

## [Jurisprudence] Maintien du lien contractuel du titulaire cédant à l'égard de l'autorité concédante

Réf. : CE 2° et 7° ch.-r., 12 octobre 2020, n° 431903, mentionné aux tables du recueil Lebon ([N° Lexbase : A40673XW](#))

N5318BYM



par Elisabeth Fernandez Begault, Avocat associé, spécialiste en droit public et Romain Denilauler, Avocat à la Cour, cabinet Seban Occitanie, le 17-11-2020

**Mots clés :** contrats administratifs • liquidation société • liens contractuels

**Le Conseil d'État s'est saisi d'une série de pourvois pour apporter quelques précisions sur le sort du lien contractuel unissant le concessionnaire, cédant son contrat à une société dédiée à l'exécution de celui-ci, avec l'autorité concédante, la portée des procédures de conciliation préalable prévue par un contrat de concession, et l'application et la modulation des pénalités contractuelles.**

La commune d'Antibes avait conclu avec la société Vert Marine un contrat concédant l'exploitation d'une salle omnisport, pour une durée de dix années. Conformément aux stipulations du contrat, l'exploitation était assurée par une société dédiée spécialement créée à cet effet par la société Vert Marine.

La société dédiée exploitante a rapidement connu des difficultés, au point d'être placée en liquidation judiciaire, le 23 juin 2015. Le liquidateur judiciaire indiquait alors résilier le contrat la liant à la commune d'Antibes, en application de l'article L. 641-11-1 du Code de commerce ([N° Lexbase : L32981C7](#)).

Entre le 18 août 2015 et le 14 avril 2016, la commune d'Antibes émettait à l'encontre de la société Vert Marine divers titres exécutoires correspondant, d'une part, à des pénalités pour manquements aux obligations contractuelles (interruptions du service et défaut de production des documents à transmettre à l'autorité concédante) ; d'autre part, à la redevance d'occupation domaniale pour l'année 2015.

Le tribunal administratif de Nice a annulé les titres exécutoires querellés ; la cour administrative d'appel de Marseille a rejeté les appels interjetés par la commune, sur un autre motif, toutefois, que celui retenu par les juges de première instance [1]. La commune d'Antibes s'est alors pourvue en cassation. Bien lui en a pris, puisque le Conseil d'État annule l'ensemble des décisions rendues par les juges du fond, et rejettent les demandes de la société Vert Marine.

La décision rendue la Haute juridiction soulève trois questions d'intérêt.

**La première question** concerne le maintien de la qualité de la société Vert Marine, en tant que débiteur des obligations du contrat de concession.

Conformément aux stipulations du contrat, le concessionnaire avait créé une société dédiée pour l'exécution de la concession,

qui s'était substituée à lui dans ses droits et obligations. La société Vert Marine, bien entendu, prétendait être libérée des obligations tirées du contrat de concession.

La pratique consistant à imposer ou permettre au concessionnaire la création d'une société dédiée à l'exploitation du service public concédé est relativement courante, mais ne prête qu'à peu de contentieux.

Une telle cession n'emporte pas, en principe, d'effet novatoire. En d'autres termes, elle ne conduit pas à l'extinction des obligations primaires, et le titulaire initial reste lié par les obligations du contrat.

La cession, pour ne mériter que cette qualification, suppose la reprise pure et simple par le cessionnaire de l'ensemble des droits et obligations découlant du contrat cédé [2]. Aucun élément essentiel du contrat ne se trouve modifié, étant précisé que le changement de la personne du titulaire ne constitue pas une modification essentielle dès lors qu'elle est prévue dans le contrat et dans les documents de la consultation [3].

La persistance du lien contractuel primaire découle également des principes qui sous-entendent les dispositions de l'article 1216-1 du Code civil (N° Lexbase : L0610KZM), qui dispose que « si le cédé y a expressément consenti, la cession de contrat libère le cédant pour l'avenir. / À défaut, et sauf clause contraire, le cédant est tenu solidairement à l'exécution du contrat ».

Or, la décision rapportée prend la peine de citer les stipulations du contrat et insiste sur le fait qu'elles « n'ont pas eu pour effet de libérer la société Vert Marine des engagements contractuels transmis à la société dédiée VM 06160 dans le cadre de l'exécution du contrat, la société Vert Marine s'étant engagée à demeurer parfaitement et entièrement solidaire des engagements qui incombait à sa filiale ». Les clauses contractuelles excluaient ainsi toute libération du titulaire initial des obligations du contrat, et exigeaient au contraire le maintien du lien contractuel primaire.

La résiliation du contrat par le liquidateur judiciaire, dans le cadre de la liquidation de la société dédiée, cessionnaire, reste sans effet sur le lien contractuel primaire ; de sorte que la société Vert Marine, concessionnaire initial, se trouvait à nouveau débitrice des obligations contractuelles en première ligne, vis-à-vis de l'autorité concédante.

**La deuxième question** conduit le Conseil d'État à préciser la portée des clauses de conciliation amiable.

Il est habituel de stipuler de telles clauses dans les contrats publics, en dehors des marchés publics, pour lesquels les cahiers des clauses administratives particulières instaurent des procédures particulières de règlement des différends. En l'espèce, l'article 46 du contrat prévoyait que « l'autorité délégante et le délégataire conviennent que les différends qui résultent de l'interprétation ou de l'application du contrat ou de ses annexes font l'objet d'une tentative de conciliation par un expert désigné d'un commun accord et dont la charge est partagée à parts égales entre les parties. A défaut de nomination de l'expert ou de conciliation dans un délai de deux mois à compter de la constatation du litige, la partie la plus diligente peut soumettre le litige à la juridiction administrative compétente, soit le tribunal administratif de Nice ».

La commune d'Antibes excipait d'une fin de non-recevoir tirée du non-respect de cette stipulation par la société Vert Marine, qui avait directement saisi le tribunal administratif en contestation des titres exécutoires émis à son encontre, sans tentative de conciliation préalable.

De manière très classique, le Conseil d'État écarte l'irrecevabilité en relevant que « les titres exécutoires émis par la commune d'Antibes à l'encontre de la société Vert Marine indiquaient, s'agissant des délais et voies de recours, que les sommes mentionnées sur les titres pouvaient être contestées en saisissant directement le tribunal judiciaire ou administratif compétent selon la nature de la créance. En ne mentionnant pas, dans la notification des titres en litige, l'obligation, pour la société Vert Marine, de respecter les stipulations contractuelles de l'article 46 [...], qui imposent une tentative de conciliation par un expert avant toute saisine de la juridiction administrative, la commune d'Antibes doit être regardée comme ayant renoncé à opposer ces stipulations à cette société. Par suite, la commune d'Antibes n'est pas fondée à opposer à la société Vert Marine le non-respect des stipulations contractuelles applicables en matière de différends pour contester la recevabilité des recours introduits devant le tribunal administratif de Nice, par la société, à l'encontre des titres exécutoires en litige ».

Il est fréquent que les mentions relatives aux délais et voies de recours portées sur les titres exécutoires se bornent à énoncer des formules types, qui ne renseignent souvent pas même sur l'ordre de juridiction compétent et ne sont pas adaptées au cas d'espèce. La sanction est l'inopposabilité des délais et voies de recours, et, par extension, l'inopposabilité de la procédure amiable préalable qui aurait été prévue par le contrat.

Réponse du berger à la bergère, la société Vert Marine invoquait le non-respect de ces mêmes stipulations par la commune, qui avait émis les titres exécutoires querellés sans avoir sacrifié à la procédure contractuelle prévoyant une tentative de conciliation pour le règlement des différends.

En ce qui concerne les titres exécutoires portant sur les redevances domaniales, le moyen semblait voué au rejet.

L'émission d'un titre de recettes constitue, de manière générale, la méthode utilisée par les collectivités territoriales pour demander le paiement des redevances d'occupation du domaine public. En l'espèce, ce procédé était d'ailleurs contractualisé, ainsi que le relève la décision rapportée.

L'émission des titres exécutoires afférents aux redevances domaniales ne participait donc pas du règlement d'un différend, mais du simple recouvrement d'une créance contractuelle, à l'échéance prévue par le contrat ; le différend naît postérieurement, de la contestation desdits titres par le co-contractant de l'administration. La procédure de conciliation préalable prévue par le contrat ne trouvait donc pas à s'appliquer.

La question était sans doute plus aiguë, s'agissant des titres exécutoires relatifs à des pénalités pour fautes du concessionnaire.

Il est néanmoins écarté, le juge retenant que « la commune ne peut toutefois être regardée, en ce qu'elle a mis en œuvre les sanctions pécuniaires prévues par le contrat faute pour le délégataire de remplir ses obligations contractuelles, sanctions dont le prononcé est lui-même subordonné à une mise en demeure préalable, comme ayant eu un différend sur l'application ou l'interprétation du contrat au sens de l'article 46 du contrat, article qui au surplus figure dans un chapitre distinct de celui relatif aux sanctions, dans lequel est situé l'article 34 ».

Au-delà des considérations sur l'architecture du contrat, la solution retenue se veut certainement pragmatique. L'accueil du moyen aurait nécessairement conduit à considérer que relève d'un différend toute application des sanctions prévues par le contrat, ce qui aurait encore alourdi le prononcé de telles mesures, lesquelles obéissent déjà, en principe, à des procédures qui leur sont propres.

**En troisième et dernier lieu**, le Conseil d'État précise sa jurisprudence sur le pouvoir de modulation du montant des pénalités, reconnu au juge du contrat [\[4\]](#).

La solution est désormais bien établie en matière de marché public ; la décision rapportée voit l'application des mêmes principes dans le contexte d'un contrat de concession.

Le juge du contrat prend en considération la gravité du manquement sanctionné - en l'espèce, pas moins que l'inexécution totale des obligations contractuelles - et la proportion que représente le montant des pénalités par rapport aux recettes attendues du contrat. Le Conseil d'État retient à cet effet les recettes prévisionnelles de l'exploitation du service sur la durée totale du contrat ; ce qui conduit à retenir une référence rendant difficile la démonstration d'une disproportion du montant des pénalités.

Au regard de la gravité des manquements sanctionnés, et de la relative faiblesse du montant des pénalités au regard des recettes attendues de l'exploitation du service pendant dix années, le juge rejette en l'espèce, la demande de modulation du montant des pénalités.

#### Quel impact dans ma pratique ?

Dans le cadre des concessions de service public et des délégations de service public, lorsque la constitution d'une société dédiée à l'exécution du service est exigée ou permise, il est vivement conseillé de stipuler dans le contrat, de manière expresse, que le titulaire cédant demeure solidaire et tenu des engagements qui incombent à sa filiale, concessionnaire.

[\[1\]](#) CAA Marseille, 24 avril 2019, n° 18MA01028 ([N° Lexbase : A06193YL](#)).

[\[2\]](#) CE, Ass., 10 janvier 1930, Commune de Pointe-à-Pitre.

[\[3\]](#) CJUE, 19 juin 2008, aff. C-454/06, Priesetext Nachrichtenagentur GmbH ([N° Lexbase : A2000D9X](#)), not. § 40.

[\[4\]](#) CE 2° et 7° ch.-r., 19 juillet 2017, n° 392707, publié au recueil Lebon ([N° Lexbase : A2037WNR](#)).