



Hebdo édition publique n°499 du 12 avril 2018

[Contrats administratifs] Jurisprudence

Précisions sur la portée du contrôle des avenants affectant les délégations de service public

N° Lexbase : N3586BX4



par *Damien Guillou, Avocat au barreau de Lorient*

Réf. : CE 2° et 7° ch. — r., 9 mars 2018, n° 409 972, publié au recueil Lebon (N° Lexbase : A6325XGD)

Marchés et contrats administratifs — Notion de contrat administratif — Diverses sortes de contrats — Délégations de service public - Modification par avenant — Condition d'absence de modification substantielle — Notion

Dans un arrêt rendu le 9 mars 2018, le Conseil d'Etat a jugé que les parties à une convention de délégation de service public ne peuvent, par simple avenant, ni modifier l'objet de la délégation, ni faire évoluer de façon substantielle l'équilibre économique du contrat, tel qu'il résulte de ses éléments essentiels, comme la durée, le volume des investissements ou les tarifs. Le syndicat mixte de la baie du Mont-Saint-Michel a concédé à la société X la construction et l'exploitation des ouvrages et services d'accueil du Mont-Saint-Michel, par un contrat conclu le 6 octobre 2009. Une délibération du 3 avril 2013 adoptée par le comité syndical dudit syndicat mixte a autorisé la signature d'un avenant[1] portant sur deux points : d'une part, la modification du point d'embarquement des passagers empruntant les navettes destinées à réaliser les trajets venant du Mont-Saint-Michel (l'objectif était de faciliter l'accès au site, les visiteurs ayant souhaité réduire le trajet à pied), d'autre part, une révision à la hausse des tarifs de stationnement des véhicules (action qui, selon les mentions inscrites dans la délibération, visait à financer le coût de cette modification du lieu d'embarquement).

En qualité de propriétaires de places de stationnement, la commune du Mont-Saint-Michel et la société Y, ont saisi le tribunal administratif de Caen afin d'obtenir l'annulation de la délibération du 3 avril 2013 mais également de l'avenant[2]. Ce recours visait, à titre principal l'ensemble des décisions susvisés et, à titre subsidiaire, uniquement les modifications tarifaires. Par un jugement du 17 novembre 2015[3], la juridiction de première instance n'a fait droit qu'à ces dernières conclusions[4]. Cette décision a été confirmée en appel[5].

La compagnie des parcs et passeurs du Mont-Saint-Michel a introduit un recours en cassation devant le Conseil d'Etat[6]. Cette requête a été rejetée par une décision du 9 mars 2018.

Le Conseil d'Etat a d'abord cherché à déterminer si les règles gouvernant la conclusion d'avenant en matière de délégation de service public. La juridiction a rappelé que ces conventions spécifiques sont soumises aux principes généraux du droit de la commande publique. De ces règles, une modification du contrat par avenant ne peut « *apporter des modifications substantielles au contrat en introduisant 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* ». Ainsi, un avenant ne peut modifier ni l'objet de la délégation ni, de façon substantielle, l'équilibre économique du contrat, « *tel qu'il résulte de ses éléments essentiels, comme la durée, le volume des investissements ou les tarifs* ».

Si la juridiction ne fait que poser un principe général[7], les conclusions du rapporteur public[8] permettent de déterminer avec précision le raisonnement ayant conduit à l'établissement du considérant de principe. Ce dernier a d'abord évoqué la limitation posée par la jurisprudence communautaire quant à la conclusion d'avenant en matière de contrat de la commande publique[9]. Il a ensuite mentionné que cette jurisprudence avait été inscrite dans le droit communautaire dérivé une directive communautaire[10], tout en rappelant que ces règles écrites ne sont pas applicables au présent litige. De même, il a rappelé les principes déjà posés par le Conseil d'Etat tant par dans ses formations contentieuses[11] qu'administratives[12] et qui assimilent les modifications substantielles des contrats de la commande publique à un nouveau contrat nécessitant, pour être licite, la mise en œuvre d'une mise en concurrence. Enfin, le rapporteur public a insisté sur le caractère déterminant des « *recettes provenant du paiement des redevances par les usagers* » « *au regard desquelles les candidats [construisent] leurs offres* » ; elles ont par conséquent une valeur contractuelle entre les parties.

Ce dernier point était contesté par le requérant en se fondant sur la théorie des clauses réglementaires afin d'échapper à l'interdiction de modification substantielle de l'économie générale de la convention. Pour rappel, les clauses réglementaires sont celles relatives à l'organisation et au fonctionnement du service, et comprennent les clauses tarifaires des conventions de délégation de service public ; elles disposent d'un régime contentieux spécifique permettant aux tiers de s'en prévaloir[13] dans un recours pour excès de pouvoir et de les contester directement devant ce même juge[14]. Mais, comme le rappelle le Conseil d'Etat, ce régime contentieux n'enlève à ces stipulations (notamment tarifaires) ni leur caractère contractuel ni la circonstance qu'ils concourent à l'équilibre économique du contrat.

Par ailleurs, une série de moyens visaient l'appréciation formulée par la cour administrative d'appel quant au contrôle de la validité de l'avenant.

En premier lieu, la requérante considérait que la juridiction d'appel aurait « *dénaturé les pièces du dossier dans l'appréciation de l'ampleur de la modification au regard de l'équilibre économique du contrat* ». Toutefois, cet argument a été rejeté par le Conseil d'Etat en relevant que le contrôle du caractère substantiel de l'avenant ne s'est pas limité à l'étude de l'augmentation des tarifs. L'analyse opérée a aussi concerné la part de la hausse des tarifs dans les recettes de l'exploitation du service. Or c'est ce contrôle qui a permis à la juridiction d'appel de constater la modification substantielle de l'équilibre général du contrat.

En deuxième lieu, la compagnie des parcs et passeurs du Mont-Saint-Michel a considéré que la cour avait omis de répondre à son moyen tiré « *de ce que la hausse des tarifs était destinée à compenser les investissements nouveaux et les charges d'exploitation résultant du changement de point de départ des navettes, non compensés par le versement d'une subvention d'exploitation* ». Mais, le Conseil d'Etat n'a pas fait droit à ce moyen. En effet, en se fondant sur les pièces jointes à la procédure, la cour administrative d'appel a relevé que l'augmentation du tarif n'étaient pas uniquement lié à la hausse du coût du service résultant de l'allongement du parcours desservi par la navette gratuite.

En troisième lieu, la requérante considérait que la cour a apprécié de manière « *purement arithmétique* » la modification introduite par l'avenant. Pour solliciter le rejet de ce moyen, le rapporteur public s'est interrogé sur la portée du contrôle pouvant être réalisé par le juge administratif sur les avenants aux contrats de l'administration. A ce titre, il a rappelé que l'objectif de ladite analyse[15] : elle vise à savoir si ce changement peut être réalisé sans nouvelle remise en concurrence. Autrement dit, la juridiction doit se demander si l'économie du contrat issue de l'avenant

aurait incité ou non d'autres opérateurs économiques à se porter candidat à l'obtention du contrat dans l'hypothèse où ces conditions contractuelles avaient été connues dès la mise en concurrence initiale. Or, en l'espèce, ce contrôle a bien été réalisé par la cour administrative d'appel en recherchant si « *la hausse des tarifs compensait exactement les modifications des conditions d'exécution du service demandées par la personne publique* ». Si la réponse avait été positive, l'équilibre économique du contrat, incluant la part de risque inhérente aux délégations de service public, n'aurait pas été atteinte, si et seulement si le changement n'affectait pas « *l'objet même du contrat* ». Mais la juridiction d'appel, validée sur ce point par le Conseil d'Etat, a constaté que la réponse était négative.

En quatrième et dernier lieu, la compagnie des parcs et passeurs du Mont-Saint-Michel fondait son recours sur la circonstance que la cour administrative d'appel aurait « *méconnu le droit du délégataire à la compensation des nouvelles sujétions de service public* ». Toutefois, ce moyen n'a pas non plus été retenu. En effet, l'action dont a été saisi les juridictions de première instance et d'appel était un recours pour excès de pouvoir contre deux actes détachables de l'avenant. Dans le cadre de cette action, le juge administratif a des pouvoirs limités. Il ne peut prononcer que deux décisions : soit rejeter la demande soit annuler l'acte qui lui est déféré. Or l'annulation d'un acte détachable d'un avenant visant la modification des tarifs conduit nécessairement à la renaissance des tarifs antérieurs. Seules les parties, sous le contrôle du Juge administratif du contrat, sont à même de s'accorder sur les modalités d'une éventuelle compensation des surcoûts. Toutefois, ce potentiel nouvel avenant devra respecter l'équilibre économique initial du contrat. Pour ce faire, le Rapporteur public a proposé deux hypothèses : soit une hausse des tarifs strictement limitée à ce qui est nécessaire pour la compenser ; soit un prix versé par le syndicat mixte, qui ne devra pas davantage excéder le surcoût que représente cette modification.

Le dernier moyen de la requérante est tiré de ce que la cour aurait commis « *une erreur de qualification juridique des faits et dénaturé les pièces du dossier en jugeant que l'annulation prononcée n'était pas excessive eu égard à ses effets sur l'intérêt général* ». Mais, cet argument a également été rejeté. Comme il a été mentionné ci-dessus, la cour administrative d'appel a statué en tant que juge de l'excès de pouvoir. Or, contrairement au juge de l'exécution[16] et au juge du contrat[17], ce dernier n'a pas la possibilité d'exclure l'annulation d'un acte illégal en se fondant sur un motif d'intérêt général. Il n'en demeure pas moins que la juridiction peut limiter les effets excessifs liés au caractère rétroactif de l'annulation en différant ses effets[18]. Cette faculté a été utilisée en l'espèce par les premiers juges. La sanction effective de l'avenant litigieux n'a été effective qu'un mois et demi après le prononcé du jugement, soit le 1^{er} janvier 2016. Peut-être une critique sur ce point aurait pu être adressée au cours des différents recours. Un mois et demi constitue un délai très voire trop bref pour permettre la négociation et la conclusion d'une solution de replis. Toutefois, à la lecture de la décision commentée et de celle prononcée par la cour administrative d'appel, il ne semble pas qu'une telle critique ait été formulée.

En tout état de cause, en posant une véritable règle d'ordre public gouvernant les avenants de l'ensemble des contrats de la commande publique, le Conseil d'Etat invite les praticiens des contrats administratifs à évaluer avec précision les modifications des délégations de service public et les concessions de service. L'augmentation des clauses tarifaires doit nécessairement correspondre à une augmentation du coût du service. En outre, à la lecture des conclusions du rapporteur public, la portée de l'arrêt n'apparaît pas limitée aux avenants mais concerne également les modifications unilatérales des contrats de la commande publique.

[1] Le présent contentieux concerne le cinquième avenant.

[2] Acte réglementaire toujours directement contestable aujourd'hui par la voie du recours pour excès de pouvoir contrairement à la délibération : CE, Ass. 4 avril 2014, n° 358 994, publié au recueil Lebon (N° Lexbase : A6449MIP).

[3] TA Caen, 17 novembre 2015, n°s 1 301 060 et 1 301 518 (N° Lexbase : A0935NXW).

[4] Plus précisément, comme l'a relevé le Conseil d'Etat, l'annulation concerne « *en premier lieu, la délibération du 3 avril 2013 en tant qu'elle autorise le président du syndicat mixte de la baie du Mont-Saint-Michel à réviser par avenant la grille tarifaire applicable aux usagers des installations d'accueil et de transport du Mont-Saint-Michel, en deuxième lieu, la décision du président du syndicat mixte de signer l'avenant n° 5 en tant que cette décision porte sur les stipulations du*

sixième alinéa de la clause 2.5 qui approuvent les nouveaux tarifs tels qu'ils sont fixés par la grille figurant en annexe 5 à cet avenant, et, enfin, avec effet au 1er janvier 2016, le sixième alinéa de la clause 2.5 de l'avenant n° 5; que la compagnie des parcs et passeurs du Mont-Saint-Michel a seule fait appel de ce jugement»..

[5] Par deux arrêts respectivement, CAA Nantes, 14 juin 2016, n° 15NT03 638 (N° Lexbase : A1283RTP) et CAA Nantes 22 février 2017, n° 16NT00 321 (N° Lexbase : A6834XG9); seul le second.

[6] Seul l'arrêt du 22 février 2017 précité était contesté.

[7] Principe que l'on peut assimiler à une règle de l'ordre public contractuel d'exécution.

[8] L'auteur tient à remercier Monsieur le Rapporteur public pour la communication de ses conclusions.

[9] CJCE, 19 juin 2008, aff. C-454/06 (N° Lexbase : A2000DgX); CJCE 13 avril 2010, aff. C-91/08 (N° Lexbase : A6543EUU).

[10] Directive (UE) 2014/23 du 26 février 2014, sur l'attribution de contrats de concession, art. 43 (N° Lexbase : L8591Z9), aujourd'hui transposée en droit national à l'article 36 du décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016, relatif aux contrats de concession, et plus particulièrement le 5° de cet article.

[11] CE, Sect., 11 juillet 2008, n° 312 354 (N° Lexbase : A6133DgZ), sous l'empire de l'ancien article 20 du Code des marchés publics (N° Lexbase : L3260ICQ).

[12] CE, avis de la section des finances, 8 juin 2000, n° 364 803 (N° Lexbase : A6685IQN); CE, avis de la section des travaux publics, 19 avril 2005, n° 371 234 (N° Lexbase : A3933KII).

[13] Et ce malgré l'objectivisation du recours pour excès de pouvoir au début du XX^{ème} siècle et l'interdiction d'invoquer le respect d'une clause contractuelle classique au sein du REP : CE, 21 décembre 1906, n° 19 167 (N° Lexbase : A4810B8N), Rec. p. 962.

(14) CE, 10 juillet 1996, n° 138536 (N° Lexbase : A0215APN).

[15] Modification unilatérale reconnue par la jurisprudence : CE 10 janvier 1902, n° 94 624 (N° Lexbase : A6862B7B); CE 11 mai 1902 (N° Lexbase : A7823B7U); CE, 2 février 1983, n° 34 027 (N° Lexbase : A1402AMU).

[16] CE, 21 février 2011, n° 337 349 (N° Lexbase : A7022GZ4).

[17] CE, Ass. 4 avril 2014, n° 358 994, préc..

[18] CE, Ass, 11 mai 2004, n° 255 886 (N° Lexbase : A1829DCQ).