

Le principe de confiance légitime ne permet pas, toujours, de s'opposer à une réduction de la rémunération des concessionnaires

REVUE CONTRATS PUBLICS - N° 240 - Mars 2023

Dossier - Contentieux des contrats publics (Juin-Décembre 2022)

CJUE 22 septembre 2022, Admiral Gaming Network E.A., aff. jointes C-475/20, C-482/20

Sylvain Boueyre
Avocat à la Cour
Cabinet Seban et Associés

Dans un arrêt du 22 septembre dernier, la CJUE fournit une nouvelle illustration de l'opposabilité du principe de confiance légitime à la modification de situations contractuelles établies. Dans le cadre d'une affaire opposant les autorités italiennes à des sociétés gestionnaires de jeux de hasard, la Cour a dû déterminer si une loi nationale peut réduire unilatéralement la rémunération d'un concessionnaire.

Le principe européen de confiance légitime, corollaire du principe de sécurité juridique en droit français, s'oppose-t-il à une réduction unilatérale de la rémunération d'un concessionnaire par l'autorité publique ?

C'est à cette question que la Cour de justice devait répondre dans un arrêt *Admiral Gaming Network E.A.* du 22 septembre 2022 [\(1\)](#), rendu sur renvoi préjudiciel du Conseil d'État italien. L'arrêt de la Cour de justice fournit une nouvelle illustration de l'opposabilité du principe de confiance légitime à la modification de situations contractuelles établies, en l'occurrence une modification qui aboutissait à réduire la rémunération de concessionnaires.

L'affaire opposait les autorités italiennes à des sociétés gestionnaires de jeux de hasard (machines à sous), opérateurs qualifiés de « concessionnaires ». En Italie, l'exploitation de jeux de hasard relève de la responsabilité de l'État, qui accorde des concessions aux opérateurs privés sous la forme de conventions *ad hoc*. Les concessionnaires sont chargés de collecter les paris et en contrepartie, ils se rémunèrent par une commission prélevée sur les revenus générés par l'activité.

Un appel d'offres a été lancé en 2011 afin de sélectionner les opérateurs chargés de l'exploitation des machines à sous. L'appel d'offres fixait notamment les modalités de calcul de la rémunération des concessionnaires en ces termes : « le concessionnaire a droit à une commission correspondant à la différence entre le montant tiré de la collecte des mises et les sommes précitées ainsi que les gains à distribuer, calculés sur la base des limites minimales prévues par la réglementation en vigueur, et la quote-part due aux tiers chargés de la collecte des mises ».

Alors que les concessions ont été conclues en 2013, le législateur italien a institué en mars 2014 [\(2\)](#) le principe d'une « révision des rémunérations... selon le critère de progressivité liée au volume de collecte des mises ». Et par une loi du 23 décembre 2014 [\(3\)](#), il a décidé de réduire le montant des commissions perçues par les concessionnaires selon un montant forfaitaire et non plus progressif, à hauteur de 500 millions par an à compter de 2015 [\(4\)](#).

Bien que cette mesure ait été abrogée dès l'année suivante [\(5\)](#), son application a donné lieu à un important contentieux engagé par huit concessionnaires [\(6\)](#), conduisant le Consiglio di Stato (Conseil d'État, Italie) à interroger la Cour sur la conventionnalité des dispositions de la loi italienne au regard, d'une part, des libertés d'établissement [\(7\)](#) et de prestation de services [\(8\)](#) garanties par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne [\(9\)](#) et, d'autre part, de la protection de la confiance légitime.

La première question, qui intéresse moins les contrats publics que le droit matériel de l'Union européenne et les libertés économiques garanties par le TFUE, n'a pas été traitée pour les besoins des présents développements [\(10\)](#).

Sur la seconde question, la Cour rappelle que le principe de confiance légitime fait partie des principes généraux du droit de l'Union invocables pour s'opposer à une réglementation qui restreint les libertés garanties par le traité. Elle s'inscrit en cela dans la droite ligne de sa jurisprudence traditionnelle : le principe de confiance légitime est opposable aux États lorsqu'ils imposent une restriction à une liberté garantie par le traité, ici la libre prestation de services et le droit d'établissement.

Sur le fond, la Cour juge que le principe de protection de la confiance légitime doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas, en principe, à une législation nationale qui réduit temporairement, au cours de la durée de conventions de concession conclues entre des sociétés et l'autorité publique, la rémunération des concessionnaires stipulée dans lesdites conventions, sauf s'il apparaît, en ayant égard à l'ampleur de l'impact de cette réduction sur la rentabilité des investissements effectués par les concessionnaires et à la soudaineté et au caractère imprévisible éventuels de cette mesure, que le temps nécessaire pour s'adapter à cette nouvelle situation n'a pas été laissé auxdits concessionnaires.

Si la Cour ne tranche pas le fond du litige, renvoyant à l'appréciation de la juridiction de renvoi, cet arrêt présente néanmoins l'intérêt de rappeler la pleine portée juridique du principe de confiance légitime, qui ne permet pas de s'opposer à la remise en cause de relations contractuelles établies, sauf à ce que le changement de règles soit soudain et imprévisible.

La Cour fournit, dans son arrêt *Admiral Gaming Network*, des indices pour déterminer à partir de quand un changement des règles soudain et imprévisible peut remettre en cause l'espérance légitime que les concessionnaires ont pu placer dans la stabilité des relations contractuelles.

Le principe de confiance légitime comme garantie de la stabilité des

03/22/2023 Moniteur Juris < Elsa Courtois / 6817438 > EY SERVICES FRANCE

relations contractuelles

Les juridictions de l'Union européenne admettent depuis longtemps l'application du principe de confiance légitime à la matière contractuelle. Et c'est en réalité à la matière contractuelle que ce principe a vocation à s'appliquer en premier lieu car il suppose, par nature, que chaque partie puisse faire reposer son espérance dans la stabilité d'une relation établie sur la durée. Il permet d'éviter aux parties de s'exposer au risque d'une remise en cause de la stabilité de la relation par des événements extérieurs.

La Cour de justice de l'Union européenne a très tôt consacré le principe de confiance légitime, issu du droit allemand⁽¹¹⁾, en principe général du droit⁽¹²⁾. Ce principe a parfois été qualifié de « principe faisant partie de l'ordre juridique de la Communauté »⁽¹³⁾ ou « principe fondamental de la Communauté »⁽¹⁴⁾.

Selon une jurisprudence constante de la Cour de justice, la possibilité de se prévaloir du principe de protection de la confiance légitime est ouverte à tout opérateur économique à l'égard duquel une autorité nationale a fait naître des espérances fondées.

Il s'agit de la situation de droit ou de fait dans laquelle le comportement de l'autorité ou de l'acheteur public a fait naître, dans l'esprit de l'administré ou de l'opérateur économique, une espérance légitime de maintien de cette situation ou d'une absence de modification de cette situation.

Le principe de confiance légitime est le corollaire du principe de sécurité juridique et il exige que les règles de droit soient claires, précises et prévisibles dans leurs effets, en particulier lorsqu'elles peuvent avoir sur les individus et les entreprises des conséquences défavorables⁽¹⁵⁾.

La confiance légitime n'exclut pas de remettre en cause une relation contractuelle établie

L'intervention de la puissance publique peut justifier, *a fortiori* en période de crise économique durable et de raréfaction des ressources publiques, de remettre en cause la stabilité des relations contractuelles.

C'est d'ailleurs pour ce motif, assainissement des finances publiques, que les autorités italiennes avaient décidé de prélever une partie de la commission versée aux concessionnaires. Ce prélèvement avait réduit leur rémunération, pourtant fixée par les conventions de concession conclues en 2013.

Le principe de confiance légitime ne signifie pas que les opérateurs ont un droit acquis au maintien de leur rémunération ou à l'absence de modification des modalités de calcul de cette rémunération.

Les opérateurs économiques ne sont pas justifiés à placer leur confiance légitime dans le maintien d'une situation existante, qui peut être modifiée dans le cadre du pouvoir d'appréciation des autorités nationales⁽¹⁶⁾.

Lorsqu'un opérateur économique prudent et avisé est en mesure de prévoir l'adoption d'une mesure de nature à affecter ses intérêts, il ne peut pas invoquer le bénéfice d'un tel principe lorsque cette mesure est adoptée.

En revanche, il peut contester les modalités d'application dans le temps de la nouvelle législation.

La prévisibilité de la norme comme justification à la réduction de rémunération des concessionnaires

Le critère principal pour invoquer le principe de confiance légitime tient dans le caractère imprévisible de la mesure qui affecte les intérêts des opérateurs.

À titre d'exemple, lorsque l'opérateur a réalisé des investissements importants afin de se conformer au régime adopté précédemment par le législateur, si ce régime est supprimé de manière anticipée et soudaine (quelques jours seulement), l'opérateur est susceptible d'être considérablement affecté dans ses intérêts⁽¹⁷⁾. Il peut dès lors invoquer utilement le principe de confiance légitime.

Dans le cas d'espèce soumis à la Cour, cette dernière analyse la chronologie des textes législatifs italiens en matière de jeux de hasard ainsi que leur contenu afin de déterminer si la réduction de la rémunération des concessionnaires sous forme de prélèvement était prévisible et si elle n'a pas été soudaine.

Même si la Cour s'en remet à l'appréciation souveraine des faits par la juridiction de renvoi, elle admet en l'occurrence que la loi d'habilitation adoptée le 11 mars 2014 prévoyait la révision des rémunérations dues aux concessionnaires. Autrement dit, le législateur italien avait manifesté l'intention d'intervenir à nouveau dans le secteur des jeux de hasard, ce qu'il en fait en décidant de réduire la rémunération des concessionnaires par une loi du 23 décembre 2014. La modification de la rémunération des concessionnaires était prévisible pour un opérateur prudent et avisé.

Néanmoins, on relève que la loi italienne du 11 mars 2014 évoquait une possible révision de la rémunération des concessionnaires selon un critère de progressivité liée au volume de collecte des mises perçues par les concessionnaires (lignes directrices).

Or, la loi du 23 décembre 2014 qui a institué le prélèvement conduisant à réduire effectivement la rémunération des concessionnaires ne s'est pas insérée dans le cadre des lignes directrices qui avaient été fixées par la loi de mars 2014.

La loi du 23 décembre 2014 a établi un prélèvement à un niveau fixe et non pas lié au volume de collecte des mises. Elle a par ailleurs réparti le prélèvement entre concessionnaires sur la base du nombre d'appareils géré par chacun, donc là encore sans lien avec le volume de collecte des mises de chacun d'entre eux.

Pour le dire autrement, si les opérateurs de jeux de hasard pouvaient s'attendre à une modification de leur rémunération à partir de mars 2014, pouvaient-ils anticiper un changement de l'assiette de calcul du prélèvement dès décembre 2014 ? La mesure était prévisible, mais pas son contenu.

Le délai d'adaptation à la nouvelle norme comme critère d'invocabilité de la confiance légitime

Dans une affaire *Global Starnet Ltd* du 20 décembre 2017 ⁽¹⁸⁾, la Cour de justice de l'Union européenne était saisie d'une question préjudicielle portant sur l'interprétation du principe de confiance légitime en matière contractuelle. Elle devait juger si ce principe doit s'interpréter comme s'opposant à une loi italienne en matière de gestion en ligne des jeux sur des machines de divertissement et de loisir qui impose au concessionnaire de nouvelles conditions et de nouvelles obligations au moyen d'un avenant au contrat existant.

Le délai de cent quatre-vingt jours laissé aux parties pour introduire dans la concession, par avenant, les conditions nouvelles imposées par la loi avait été considéré par la Cour comme suffisant.

Il convient de déterminer, concrètement, si les opérateurs ont eu le temps nécessaire pour s'adapter au changement de règles du fait du caractère soudain et imprévisible de la réduction de leur rémunération.

Dans son arrêt, la Cour établit un lien entre la prévisibilité du changement des règles et leur impact sur la rentabilité des investissements des concessionnaires. Ces derniers doivent démontrer qu'ils ont disposé d'un délai insuffisant pour s'adapter au prélèvement litigieux.

On constate un degré d'exigence assez élevé de la Cour sur ce point car il exige en pratique des concessionnaires qu'ils se comportent en opérateurs avisés et attentifs aux remous législatifs. Or, même l'opérateur le plus aguerri aux vicissitudes de la vie politique n'est pas toujours en mesure d'anticiper la volonté du législateur. Il exige par ailleurs des opérateurs qu'ils anticipent, non seulement la mesure législative qui remet en cause leur situation, mais également son contenu, sa portée et son impact potentiel sur la rentabilité des investissements réalisés dans l'intervalle.

Les critères déterminants qui ont pu justifier une réduction de la rémunération des concessionnaires

La solution consacrée par la Cour s'explique probablement par trois facteurs liés aux faits de l'espèce et au secteur en cause.

En premier lieu, en matière de jeux de hasard, les États membres jouissent d'un plus large pouvoir d'appréciation, lié notamment à la disparité des législations des autres États membres et à la nécessité de réguler un secteur aux enjeux sociaux et financiers importants.

Dans ce secteur, les États justifient le plus souvent leur réglementation sur des raisons impérieuses d'intérêt général tenant à la prévention de la diffusion de jeux illégaux, à la protection des tranches les plus faibles de la population du risque de dépendance au jeu et à l'assainissement des finances publiques.

Dans ces domaines, les États disposent d'une marge d'appréciation plus large, qui peut les autoriser à réduire la rémunération des concessionnaires pour des considérations sociales et/ou budgétaires, dès lors que la restriction imposée est proportionnelle aux objectifs poursuivis.

En deuxième lieu, comme relevé par l'Avocat général dans ses conclusions, la relation contractuelle entre des opérateurs économiques et des administrations publiques est caractérisée par un « caractère dynamique », qui permet des interventions étatiques justifiées par des objectifs d'intérêt public. On peut néanmoins objecter que, s'agissant du cas d'espèce italien, le prélèvement avait été imposé aux concessionnaires par le législateur et non par la partie cocontractante (État italien).

Si un concessionnaire peut effectivement s'attendre à ce que le contrat de concession soit unilatéralement modifié par l'autorité concédante, conférant à la convention son « caractère dynamique », cette modification ne peut pas conduire à réduire sa rémunération, sauf à avoir accepté au préalable ce risque. Ici, le « caractère dynamique » de la concession pouvait justifier une réduction de la rémunération dès lors qu'elle était décidée par la partie cocontractante et non par une volonté extérieure aux parties, le législateur.

Enfin, le secteur des jeux du hasard avait fait l'objet « d'interventions constantes et variées » des autorités italiennes, comme relevé par l'Avocat général M. Athanasios Rantos dans ses conclusions sur cette affaire. Ces multiples textes législatifs italiens avaient d'ailleurs donné lieu à plusieurs renvois préjudiciels à la Cour, qui a statué dans huit autres affaires entre 1999 et 2021.

L'appréciation du caractère imprévisible et soudain du changement de normes dépend aussi du secteur dans lequel elle intervient.

Le caractère « évolutif » des textes, propre au secteur des jeux de hasard, justifie de considérer que le changement de législation dans ce domaine ne relève pas vraiment du hasard !

Mais survient alors une difficulté pour les opérateurs qui voient leur situation remise en cause par une législation changeante : quel(s) domaine(s) peut être considéré comme suffisamment évolutif pour justifier de remettre en cause des régimes concessifs établis sur de longues durées ? L'inflation législative qui caractérise nombre d'États européens rend difficile à identifier les secteurs dans lesquels les opérateurs ne seraient pas exposés à un changement fréquent de législation susceptible de remettre en cause leur situation, voire leur rémunération.

1) Deux affaires étaient jointes : C-475/20, C-482/20.

2) Par l'article 14 de la loi n° 23 du 11 mars 2014 (loi d'habilitation).

3) Article 1^{er}, § 649 de la loi de stabilité financière pour 2015.

4) « aux fins de participation à l'amélioration des objectifs de finance publique et dans l'attente d'une réorganisation en profondeur des rémunérations et commissions dues aux concessionnaires et autres opérateurs de la filière... les ressources étatiques mises, à titre de commission, à la disposition des concessionnaires... sont réduites d'un montant de 500 millions d'euros par an, à compter de l'année 2015 ».

- 5) Par la loi n° 208 de stabilité financière pour 2016, du 28 décembre 2015.
- 6) Les concessionnaires ont formé des recours devant le tribunal administratif régional du Latium contre le prélèvement litigieux, en ce qu'il réduirait de façon importante leur marge bénéficiaire et serait illégal, au motif que les dispositions qu'il met à exécution seraient contraires au droit de l'Union ou aux dispositions constitutionnelles italiennes. Les recours de première instance ont été rejetés par un jugement du 1^{er} août 2019, lequel a fait l'objet d'un pourvoi devant le Conseil d'État italien. Ce dernier a alors saisi la Cour de justice de l'Union européenne de deux questions préjudicielles.
- 7) TFUE, art. 49.
- 8) TFUE, art. 56.
- 9) TFUE.
- 10) La Cour a considéré qu'elle ne dispose pas de suffisamment d'informations pour juger si la libre prestation de services est susceptible d'être concernée, voire remise en cause, par la loi italienne réduisant la rémunération des concessionnaires. S'agissant de la liberté d'établissement, la Cour a estimé que le prélèvement de 500 millions d'euros sur les commissions versées aux concessionnaires n'aurait induit, ni une discrimination entre les concessionnaires du secteur, ni un traitement moins favorable aux situations transfrontières par rapport aux situations internes, ni une discrimination à rebours en réservant un traitement moins favorable aux situations internes par rapport aux situations transfrontières. Pour la Cour, la législation nationale imposant un prélèvement ayant pour effet de réduire la rémunération des concessionnaires ne semble pas entraîner une restriction à la libre prestation de services. En revanche, si une telle restriction était constatée par la juridiction de renvoi italienne, elle ne saurait être justifiée au regard d'objectifs exclusivement fondés sur des considérations liées à l'amélioration des finances publiques.
- 11) En droit allemand, le principe de confiance légitime est un principe à valeur constitutionnelle, dérivé du principe de sécurité juridique.
- 12) CJCE 5 juin 1973, *Comm. c/ Conseil*, aff. C-81/72, point 10 : *Rec. CJCE* 1973, p. 575 ; CJCE 14 mai 1975, *Comptoir nat. technique agricole [CNTA] SA c/ Comm. CE*, aff. C-74/74 ; *Rec. CJCE* 1975, p. 533 ; CJCE 14 février 1990, *Sté frse Biscuits Delacre c/ Comm.*, aff. C-350/88, point 33 : *Rec. CJCE* 1990, p. I-00395.
- 13) CJCE 3 mai 1978, *Töpfer*, aff. 112/77, point 19.
- 14) CJCE 5 mai 1981, *Dürbeck*, aff. 112/80.
- 15) CJCE 7 juin 2005, *VEMW e.a.*, aff. C-17/03, point 80 ; CJCE 17 juillet 2008, *ASM Brescia*, aff. C-347/06, point 69 ; CJUE 12 décembre 2013, *Test Claimants in the Franked Investment Income Group Litigation*, aff. C-362/12, point 44.
- 16) CJUE 15 avril 2021, *Federazione nazionale delle imprese elettrotecniche ed elettroniche (Anie) e.a.*, aff. C-798/18 et C-799/18, point 42.
- 17) Un opérateur économique qui a procédé à des investissements coûteux aux fins de se conformer au régime adopté précédemment par le législateur est susceptible d'être considérablement affecté dans ses intérêts par une suppression anticipée de ce régime, et cela d'autant plus lorsque celle-ci est effectuée de manière soudaine et imprévisible, sans lui laisser le temps nécessaire pour s'adapter à la nouvelle situation législative (CJUE 11 juin 2015, *Berlington Hungary e.a.*, aff. C-98/14, point 87).
- 18) CJUE 20 décembre 2017, *Global Starnet Ltd*, aff. C-322/16, § 46 à 49 : « Sur le principe de la protection de la confiance légitime - Il y a lieu de souligner que le principe de sécurité juridique, qui a pour corollaire celui de la protection de la confiance légitime, exige, notamment, que les règles de droit soient claires, précises et prévisibles dans leurs effets, en particulier lorsqu'elles peuvent avoir sur les individus et les entreprises des conséquences défavorables (voir, en ce sens, arrêt du 11 juin 2015, *Berlington Hungary e.a.*, aff. C-98/14, EU:C:2015:386, point 77 ainsi que jurisprudence citée). Cependant, un opérateur économique ne saurait placer sa confiance dans l'absence totale de modification législative, mais peut uniquement mettre en cause les modalités d'application d'une telle modification (voir, en ce sens, arrêt du 11 juin 2015, *Berlington Hungary e.a.*, aff. C-98/14, EU:C:2015:386, point 78 ainsi que jurisprudence citée). À ce propos, il convient d'observer qu'il incombe au législateur national de prévoir une période transitoire d'une durée suffisante pour permettre aux opérateurs économiques de s'adapter ou un système de compensation raisonnable (voir, en ce sens, arrêt du 11 juin 2015, *Berlington Hungary e.a.*, aff. C-98/14, EU:C:2015:386, point 85 ainsi que jurisprudence citée). S'il revient, certes, à la juridiction de renvoi d'examiner, à la lumière de la jurisprudence citée aux points précédents, et en procédant à une évaluation globale de toutes les circonstances pertinentes, si la réglementation nationale en cause au principal est conforme au principe de la protection de la confiance légitime, il y a lieu de noter qu'il ressort de la décision de renvoi que la loi n° 220/2010 prévoyait un délai de 180 jours à partir de son entrée en vigueur afin d'introduire les conditions nouvelles qu'elle établissait moyennant la signature d'un avenant au contrat, ce délai apparaît en principe être suffisant pour permettre aux concessionnaires de s'adapter à ces conditions ».