontractant de l'administration qui refuse de satisfaire une mesure de modification unilatérale, d'exécuter ses (nouvelles) obligations contractuelles, issues de la modification prononcée sans son consentement : « les mesures que le juge du contrat ou, le cas échéant, le juge des référés peut ordonner au cocontractant de l'administration pour assurer la continuité du service public ou son bon fonctionnement ne sont pas seulement celles qui découlent des obligations dans le contrat initialement signé par les parties mais également celles qui résultent de l'exercice, par l'administration, de son pouvoir de modification unilatérale du contrat »⁽²⁰⁾.

On le mesure donc sans peine : alors même qu'il s'agit d'une prérogative plus que centenaire, le pouvoir de modification unilatérale est une prérogative aujourd'hui bien vivante, dont le juge administratif assure, sinon le renforcement, à tout le moins une effectivité certaine. Mais cette évolution s'accompagne aussi d'une érosion de son périmètre sur d'autres terrains.

Les nouvelles limites au pouvoir de modification unilatérale

On l'a dit, la seule réelle limite à l'usage du pouvoir de modification unilatérale des contrats administratifs a résidé, pendant de nombreuses années, dans l'interdiction d'en modifier substantiellement l'objet, faute sinon de faire disparaître le consentement du cocontractant à l'exécution du contrat initial⁽²¹⁾.

Mais aujourd'hui, on peut se demander s'il n'existerait pas une (nouvelle) interdiction pour les personnes publiques de modifier unilatéralement certains contrats, en deçà même de l'interdiction de modifier substantiellement l'objet de tout contrat public. À l'heure où une grande partie des contrats administratifs voient leur passation soumise à des règles de publicité et de mise en concurrence, il n'est en effet pas absurde de penser

que ces règles pourraient affecter la portée du pouvoir de modification unilatérale des contrats de la commande publique. On sait que c'est ce qu'il advient des modifications consensuelles : le juge de l'Union européenne⁽²²⁾ et le juge administratif⁽²³⁾ ont substantiellement limité la possibilité, pour les parties, de faire évoluer leurs relations contractuelles par voie avenants. S'il n'est apparemment pas aujourd'hui de décision du juge administratif qui, par le jeu d'une analogie, applique ce principe aux modifications unilatérales et sanctionne ainsi une modification sur le fondement des règles de mise en concurrence, c'est peut-être bien parce que l'occasion ne s'est pas présentée. On voit mal en effet comment l'administration pourrait faire, par la voie unilatérale, ce qu'elle n'a pas le droit de faire par la voie contractuelle. Le rapporteur public, Bertrand Dacosta, l'a récemment souligné : « l'encadrement rigoureux des avenants par le droit de la commande publique implique qu'une décision unilatérale ne puisse avoir une portée supérieure à celle que pourrait avoir un avenant »⁽²⁴⁾, et la doctrine rejoint cette analyse⁽²⁵⁾. Il y a donc tout lieu de penser que l'obligation de publicité et de mise en concurrence constitue une limite, qui s'applique aujourd'hui tout autant à la modification unilatérale qu'à la modification contractuellement acceptée de certains contrats publics, ceux de la commande publique.

Pour d'autres contrats, enfin, il n'est pas interdit de penser que le pouvoir de modification unilatérale est aujourd'hui grandement limité à raison de la nature même du contrat. À tout le moins, il faut relever que le législateur semble s'inscrire dans cette perspective au sujet des contrats de partenariat. On sait en effet que les modes de financement de ces contrats sont bien souvent sensibles à toute modification, même minime, des obligations contractuelles, parce que toute modification est susceptible d'impliquer une renégociation des conditions de financement avec les prêteurs. Il faut rappeler ainsi que l'article L. 1414-12 h) du Code général des collectivités territoriales oblige les personnes publiques à prévoir, dans leurs contrats de partenariat, une clause relative « aux conditions dans lesquelles il peut être procédé - par avenant ou, faute d'accord, par une décision unilatérale de la personne publique - à la modification de certains aspects du contrat ou à sa résiliation, notamment pour tenir compte de l'évolution des besoins de la personne publique, d'innovations technologiques ou de modifications dans les conditions de financement obtenues par le cocontractant ». Le pouvoir de modification unilatérale

(18) CAA Nancy 13 février 2014, Sté Véolia Eau, req. n° 13NC00578. Voir également CAA Lyon 13 novembre 2014, Sté ERDF, req. n° 13LY00657.

(19) CE 27 octobre 2010, Syndicat intercommunal des transports publics de Cannes, Le Cannet, Mandelieu-la-Napoule, req. n° 318617.

(20) CE 5 juillet 2013, Sté Véolia Transports Valenciennes Transvilles, req. n° 367760.

(21) Voir L. Rapp, « Stabilité du contrat et mutabilité de son objet », *Contrats et Marchés publics*, 2008.

(22) CJCE 19 juin 2008, Presstext Nachrichtenagentur GmbH / République d'Autriche, aff. C-454/06.

(23) Voir par exemple, CE 11 juillet 2008, Ville de Paris, req. n° 312354.

(24) B. Dacosta, conclusions sur CE 27 octobre 2010, Syndicat intercommunal des transports publics de Cannes, Le Cannet, Mandelieu-la-Napoule, req. n° 318617, publiées à la *Revue juridique de l'économie publique*.

(25) F. Brenet, « L'obligation d'exécution d'un contrat administratif unilatéralement modifié par l'administration pour motif d'intérêt général », *Droit administratif*, 2011, n° 1.

doit donc être organisé contractuellement, et on peut s'interroger sur ce qu'il adviendrait si une personne publique modifiait unilatéralement un contrat de partenariat au-delà de ce qui avait été contractualisé lors de la signature du contrat. Au-delà, la contractualisation des modalités d'exercice du pouvoir de modification unilatérale permet surtout de prévoir *a priori* les modalités d'indemnisation du partenaire et d'endiguer ainsi le risque d'augmentation du coût final du contrat. Et à cet égard, trois dispositifs sont généralement retenus en pratique⁽²⁶⁾ : le paiement direct, lorsque la personne publique dispose

(26) Voir par exemple V. de Sigoyer, M. McDonald, E. Hinder et J-B. Colin, *Exécution des montages contractuels complexes*, Éditions Le Moniteur, février 2015, p. 137 et s.

des ressources nécessaires pour financer la modification, ou bien le compte de réserve, lorsqu'elle ne peut (ou ne souhaite) pas procéder par paiement direct, ou bien encore, l'ajustement des loyers, lorsque la modification souhaitée revêt une ampleur consistante et qu'elle ne peut pas être couverte par le compte de réserve.

Pour conclure, on aurait pu penser que le vieux concept du pouvoir de modification unilatérale des contrats publics avait fatalement vocation à disparaître du paysage juridique : né il y a plus de cent ans, il ne serait plus aujourd'hui compatible avec le monde économique moderne. Eh bien, on le voit, c'est faux : il est au contraire renouvelé, pour s'adapter aux nouvelles formes de contractualisation et aux nouvelles exigences auxquelles sont aujourd'hui soumises les personnes publiques.