

# Quel cadre pour la modification anticipée de contrats de longue durée ?

## A propos de l'auteur



**Mlle Florence David**

*Avocat associé*

*Earth avocats*

 [Voir les articles de cet auteur](#)

Les textes nationaux ont intégré des mesures spécifiques aux modifications des contrats de la commande publique, dans le cadre de la transposition des directives. Ces dispositions sont désormais explicitement régies par l'art. 65 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et par les articles 139 et 140 de son décret d'application du 25 mars 2016. Marchés publics et concessions sont tous deux concernés par la transposition fidèle de l'article 72 de la directive 2014/24/UE « marchés publics » du 26 février 2014 et présentent des caractéristiques communes. Florence David, avocate associée au sein du cabinet Earth avocats, présente le nouveau dispositif et son application sur les contrats de longue durée.



Jusqu'à récemment, la modification des contrats de longue durée était principalement envisagée par le prisme de la régularité des avenants conclus au cours de leur exécution. Ainsi, s'agissant des délégations de service public, la jurisprudence administrative se prononçait sur leur validité en sanctionnant ceux qui avaient pour effet d'en modifier l'objet ou de bouleverser un élément essentiel du contrat. Par ailleurs, les avenants de prolongation d'une délégation de service public passés par les collectivités territoriales étaient également encadrés par les dispositions du code général des collectivités territoriales.

Désormais, s'agissant des concessions au sens large, l'article 55 de l'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession régit leur modification et renvoie, à ce titre, aux dispositions réglementaires. Les articles 36 et 37 de son décret d'application n°2016-86 du 1er février prévoient les cas de modification des contrats et un encadrement clair de leur régime. Toutefois, si les textes apportent

effectivement une clarté certaine quant à plusieurs hypothèses de modifications, il n'en demeure pas moins que celles prévues dans les documents contractuels initiaux devront, en pratique, faire l'objet d'une attention toute particulière. En particulier, l'hypothèse des modifications anticipées est un sujet qu'il est utile d'appréhender de manière sérieuse au moment de la conclusion des contrats de longue durée, dont relève la plupart des concessions de service ou de travaux.

**“ L'hypothèse des modifications anticipées est un sujet qu'il est utile d'appréhender de manière sérieuse au moment de la conclusion des contrats ”**

## Sur la compréhension des textes réglementaires

Tout d'abord, l'article 55 de l'ordonnance précitée dispose : « *Les conditions dans lesquelles un contrat de concession peut être modifié en cours d'exécution sans nouvelle procédure de mise en concurrence sont fixées par voie réglementaire. Ces modifications ne peuvent changer la nature globale du contrat de concession. Lorsque l'exécution du contrat de concession ne peut être poursuivie sans une modification contraire aux dispositions prévues par la présente ordonnance, le contrat de concession peut être résilié par l'autorité concédante.* » Ainsi, l'ordonnance renvoie aux dispositions réglementaires s'agissant des conditions de modification d'un contrat en cours d'exécution sans remise en concurrence, laquelle peut résulter de la passation d'un avenant. En revanche, elle fixe la limite absolue que toutes les modifications doivent respecter : l'absence de changement de la nature globale du contrat de concession. Bien évidemment, dans ce cadre, l'ordonnance rappelle qu'à défaut de remplir cette condition, les modifications pourront faire l'objet d'une nouvelle procédure de passation. Il s'en déduit que l'impossibilité de poursuivre l'exécution de la concession sans modification de la nature globale du contrat est un motif d'intérêt général justifiant sa résiliation. S'agissant des conditions dans lesquelles les contrats de concession pourront être modifiés, nous ne reviendrons pas, aux termes de ce commentaire sur tous les cas de modifications qui ont déjà été analysés.

Nous concentrerons le présent commentaire sur la première hypothèse définie par l'article 36 du décret. Cet article dispose : « *Ce contrat de concession peut être modifié dans les cas suivants : 1° Lorsque les modifications, quel que soit leur montant, ont été prévues dans les documents contractuels initiaux sous la forme de clauses de réexamen ou d'options claires, précises et sans équivoques. Ces clauses indiquent le champ d'application et la nature des modifications ou options envisageables, ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage.* ».

Incontestablement, la rédaction de cet article ouvre assez largement les possibilités de modification des contrats de concessions dès lors que ces modifications ont été effectivement anticipées. Se pose alors la question de savoir quelles sont les limites qui devront être respectées dans cette hypothèse. En premier lieu, s'impose la limite absolue indiquée à l'article 55 (valant donc pour tous les cas de modification déterminés par décret), c'est-à-dire celle tenant à l'obligation de ne pas modifier la nature du contrat.

## Qu'y a-t-il derrière la notion de « nature » ?

Pour bien comprendre cette notion de « nature », notons tout d'abord que les considérants de la directive renvoient à l'objet de la concession en indiquant (s'agissant des circonstances imprévisibles ouvrant droit à modification) que « *cela ne peut pas s'appliquer aux modifications qui ont pour effet d'altérer la nature de l'ensemble de la concession, par exemple en remplaçant les travaux à exécuter ou les services à fournir par quelque chose de différent ou en modifiant fondamentalement le type de concession (...)* » (Considérant 76, directive précitée). Pour autant, il nous semble que cette notion, dans l'hypothèse des modifications anticipées sous forme d'option, n'a pas réellement lieu d'être dès lors que ces éléments auraient bien été pris en compte dès le lancement de la procédure de passation. En outre, il semble que la notion de nature doit également être mise en rapport avec celle de risque s'agissant des concessions. A cet égard,

l'expression « *quel que soit le montant* » laisse supposer que les modifications peuvent être substantielles d'un point de vue financier dès lors que la nature du contrat n'est pas modifiée. Sur cette question, il convient de faire le lien entre les aspects financiers et la nature du contrat. En effet, si les

**“ La notion de nature doit également être mise en rapport avec celle de risque s'agissant des concessions ”**

modifications anticipées tendaient à prévoir, par exemple, la mise en œuvre d'un mécanisme de compensation des pertes, alors ces modifications pourraient être considérées comme supprimant ou limitant le risque d'exploitation. En cas de contrôle du juge, celui-ci ne manquerait pas de relever que la nature du contrat a été changée, en ce que la limitation du risque pour le concessionnaire emporte atteinte à la nature même du contrat de concession, emportant requalification du contrat en marché public. Sous cette réserve, la liberté laissée aux parties en termes d'ampleur financière est, en principe, substantielle. Cette considération n'exclut pas de prendre en compte les contraintes procédurales qui existent par ailleurs, telle la saisine de la commission figurant à l'article L. 1411-5 lorsque le contrat revêt la nature d'une délégation de service public et que sa modification entraîne une augmentation supérieure à 5% de son montant global (Article L. 1411-6 du code général des collectivités territoriales).

## Même niveau d'anticipation pour les options et les clauses de réexamen

En second lieu, l'encadrement de cette faculté semble également résulter du degré de précisions apportées aux « options » et aux « clauses de réexamen ». A cet égard, la première question, purement littérale, qui pourrait venir à l'esprit dans ce cadre est celle de savoir si les caractéristiques « claires, précises et sans équivoques » s'appliquent seulement à la notion d' « options » ou également à celle des « clauses de réexamen ». Sur cette question, c'est le considérant n°78 de la directive qui tend à démontrer que les caractéristiques s'appliquent aux deux types de clauses en indiquant que « *les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices devraient avoir la possibilité de modifier la concession par des clauses de réexamen ou d'option, celles-ci ne devant cependant pas leur laisser toute latitude en la matière. (...) Il convient par conséquent de préciser qu'une clause de réexamen ou d'option, formulée de manière suffisamment claire (...).* ». Ainsi, qu'il s'agisse des clauses de réexamen ou des options, le niveau d'anticipation aux termes du contrat conclu est le même. Le pouvoir adjudicateur et son concessionnaire sont tenus d'avoir correctement et précisément anticipé les évolutions possibles. A ce titre, comme relevé ci-dessus, le décret « concessions » impose que ces clauses indiquent le champ d'application et la nature des modifications ou options envisageables, ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage.

“ Les caractéristiques « claires, précises et sans équivoques » s'appliquent-elles aux « options » et aux « clauses de réexamen » ? ”

## Les modifications de contrats dans l'open data

La notion de clause de réexamen couvre, comme l'indique notamment l'article 43 1.a) de la directive, les clauses de révision mais pas seulement. Il semble que cette notion, non clairement définie, puisse être entendue plus largement et couvrir tous les types de clauses de revoyure. Ensuite, s'agissant de la notion d'options, si l'on s'en réfère à la fiche DAJ relative aux modalités de modifications des contrats en cours d'exécution, elles « *recouvrent notamment les tranches optionnelles, les reconductions ou encore les prestataires complémentaires* ». Cette interprétation paraît certes parfaitement sécurisée, mais semble également limiter en partie l'intérêt de l'article lui-même. Enfin, relevons qu'en vertu de l'article 34 du décret précité, l'acheteur public aura l'obligation de donner un accès libre aux données relatives aux modifications de contrats de concession et, en particulier, les informations portant sur l'objet de la modification, les incidences de celle-ci sur la durée ou la valeur du contrat ainsi que sur les tarifs à la charge des usagers et la date de modification du contrat. Ces éléments sont considérés comme des données essentielles.

## Sur les conditions de mise en œuvre de cette possibilité

Ces éléments de cadrage étant rappelés, la question se pose en pratique des modalités effectives de mise en œuvre. Tout d'abord, il est rappelé que les concessions sont conclues à la suite d'une procédure négociée, qui peut être définie de manière assez libre. La jurisprudence encadre néanmoins cette phase de la procédure, en retenant, d'une part, que les modifications apportées par l'autorité concédante à l'objet du contrat dans le cadre des négociations doivent être limitées et justifiées (CE, 21 juin 2000, Syndicat intercommunal de la Côte d'Amour et de la presqu'île Guérandaise, n° 209319, Lebon ; CAA Marseille, 17 janvier 2011, Commune de Nîmes, n° 08MA01952 et 08MA02083) et, d'autre part, que les éléments du dossier de consultation des entreprises ne peuvent, dans ce même cadre, être bouleversés (CAA Lyon, 30 avril 2015, Société du casino de Saint-Honoré-les-Bains, n° 14LY02090).

Aussi, l'ajout de clauses de réexamen pendant la procédure de négociation sur proposition de certains candidats pose nécessairement question. En effet, le pouvoir adjudicateur doit pouvoir bénéficier des avantages de la négociation au cours de celle-ci. A cet égard, il semblerait relativement aisé de pouvoir intégrer des clauses de réexamen durant cette phase.

En revanche, s'agissant d'options claires, précises et non équivoques, l'ampleur des propositions formulées par les candidats en phase de négociation pourrait être de nature à remettre en cause les conditions initiales de la consultation. Par exemple, dans le cadre d'une concession impliquant des travaux d'investissement importants, un candidat qui proposerait des travaux non prévus au programme initial poserait une difficulté certaine au pouvoir adjudicateur.

**“ L'ajout de clauses de réexamen pendant la procédure de négociation sur proposition de certains candidats pose nécessairement question ”**

## Comment anticiper les évolutions d'un contrat de longue durée ?

Surtout, tout l'intérêt de clauses prévues par le décret est de permettre aux cocontractants de prévoir une souplesse pendant toute la durée d'exécution du contrat. Or, anticiper des évolutions, parfois sur une durée de 20 ans, est en pratique particulièrement compliqué. Si des projections sont possibles, définir les évolutions de manière claire précise et sans équivoque peut paraître complexe. Dans l'attente de décisions juridictionnelles, les futurs concédants doivent faire leurs meilleurs efforts pour préciser autant que possible ces futures clauses sans pour autant se priver des possibilités offertes par les textes nationaux et par la directive. En pratique, la question se pose également de savoir s'il est possible d'ajouter des clauses en ce sens pour les contrats en cours d'exécution. En effet, l'article 55 de l'ordonnance précitée s'applique (contrairement aux autres dispositions) « à la modification des contrats qui sont des contrats de concession au sens de la présente ordonnance et qui ont été conclus ou pour lesquels une procédure de passation a été engagée ou un avis de concession a été envoyé à la publication avant la date d'entrée en vigueur de la présente ordonnance » (article 78).

Dès lors, il pourrait alors être envisagé d'intégrer des clauses de réexamen à des concessions en cours d'exécution. Pour autant, si les contrats en question n'avaient pas prévu une telle intégration, leur validité sera subordonnée à l'absence de modification substantielle du contrat au sens nouveaux textes. Il sera donc nécessaire, au cas par cas, de réfléchir à la possibilité d'intégrer ce type de clause pour des contrats conclus, par exemple, peu avant le 1er avril 2016 pour des durées longues et qui auraient besoin de nouveaux éléments de souplesse en cours d'exécution. Enfin, il convient d'attirer l'attention des pouvoirs adjudicateurs qui se lancent dans la création d'une société d'économie mixte à opération unique (SEMOP), en particulier pour la conclusion d'une concession.

**“ Les futurs concédants doivent faire leurs meilleurs efforts pour préciser autant que possible ces futures clauses ”**

### Le cas des SEMOP

Afin d'assurer le caractère souple sur le long terme des concessions de longue durée attribuées à des SEMOP il est essentiel de prévoir des possibilités de modifications de l'actionnariat de la SEMOP. Pour ce faire, l'article 36 4°.a) offre la possibilité de prévoir des clauses de réexamen en ce sens. Notons que cet alinéa, dans la mesure où il renvoie au point 1° du même article, implique également le respect d'une obligation de clarté et de précision. Sur ce fondement, une lecture stricte pourrait supposer que le futur cessionnaire soit déjà identifié. Une telle lecture nous semble à la fois limiter l'intérêt d'une telle disposition et, en tout état de cause, quasiment impossible à mettre en œuvre. En revanche, il nous semble nécessaire qu'un minimum d'informations sur les caractéristiques du cessionnaire (nouveaux actionnaires entraînant changement de structure titulaire) devra être anticipé au stade de la rédaction du contrat. Là encore, si le principe a été anticipé dans les documents de la consultation, la négociation devrait offrir la possibilité à chaque candidat de proposer des caractéristiques suffisamment précises.