

La limitation du recours aux avenants dans les contrats administratifs : qu'est-ce qu'une " modification substantielle " d'un contrat de délégation de service public ?

Frédéric Lombard

► **To cite this version:**

Frédéric Lombard. La limitation du recours aux avenants dans les contrats administratifs : qu'est-ce qu'une " modification substantielle " d'un contrat de délégation de service public?. RTDCom. Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique, Dalloz, 2018. hal-02098873

HAL Id: hal-02098873

<https://hal-amu.archives-ouvertes.fr/hal-02098873>

Submitted on 13 Apr 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Organisation générale du commerce
Organisation administrative et professionnelle du commerce

Contrats publics

La limitation du recours aux avenants dans les contrats administratifs : qu'est-ce qu'une « modification substantielle » d'un contrat de délégation de service public ?

(CE 9 mars 2018, n° 409972, *Compagnie des parcs et passeurs du Mont-Saint-Michel*, Lebon ; AJDA 2018. 534 ; *ibid.* 1104 , note H. Hoepffner ; AJCT 2018. 390, obs. S. Hul)

Frédéric LOMBARD

Professeur agrégé des facultés de droit, Aix-Marseille Université, Directeur du Centre de recherches administratives (EA 893)

Observations

La principale difficulté que soulève l'avenant en droit des contrats publics tient au fait que ce contrat, modificatif d'un contrat existant dans lequel il est enchâssé, ne doit pas constituer un nouveau contrat : l'obligation faite aux pouvoirs adjudicateurs de respecter les principes fondamentaux de la commande publique a comme conséquence logique de limiter le droit de recourir aux avenants et, plus globalement, de modifier les contrats. L'idée générale est de ne pas permettre aux parties de franchir une sorte de limite novatoire qui donnerait lieu à un nouveau contrat qui échapperait aux obligations de formation, de publicité et de mise en concurrence, qu'imposent les principes fondamentaux sus évoqués. L'arrêt du Conseil d'État ici analysé s'inscrit dans cette logique de rationalisation de la modification négociée des contrats administratifs et singulièrement de la délégation de service public. Il s'agissait en l'espèce de juger de la possibilité pour les parties de modifier par avenant les clauses tarifaires applicables à l'accueil et au transport par le délégataire des usagers du Mont-Saint-Michel. Ces clauses sont des clauses réglementaires qui bénéficient (ou subissent) un régime contentieux inspiré de celui applicable aux actes administratifs unilatéraux. Le Conseil d'État considère toutefois pertinent d'y appliquer pleinement le régime de la modification négociée des clauses d'un contrat administratif.

La jurisprudence administrative est relativement peu fournie sur la question des avenants dans les délégations de service public. En 2005 le Conseil d'État avait rendu un avis sur la question¹ et avait estimé, en application du code des marchés publics alors applicables, qu'un avenant ne pouvait pas bouleverser l'économie du contrat ni en changer l'objet². Cette décision reprenait la logique de la jurisprudence antérieure axée autour de l'idée qu'un avenant ne devait pas affecter l'économie générale ou les

¹ CE, avis, n° 371234, AJDA 2006. 1371, étude N. Symchowicz et P. Proot ; v. aussi CE, avis, 8 juin 2000, n° 141654, AJDA 2000. 758 , obs. L. Richer .

² Pour un arrêt de synthèse, en matière de marchés publics cependant, CE, sect., 11 juill. 2008, n° 312354, *Ville de Paris*, Lebon ; AJDA 2008. 1407 ; *ibid.* 1816 , chron. E. Geffray et S.-J. Liéber ; RTD com. 2009. 87, obs. G. Orsoni .

éléments essentiels d'un contrat. La même année, la CJUE devait rendre un arrêt plus explicite et plus restrictif quant à la liberté contractuelle des parties en décidant que lorsque les modifications apportées à un marché « présentaient des caractéristiques substantiellement différentes de celles du marché initial » soit parce qu'elles introduisaient des conditions qui auraient pu permettre l'admission d'autres soumissionnaires, soit parce qu'elles en changeaient l'équilibre général, elles devaient être considérées comme donnant naissance à un nouveau contrat (et impliquaient donc la passation d'un nouveau marché³). Ces règles avaient été étendues ensuite aux concessions⁴. Les textes ont depuis complété le droit en matière de marchés comme de concessions : s'agissant de ces dernières, l'article 43 de la directive 2014/23/UE du 23 février 2014 relative aux concessions et les articles 55 de l'ordonnance n° 2016-65 relative aux contrats de concession et 36 du décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016 transposant (quasiment littéralement) le texte précité précisent les modalités de modifications des contrats de concessions sans distinguer la forme de cette modification (négociée ou unilatérale). Aucun de ces deux textes n'est jugé applicable au contrat en cause dans l'affaire soumise au Conseil d'État. La question se posait toutefois car l'article 78 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession précise que les dispositions de l'article 55 (ainsi que celles du décret du 1^{er} février) s'appliquent aux contrats en cours ce qu'exclut cependant le juge en l'espèce au motif, probablement, que le contrat mais aussi l'avenant le modifiant ont été conclus tous deux avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance.

Ce sont donc des fondements jurisprudentiels que le Conseil d'État applique ici. Les textes précités ont cependant pu servir de source d'inspiration pour le Conseil d'État précisément parce que sa jurisprudence était extrêmement réduite sur la question. En substance, le droit français issu du décret du 1^{er} février 2016 d'application de l'ordonnance « concessions », très fidèle au droit européen sur ce point, comporte 5 cas de modifications « licites », le cas le plus intéressant pour l'affaire jugée étant le 5^e qui indique que les modifications non « substantielles » sont licites et précise ensuite, en 4 points, celles d'entre elles qui ne peuvent être considérées comme telles. En l'occurrence, le Conseil d'État définit ce qu'est une modification substantielle d'un contrat de délégation de service public en s'inspirant de ce droit nouveau mais aussi des dispositions de l'ancien code des marchés publics (C. marchés 2006, art. 20). Dans l'arrêt, l'épithète « substantielle » englobe ainsi les modifications contractuelles de divers types qui comportent, par nature, une illégalité qui se ramène à l'idée que l'avenant ne doit pas introduire « des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient pu conduire à admettre d'autres candidats ou à retenir une autre offre que celle de l'attributaire ». Sur ce point, l'alignement avec le droit écrit désormais en vigueur est total puisque le a) du 5^o de l'article 36 précité indique qu'est une modification substantielle celle qui « introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient attiré davantage de participants ou permis l'admission de candidats ou soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou le choix d'une offre autre que celle initialement retenue ». La formulation varie, mais pas le principe qui consiste à préserver la liberté d'accès et

³ CJCE 19 juin 2008, aff. C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH c/ Republik Österreich (Bund)*, Rec. CJCE 2008- I, p. 4401 ; AJDA 2008. 2008 , note J.-D. Dreyfus ; RDI 2008. 501, obs. R. Noguellou ; RFDA 2011. 98, note H. Hoepffner ; RTD eur. 2009. 511, chron. A.-L. Sibony et A. Defosse ; Dr. adm. 2008, comm. 132, R. Noguellou ; Contrats Marchés publ. 2008, comm. 186, W. Zimmer.

⁴ CJUE 13 avr. 2010, aff. C-91/08, *Wall AG c/ Ville de Francfort-sur-le-Main, Frankfurter Entsorgungs - und Service [FES] GmbH*, AJDA 2010. 760 ; *ibid.* 937, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; RDI 2010. 385, obs. R. Noguellou ; RFDA 2011. 98, note H. Hoepffner ; RTD eur. 2011. 429, obs. A. L. Durviaux ; *ibid.* 443, obs. A. L. Durviaux .

l'égalité de traitement entre les candidats en s'abstenant d'en favoriser un au détriment des autres. Il en résulte « notamment », deux types de modification illicites.

Celles qui affectent « l'objet de la délégation » : le droit écrit contemporain ne l'évoque pas, mais la jurisprudence antérieure précitée comportait déjà une prohibition similaire qui interdisait aux parties de modifier, notamment, la nature du contrat en transformant par exemple un marché public et délégation de service public en utilisant l'avenant. L'unification en cours du droit de la commande publique rend moins sensible cette limite, car il existe désormais peu de contrats échappant aux principes généraux de la commande publique mais au contraire un socle commun de règles de passation de ces principes ; elle demeure toutefois pertinente dans l'hypothèse par exemple où les parties décideraient, par avenant, de modifier l'objet d'un contrat domanial en contrat de commande publique, faisant ainsi échapper celui-ci aux obligations de passation propres à cette dernière catégorie. Il s'agit en somme d'une appréciation qualitative du contenu du contrat modifié par l'avenant.

Celles qui feraient évoluer de manière substantielle « l'équilibre économique du contrat, tel qu'il résulte de ses éléments essentiels, comme la durée, le volume des investissements ou les tarifs ». Il s'agit probablement de la limite la plus intéressante sur le plan de la technique contractuelle et ce d'autant plus que le juge l'applique ici à une clause tarifaire, qualifiée de réglementaire comme nous l'indiquions, donc par construction divisible du reste du contrat mais que malgré tout le juge considère comme essentielle (parmi les motifs subjectifs ayant animé les parties elle doit donc être considérée comme déterminante de leur consentement). Cette limite semble être de nature quantitative. L'équilibre économique évoque ici l'idée d'économie générale du contrat, mais probablement entendue dans le sens restrictif de données financières du contrat. Se pose évidemment la question d'un seuil au-delà duquel l'équilibre économique pourrait être présumé affecté. En l'espèce, il est relevé que l'augmentation des tarifs provoquée par l'avenant équivalait à une augmentation de près d'un tiers des recettes initiales ce qui allait très au-delà de la compensation induite par les augmentations de charges de service mises à la charge du délégataire. L'arrêt ne comporte évidemment aucun élément chiffré, mais il donne à penser qu'il conviendra, pour apprécier la rupture de l'équilibre économique du fait d'une modification tarifaire, de raisonner en termes « nets » en rapprochant l'augmentation de la rémunération du cocontractant des coûts qu'il assure par ailleurs. En résumé, la jurisprudence commentée ne rompt pas l'état du droit issu des textes récents en matière de contrats publics. L'apport de la décision commentée est pratiquement relativement limité puisque les modifications contractuelles des délégations de service public seront, parce ces contrats sont des types particuliers de concessions, soumises aux dispositions du décret de 2016. Le mérite de cette jurisprudence est cependant de marquer la continuité du droit applicable à la matière, l'entrée en vigueur des textes semblant n'être qu'une confirmation de l'existant.