

4 La résiliation des concessions pour durée excessive

sous la direction de Stéphane BRACONNIER,
professeur et président de l'université Paris-Panthéon-Assas,
directeur du JurisClasseur Contrats et Marchés Publics



Nil SYMCHOWICZ,
avocat associé, professeur associé de droit public,
université Paris-Panthéon-Assas

CONTEXTE

La thématique de la durée excessive des concessions engendre parfois des tensions entre les autorités concédantes et les concessionnaires. Certaines collectivités, depuis la jurisprudence Commune d'Olivet (*CE, ass., 8 avr. 2009, n° 271737, Cne Olivet : JurisData n° 2009-075420 ; Lebon, p. 116 ; Contrats-Marchés publ. 2009, comm. 164, note G. Eckert ; JCP A 2009, act. 505, M.-C. Rouault ; JCP A 2009, 2147, note F. Linditch ; JCP A 2009, 2157, note B. Bonnet ; Dr. adm. 2009, comm. 85, note F. Melleray ; RJEP 2009, comm. 41, note B. Plessix*) et la décision Société Auxiliaire de Parcs (*CE, 7 mai 2013, n° 365043, Sté auxiliaire de parcs de la région parisienne : JurisData n° 2013-008819 ; Contrats-Marchés publ. 2014, chron. 2, § 54, G. Eckert, AJDA 2013, p. 1271, chron. X. Domino et A. Bretonneau ; JCP A 2013, 2297, obs. J.-B. Vila*), sont tentées de remettre en cause leurs contrats dont la durée, fixée au moment de la signature, leur apparaît quelques années plus tard excessive. Depuis que le Conseil d'État a rangé en 2013 la durée trop longue d'un contrat administratif, et singulièrement d'une concession, au nombre des motifs d'intérêt général susceptibles de permettre leur résiliation, les concessionnaires sont parfois confrontés, tout au moins lorsque leur exploitation s'avère rentable (c'est évidemment beaucoup moins vrai en cas de difficultés d'exploitation), à des « menaces » opportunistes de résiliation anticipée pour cause de durée excessive ou à des ruptures anticipées. Cette thématique, fréquente au plan local, a encore été illustrée récemment pour l'État, par l'avis du Conseil d'État du 8 juin 2023 portant sur la sécurisation des mesures permettant d'assurer une meilleure prise en compte de l'intérêt public dans l'équilibre des contrats de concession autoroutière (*CE, avis, 8 juin 2023, n° 407003 : V. G. Eckert, Peut-on résilier les concessions autoroutières en cas de rémunération excessive de leurs titulaires ? : Contrats-Marchés publ. 2023, comm. 307. – C. Nourrisson, M. Schwartz et C. Bonnet, La résiliation unilatérale par l'État des concessions d'autoroute en raison de leur durée excessive : Contrats-Marchés publ. 2023, étude 7*).

COMMENTAIRES

A. - Les trois hypothèses de durée excessive

La durée excessive d'une concession peut d'abord apparaître dans une hypothèse qui, si elle n'a pas déjà disparu, devrait avec le temps être de plus en plus rare. Elle correspond à des contrats de concession conclus avant l'entrée en vigueur de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 qui, pour la première fois, avait réglementé la durée des contrats de délégation de service public (DSP), et dont le terme fixé par les parties s'est avéré en contrariété avec les dispositions de la loi, entrée en vigueur en cours d'exécution du contrat. Le Conseil d'État, dans la décision Commune d'Olivet, a en effet considéré que les dispositions de la loi encadrant la durée des DSP devaient rétroagir, non pas pour conduire à l'illégalité du contrat, et donc à sa nullité, mais pour imposer aux parties de constater la caducité d'un contrat ayant atteint un terme légal théorique. Dans ce cas, la durée n'a pas été fixée de manière excessive lors de la signature, mais s'avère excessive du fait de sa non-conformité avec des dispositions nouvelles. Il appartient donc aux parties d'en tirer les conséquences, sans qu'il

s'agisse d'une résiliation à proprement parler, mais d'une caducité dont les parties doivent se borner à prendre acte.

Le deuxième cas d'une durée excessive correspond à l'hypothèse dans laquelle les parties, au moment de la conclusion du contrat, ont commis une illégalité en violant les dispositions pertinentes régissant d'abord les contrats de délégation de service public (*CGCT, art. L. 1411-2 ou L. n° 93-122, 29 janv. 1993, art. 40*) puis, désormais, les concessions. Violant ces dispositions, les parties ont commis une illégalité susceptible d'impacter la pérennité de leurs liens contractuels.

Le troisième cas a fait l'objet de l'avis récent précité du Conseil d'État du 8 juin 2023. À la date de signature du contrat, les parties n'ont commis aucune illégalité et sa durée a été correctement fixée au regard des prescriptions légales, mais une rentabilité accrue de la concession, par rapport à ce que les parties avaient conçu initialement, conduit à une rupture de son équilibre économique initial. Le Conseil d'État, dans son avis, considère que : « si le concédant constatait, en cours d'exécution du contrat, une importante augmentation

de la rémunération du concessionnaire, il lui appartiendrait, pour apprécier les conséquences à en tirer, de tenir compte du transfert de risque auquel procède le contrat de concession, et qui est le corollaire de l'équilibre de ce dernier ». Et de considérer qu'en présence d'une « évolution particulièrement importante et durable de la rémunération des capitaux investis par le concessionnaire et de ses bénéficiaires, conduisant à une altération profonde et irréversible de l'équilibre économique de la concession », la durée du contrat initialement convenue pourrait apparaître excessive.

B. - L'appréciation de la durée excessive

Pour s'en tenir à l'état du droit, la durée des contrats de concession est régie par le principe de remise en concurrence périodique, qui impose qu'elle soit limitée. Dans la continuité des dispositions antérieures, le Code de la commande publique précise à l'article L. 3114-7 que « La durée du contrat de concession est limitée. Elle est déterminée par l'autorité concédante en fonction de la nature et du montant des prestations ou des investissements demandés au concessionnaire, dans les conditions prévues par voie réglementaire » et, pour les concessions d'une durée supérieure à 5 ans, c'est-à-dire celles mobilisant des investissements du concessionnaire, la durée du contrat ne doit pas excéder le temps raisonnablement escompté par le concessionnaire pour qu'il amortisse les investissements réalisés pour l'exploitation des ouvrages ou services avec un retour sur les capitaux investis, compte tenu des investissements nécessaires à l'exécution du contrat (CCP, art. R. 3114-2). Le Conseil d'État vient de rappeler que l'introduction dans les textes européen et interne d'une condition tenant à la rémunération des capitaux investis, englobant ainsi la couverture de la dette et la rémunération des fonds propres, ne faisait qu'aligner la définition légale de la durée des concessions sur la définition traditionnelle de la durée des concessions élaborée par la jurisprudence dans le cadre de la théorie de l'équilibre financier des contrats.

Par ailleurs, la durée normale d'amortissement ne se réduit pas, par principe, à la durée comptable. Elle résulte d'un équilibre global entre différents éléments, tels que la durée normalement attendue pour couvrir les charges d'exploitation et d'investissement, compte tenu des contraintes d'exploitation liées à la nature du service et des exigences du délégant ainsi que de la précision des tarifs payés par les usagers (CE, 11 août 2009, n° 303517, *Sté Maison Comba* : *JurisData* n° 2009-007564 ; *Contrats-Marchés publ.* 2009, *comm.* 364, *note G. Eckert*), durée à laquelle il convient d'ajouter le temps nécessaire à la réalisation de ces investissements (CE, 8 févr. 2010, n° 323158, *Cne Chartres* : *JurisData* n° 2010-000413 ; *Lebon T.*). Le rapporteur public Pellissier ajoutait que « cela ressort de la lettre même de ces dispositions et de la jurisprudence que la durée d'amortissement correspond à une évaluation raisonnable, normale, et comporte donc nécessairement une marge d'incertitude qui est aussi une marge d'appréciation laissée aux parties » (*concl. ss CE*, 27 janv. 2020, n° 422104, *Toulouse Métropole* : *JurisData* n° 2020-001021 ; *Contrats-Marchés publ.* 2020, *comm.* 122, *note G. Eckert*). D'où un contrôle du juge limité à l'erreur manifeste d'appréciation.

Et la durée s'apprécie en principe à la date de la conclusion du contrat et au regard des données établies à ce moment, et non *ex post*. En effet, le caractère normal ou non de la rentabilité d'un projet – et donc l'amortissement des investissements en vue de sa réalisation – au regard des risques, doit nécessairement s'apprécier avant la matérialisation ou non de ces risques, donc avant la réalisation du projet en question. Tout ajustement *a posteriori* de la rentabilité réelle de l'investissement reviendrait à éluder la notion de risque initial de l'investissement pour le délégataire (*V. sur ce point G. Pellissier, concl. ss CE*, 27 janv. 2020, n° 422104, *Toulouse Métropole*). Comme le relève le Conseil d'État dans son avis précité de 2023, « si le transfert de risques, pour des raisons

évidentes, joue essentiellement dans les cas d'évolutions défavorables au concessionnaire, il doit jouer également dans les cas d'évolutions favorables à ce dernier ». Telle est la position très explicitement formulée par la cour de Marseille (CAA Marseille, 21 déc. 2020, n° 17MA03992, *SA Indigo Infra CGST*. – *Durée confirmée par CE*, 10 nov. 2021, n° 449985 : *JurisData* n° 2021-021340 ; *Contrats-Marchés publ.* 2022, *comm.* 60, *obs. E. Muller*).

Quelques précisions doivent encore être ajoutées.

Tout d'abord, les investissements à considérer, pour déterminer la durée du contrat comprennent non seulement les investissements de premier établissement des installations de la concession, mais plus globalement tous les investissements financiers du concessionnaire. On pense sur ce point notamment aux droits d'entrée versés légaux auxquels doivent être assimilées les redevances capitalisées versées en début de contrat. Puisqu'ils sont destinés à être amortis par le concessionnaire, ce capital investi qui implique un retour, nécessite donc une durée d'amortissement (CAA Paris, 4 juill. 2023, n° 20PA02799, *Sté Auxiliaire de Parcs* : *JurisData* n° 2023-015352 ; *Contrats-Marchés publ.* 2023, *comm.* 274, *obs. E. Muller*), dans le sillage de décisions du Conseil d'État qualifiant bien ces redevances et droits d'entrée de dépenses d'investissement (*V. par ex.* : CE, 1^{er} août 2012, n° 352762, *Sté Raphaëloise de Stationnement*. – CE, 19 juin 2013, n° 365364, *Sté Auxiliaire de Parcs*).

Ensuite, les juridictions administratives ont pris l'habitude de désigner des experts financiers afin de déterminer si la durée du contrat excède la durée normale d'amortissement des investissements. Cette méthode est à nos yeux critiquable, dans la mesure où la mission demandée à l'expert ne s'apparente pas véritablement à une mission technique, telle que serait une mission appréciant si les hypothèses prises en considération pour fixer la durée étaient réalistes ou raisonnables. Elle s'apparente davantage à une mission de qualification juridique, dès lors que la notion d'amortissement des investissements, au sens de la jurisprudence *Sarl Maison Comba*, n'est ni financière, ni comptable, ni mathématique. Mais force est de constater qu'elle est en usage (*V. par ex. CAA Marseille*, 16 janv. 2013, n° 11MA03494. – *CAA Douai*, 2^e ch., *formation à 3*, 21 févr. 2023, n° 21DA02389 : *JurisData* n° 2023-004992 ; *Contrats-Marchés publ.* 2023, *comm.* 149, *note G. Eckert*).

Des premières affaires jugées, il ressort que les experts mettent en œuvre l'outil d'analyse financière que constitue le taux de rentabilité interne d'un investissement (TRI). À la différence du taux de marge nette qui mesure la rentabilité totale d'une entreprise ou d'un projet et suppose que soit analysé l'ensemble des éléments composant le résultat de ladite entreprise ou dudit projet, le TRI permet de circonscrire l'analyse à la seule rentabilité économique, c'est-à-dire de comparer, d'une part, le montant des investissements à réaliser, d'autre part, les flux de trésorerie associés à l'exploitation en lien avec ces investissements. Une fois un TRI mis en évidence, il permet de dégager une durée d'exploitation nécessaire pour atteindre cette rentabilité. Deux catégories de TRI résultent des méthodes d'analyse financière. Le TRI dit « projet » mesure la rentabilité du projet en lui-même, c'est-à-dire la rentabilité intrinsèque de l'investissement initial, sans prendre en compte la structure de financement. Le TRI « actionnaire » dépend, lui, de la structure de financement choisie par le délégataire et mesure le taux de rendement généré sur l'apport en fonds propres. Les experts en général retiennent, pour apprécier la durée normale d'amortissement des investissements, la rentabilité intrinsèque du projet et donc le TRI projet. En effet, alors que le TRI actionnaire dépend de données propres au délégataire, principalement en termes de choix de mode de financement de l'investissement initial, et varie en fonction de la quotité de dette utilisée et du coût de la dette spécifique à la société porteuse du projet, le TRI projet restera identique. Entre ces deux méthodes d'évaluation du

TRI, le Conseil d'État n'a pas tranché. Dans son avis du 8 juin 2023, il a considéré que ces deux approches « *disposent chacune de leur cohérence propre* » et sont « *complémentaires* » (pt 13), un « *TRI actionnaire* » élevé au terme du contrat n'étant pas nécessairement en contradiction avec un « *TRI projet* » stable sur une plus longue période. Mais dans quelques affaires, les experts ont privilégié le TRI projet (CAA Paris, 6^e ch., 4 juill. 2023, n° 20PA02799. – TA Lille, 2^e ch., 23 janv. 2024, n° 1803795).

La projection d'une durée théorique à partir d'un TRI estimé ne constitue qu'un élément d'appréciation de la durée normale d'amortissement, dès lors que la notion d'amortissement économique implique une marge d'appréciation discrétionnaire, de sorte qu'un décalage entre la durée issue du TRI et la durée du contrat peut être admise (CAA Paris, 6^e ch., 4 juill. 2023, n° 20PA02799).

C. - Le traitement de la durée excessive

Si l'on met de côté la question ci-dessus évoquée de la caducité d'un contrat, les deux autres cas de figure d'une durée excessive du contrat peuvent donner lieu à une mesure de résiliation.

Dans le premier cas, celui d'une durée fixée illégalement par les parties (en réalité le plus souvent par le concédant lors de la mise en concurrence), la jurisprudence a dans un premier temps considéré qu'une durée illégale constituait un motif d'intérêt général susceptible de permettre le prononcé d'une mesure de résiliation. Bien qu'encore souvent citée, cette décision ne nous paraît plus représentative de l'état du droit. Il nous semble désormais que doit s'appliquer dans ce cas de figure la jurisprudence Sté Comptoir négoce équipements aux termes de laquelle, dans le cas « *d'un contrat entaché d'une irrégularité d'une gravité telle que, s'il était saisi, le juge du contrat pourrait en prononcer l'annulation ou la résiliation, la personne publique peut, sous réserve de l'exigence de loyauté des relations contractuelles, résilier unilatéralement le contrat sans qu'il soit besoin qu'elle saisisse au préalable le juge* » (CE, 10 juill. 2020, n° 430864, Sté Comptoir négoce équipements : JurisData n° 2020-009876 ; Contrats-Marchés publ. 2020, comm. 257, note Ph. Rees). Étant précisé que la modification unilatérale de la durée par l'Administration n'est pas envisageable dans la mesure où une telle clause n'est pas divisible de l'ensemble du contrat (CE, 8 mars 2023, n° 464619, Synd. intercommunal de la périphérie de Paris pour les énergies et les réseaux de communication : Lebon T. ; Contrats-Marchés publ. 2023, comm. 146, note H. Hoepfner ; JCP E 2023, 1251, F. Lichère). Et l'on sait que dans l'hypothèse d'une résiliation pour illégalité, les conséquences indemnitaires tiennent précisément compte de l'illégalité sanctionnée (CE, 10 juill. 2020, n° 430864, Sté Comptoir négoce équipements, préc.).

Reste la question de savoir si une durée illégalement fixée oblige l'Administration à résilier le contrat ou si elle dispose d'un pouvoir d'appréciation, la logique semblant militer pour

la première solution ainsi qu'en témoignent les conclusions du rapporteur public Pellissier sous la décision Sté Comptoir Négoce Équipements, dès lors notamment qu'un tiers pourrait agir pour forcer l'Administration à résilier le contrat (CAA Marseille, 28 nov. 2022, n° 20MA03656, Sté Cathédrale d'Images : JurisData n° 2022-022869 ; Contrats-Marchés publ. 2023, comm. 59, note M. Ubaud-Bergeron).

Dans le second cas d'une durée légalement convenue au moment de la signature du contrat, mais qui va s'avérer excessive en cours d'exécution, l'avis n° 407003 du 8 juin 2023 a fixé les paramètres rendant possible une résiliation pour motif d'intérêt général. Dans un avis du 5 février 2015, le Conseil d'État avait déjà admis l'hypothèse d'une « *résiliation pour motif d'intérêt général dans le cas où l'évolution économique constatée aurait pour effet d'accélérer sensiblement, contrairement aux prévisions, l'amortissement des ouvrages et la rémunération raisonnable du concessionnaire, au point que la durée initialement convenue n'aurait plus de justification* » (CE, avis, 5 févr. 2015, n° 389520). En 2023, il est précisé qu'une résiliation ne serait envisageable que « *s'il était constaté une évolution particulièrement importante et durable de la rémunération des capitaux investis par le concessionnaire et de ses bénéficiaires, conduisant à une altération profonde et irréversible de l'équilibre économique de la concession* » (pt 24). Cette hypothèse doit être considérée comme d'application exceptionnelle, dès lors que le Conseil d'État a bien rappelé, comme vu plus haut, que la durée d'un contrat se fixe à la date de sa conclusion. Dans cet avis, il précise par ailleurs que « *la seule circonstance que le concessionnaire ait optimisé le financement de sa dette en raison de taux historiquement bas, voire négatifs, comme cela a été le cas dans la période récente, ou qu'une baisse des coûts de construction et d'entretien, corrélée à une inflation particulièrement faible, lui ait procuré des bénéfices importants, ne pourrait suffire à fonder légalement une résiliation pour motif d'intérêt général, au regard du risque de pertes que le concessionnaire a accepté de courir en contrepartie des possibilités de gains que peut lui procurer une situation économique favorable* ». S'agissant des conséquences indemnitaires, tirant les conséquences du fondement « *pour motif d'intérêt général* » de la résiliation, qui doit être, nous dit le Conseil d'État, préparée sérieusement, les clauses indemnitaires dites de « *rachat* » devraient en principe trouver application. Cependant, rappelons le principe selon lequel l'application des clauses indemnitaires ne doit pas conduire à l'allocation au cocontractant d'une indemnisation excédant le montant du préjudice qu'il a subi résultant du gain dont il a été privé ainsi que des dépenses qu'il a normalement exposées et qui n'ont pas été couvertes en raison de la résiliation du contrat. On peut ainsi penser que la nécessité d'une cessation anticipée du contrat interdira l'indemnisation calculée à partir de la durée initiale du contrat.

JurisClasseur : Contrats et Marchés Publics, fasc. 430