

7^{ème} et 2^{ème} sous-sections réunies
Séance du 11 septembre 2013
Lecture du 9 octobre 2013

CONCLUSIONS

M. Bertrand DACOSTA, Rapporteur public

La convention portant sur la concession de l'autoroute Paris-Normandie a été conclue en 1963 avec la SAPN (Société des autoroutes Paris-Normandie). Initialement prévue pour une durée de 35 ans, elle a été prorogée par avenant, dès 1972, jusqu'au 3 août 2003. Puis, en 1991, une nouvelle convention a été conclue entre les mêmes parties, se substituant à celle de 1963. Elle devait prendre fin le 31 décembre 2012. Enfin, en 1995, une troisième convention est venue remplacer la précédente, avec une date d'expiration fixée en 2018, puis prolongée en dernier lieu jusqu'au 31 décembre 2028 (par l'ordonnance n° 2001-273 du 28 mars 2001).

La SAPN, concessionnaire, a conclu avec la société Sonotel deux contrats de sous-concession portant sur la construction et l'exploitation de restaurants sur des aires de service, l'un en 1980, l'autre en 1987.

Les deux contrats comportaient la même clause, à leur article 2, selon laquelle ils devaient prendre fin à l'expiration de la concession, soit en 2003 selon le calendrier alors prévu ; mais, *« au cas où cette concession viendrait à être prorogée, la durée du contrat le serait d'autant. »*

La société Sonotel a considéré, selon toute apparence, que les nouvelles conventions conclues entre l'Etat et la SAPN en 1991 et 1995 devaient être regardées comme des prorogations au sens des stipulations des contrats de sous-concession et que, par suite, le terme de ceux-ci avait été mécaniquement reporté.

Puis est intervenu l'avis rendu le 16 mai 2002 par l'assemblée générale du Conseil d'Etat, saisi par le ministre de l'équipement de la question de la nature juridique des contrats d'exploitation des installations commerciales implantées sur le réseau des sociétés concessionnaires d'autoroutes et sur le régime applicable à leur passation. Il en résulte que *« peuvent être regardées comme des activités de service public celles qui, directement nécessaires aux besoins particuliers des usagers des autoroutes, répondent à des considérations d'intérêt général en contribuant à la sécurité et à l'efficacité du trafic autoroutier et qui, par suite, sont soumises par les sociétés concessionnaires d'autoroutes, à des contraintes et des conditions d'exploitation propres à assurer aux usagers un service continu et adapté. »* Tel est le cas de la distribution de carburant et de la restauration, qui seules réunissent ces conditions.

Les contrats de sous-concession ne sont pas soumis à la loi « Sapin » du 29 janvier 1993, puisque les concessionnaires, personnes morales de droit privé, n'entrent pas dans son champ d'application. En revanche, ceux de ces concessionnaires qui ont la qualité de « pouvoirs adjudicateurs » au sens du droit communautaire sont astreints à des obligations minimales de publicité et de mise en concurrence sur le fondement de la jurisprudence Telaustria de la Cour de justice, issue de son arrêt du 7 décembre 2000 (au moins lorsque les contrats qu'ils concluent présentent un intérêt transfrontalier). Tel est le cas des sociétés concessionnaires d'autoroutes à capitaux majoritairement publics.

A l'époque, la SAPN, devenue filiale de la SANEF en 1994, n'avait pas encore été privatisée. Elle le sera en 2005.

En mai 2003, se fondant sur la nécessité d'une remise en cause périodique des contrats de sous-concession, la SAPN a indiqué à la société SONOTEL qu'elle était tenue « *de constater que les contrats d'exploitation ne pouvaient être regardés comme susceptibles d'être prorogés automatiquement* » et qu'ils prendraient fin « *à la date normale d'expiration en dehors de toute prorogation, soit le 3 août 2003.* » Et elle a lancé en juillet 2003 une procédure de mise en concurrence.

Estimant être confrontée à une résiliation anticipée pour motif d'intérêt général, la société Sonotel a demandé à la SAPN de l'indemniser. Elle s'est heurtée à un refus et a saisi le tribunal administratif de Paris, en invoquant, à titre principal, la jurisprudence sur la résiliation anticipée des contrats administratifs ; à titre subsidiaire, elle soulevait la nullité des contrats de sous-concession et se plaçait sur le terrain de la responsabilité quasi-contractuelle et de la responsabilité quasi-délictuelle. Le tribunal a rejeté sa demande. Son jugement a été annulé par la cour administrative d'appel de Paris pour irrégularité. Mais la cour a rejeté à son tour la demande de la société Sonotel.

Elle a considéré que les clauses des contrats de sous-concession que nous avons citées – celles figurant à leur article 2 – constituaient des clauses de tacite reconduction, prohibées s'agissant de contrats dont la passation est soumise à des obligations de publicité et de mise en concurrence, et qu'elles étaient entachées de nullité. Elle a rejeté, pour ce motif, les conclusions principales fondées sur la résiliation anticipée des contrats. Et elle a ensuite rejeté les conclusions subsidiaires, en estimant que les clauses de tacite reconduction étaient divisibles des autres stipulations contractuelles, lesquelles n'étaient donc pas entachées de nullité de ce chef.

Précisons que la société Sonotel a été placée en liquidation judiciaire au début de l'année 2013.

* * *

Quelques mots, tout d'abord, sur la compétence du juge administratif.

Sur le fondement de l'article 1^{er} du décret-loi du 17 juin 1938, et aujourd'hui de l'article L. 2331-1 du code général de la propriété des personnes publiques, relèvent de cette compétence les litiges relatifs aux autorisations ou contrats comportant occupation du domaine public, passés par les personnes publiques ou leurs concessionnaires.

Ces derniers mots – leurs concessionnaires – ont été interprétés par le Tribunal des conflits comme ne se référant qu'aux concessionnaires de service public, et pas aux personnes privées simplement occupantes du domaine public, alors même qu'elles le seraient sur la base d'un contrat et que les contrats d'occupation du domaine public sont couramment qualifiés de concessions domaniales (TC, 10 juillet 1956, Société des steeple-chases de France, p. 587 ;

solution récemment confirmée par TC, 14 mai 2012, Mme G... c/ Société d'exploitation sports et événements et Ville de Paris, n° C3836, au recueil).

Lorsqu'a été rendu l'avis de 2002, il n'était pas douteux que les contrats de sous-concession conclus par les concessionnaires d'autoroute, et comportant occupation du domaine public, tels ceux en cause dans la présente affaire, étaient des contrats administratifs, puisque le concessionnaire d'autoroute, s'il est chargé de sa construction, l'est également de son exploitation, qui est une mission de service public.

Le paysage a été quelque peu perturbé par l'intervention de l'ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics. Ce texte prévoit que lorsqu'un contrat de concession porte à la fois sur des services et des travaux, il est soumis à ses dispositions si son objet principal est de réaliser des travaux. Sur ce fondement, vos formations consultatives ont estimé « *que lorsqu'une concession autoroutière, qui porte à la fois sur la construction des ouvrages autoroutiers et sur l'exécution de la mission de service public de la circulation sur ces ouvrages, a pour objet principal la réalisation de travaux d'un montant égal ou supérieur au seuil défini par la directive 2004/18/CE, elle est soumise pour son régime de passation, exclusivement aux règles applicables aux concessions de travaux publics, sans qu'il y ait lieu de se référer à l'article 38 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993* » (avis de la section des travaux publics n° 383.668 du 16 mars 2010 ; analyse réitérée par un avis n° 385.183 du 21 juin 2011).

L'ordonnance du 15 juillet 2009 ne s'intéresse toutefois qu'aux procédures de passation. Ainsi, on peut penser qu'un concessionnaire d'autoroute, alors même qu'il est regardé comme un concessionnaire de travaux au sens de ce texte, demeure un concessionnaire de service public pour l'application des règles de passation de ses propres contrats comportant occupation du domaine public, lesquels continuent donc de demeurer administratifs. Quoi qu'il en soit, l'hésitation ne nous paraît pas permise pour ceux qui nous intéressent aujourd'hui.

* * *

Le premier moyen de cassation est tiré de ce que la cour a entaché son arrêt d'erreur de qualification juridique ou, à tout le moins, de dénaturation des stipulations de l'article 2 des contrats de sous-concession en les regardant comme des clauses de tacite reconduction.

Vous l'avez jugé très explicitement par votre décision Commune de Païta du 29 novembre 2000 (p. 573) : « *le contrat résultant de l'application d'une clause de tacite reconduction a le caractère d'un nouveau contrat.* » Par suite, « *une clause de tacite reconduction d'un contrat qui, en raison de sa nature et de son montant, ne peut être passé qu'après que les obligations de publicité et de mise en concurrence prévues par la réglementation applicable ont été respectées, a pour objet de permettre la passation d'un nouveau contrat sans que soient respectées de telles obligations ; une telle clause ne peut être que nulle, de sorte qu'un contrat passé en application de cette clause, qui a été conclu selon une procédure irrégulière, est également nul.* »

L'affirmation selon laquelle la tacite reconduction équivaut à la passation d'un nouveau contrat n'est d'ailleurs pas totalement innovante (cf. CE, 23 mai 1979, Commune de Fontenay-le-Fleury, p. 226 ; CE, 22 mars 1996, Association de gestion des écoles Saint-Martin et autres, p. 92 ; CE, Section, 27 octobre 1999, M. B..., n° 178412, p. 335).

Des hésitations peuvent survenir, notamment lorsqu'il existe un flottement terminologique dans les textes applicables. Ainsi le code des marchés publics admet-il qu'un marché puisse prévoir une ou plusieurs reconductions, à condition que des caractéristiques restent inchangées et que la mise en concurrence ait été réalisée en prenant en compte la durée totale, reconductions

incluses. Vous avez considéré qu' « *en décidant de ne pas reconduire un marché après l'une des dates fixées par les stipulations du contrat, la personne responsable du marché met fin à son exécution avant le terme de la période totale d'exécution ; en revanche, lorsqu'elle reconduit ce marché, elle prend simplement la décision de poursuivre son exécution qui ne fait pas naître, un nouveau marché par application d'une clause de reconduction* » (CE, 23 février 2005, Association pour la transparence et la moralité des marchés publics, p. 71).

La reconduction se traduit donc, en principe, par un nouveau contrat. Tel n'est pas le cas, normalement, de la prorogation, qui, elle, a pour conséquence de reporter le terme initialement prévu par le contrat initial, lequel voit donc ses effets se poursuivre. En dehors de l'hypothèse de la « fausse » reconduction que nous venons d'évoquer, le code des marchés publics ne dit mot sur le mécanisme de la prorogation. Rien n'exclut la conclusion d'un avenant ayant un tel objet, mais l'article 16 rappelle le principe selon lequel la durée du marché doit tenir compte « *de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique.* » En ce qui concerne les délégations de service public entrant dans le champ d'application de la loi « Sapin » du 29 janvier 1993, non seulement leur durée est encadrée, mais les conditions auxquelles elles peuvent être prolongées le sont également, et de façon très stricte. Si on laisse de côté le cas de la prolongation pour un motif d'intérêt général, qui ne peut excéder un an, la prolongation n'est possible que si le délégataire est contraint de réaliser « *des investissements nouveaux, non prévus au contrat initial, de nature à modifier l'économie générale de la délégation et qui ne pourraient être amortis pendant la durée de la convention restant à courir que par une augmentation de prix manifestement excessive* » ; il faut de surcroît que ces investissements nouveaux soient motivés par la bonne exécution du service public ou l'extension du champ géographique de la délégation. Mais cette prolongation ne fait pas naître un nouveau contrat ; le même contrat se poursuit, même si son contenu a évolué.

La distinction entre les deux notions n'est pas purement sémantique. Dans le champ de la commande publique, une clause de tacite reconduction ayant pour effet de permettre le renouvellement indéfini d'un contrat sans publicité ni mise en concurrence est clairement prohibée ; il revient simplement au juge d'en apprécier les conséquences. Ainsi, depuis l'intervention de votre décision d'assemblée Commune de Béziers, le juge du contrat n'est pas tenu d'écarter un contrat renouvelé sur le fondement d'une telle clause, malgré son illicéité (cf., pour des solutions différentes, CE, 23 mai 2011, Département de la Guyane, T. et CE, 10 octobre 2012, Commune de Baie-Mahault, n° 340647). La question pourrait se présenter différemment pour une clause qui ne prévoirait qu'un nombre de renouvellements limités du contrat, avec une durée totale qui n'excéderait pas la durée qui aurait pu être légalement fixée, par exemple si une délégation de service public était initialement conclue pour une durée inférieure à la durée normale d'amortissement des investissements, avec une possibilité de renouvellement à l'issue du contrat. Mais, dans ce type de schéma, les effets de la reconduction seraient proches de ceux d'une simple prorogation. Et, précisément, une clause prévoyant la prorogation d'un contrat n'est pas nécessairement illicite. Elle peut l'être si elle méconnaît des exigences textuelles. Elle l'est également si elle porte une atteinte injustifiée au principe de la liberté d'accès des opérateurs économiques à la commande publique, qui implique une remise en concurrence périodique (cf. CE, Assemblée, 8 avril 2009, Compagnie générale des eaux et Commune d'Olivet, p.116). Et même pour des contrats non soumis à des règles de publicité et de mise en concurrence, elle peut l'être si le report du terme conduit à une durée excessive du contrat. Mais une appréciation au cas par cas s'impose.

En l'espèce, on l'a vu, la cour a identifié une clause de tacite reconduction, ayant pour objet la passation de nouveaux contrats, entachée ipso facto de « nullité », pour reprendre le terme qu'elle a utilisé.

Vous devez d'abord trancher la question de la nature de votre contrôle. Selon une jurisprudence constante, l'interprétation des stipulations contractuelles relève de l'appréciation souveraine des juges du fond. Vous exercez, il est vrai, un contrôle de qualification lorsqu'est en jeu l'existence même d'un contrat ou son appartenance à une catégorie juridique (cf. par exemple CE, Section, 11 juillet 2008, Ville de Paris, p. 270, sur la question de savoir si un avenant constitue un nouveau marché). Toutefois, ici, il s'agit ici, plus modestement, de déterminer la portée que les parties ont entendu donner à l'une de ses stipulations. Nous ne voyons donc pas de raison déterminante de déroger à la règle habituelle.

Rappelons les stipulations de l'article 2 du contrat conclu en 1980. Il est prévu que le contrat prendra fin à l'expiration de la durée de la concession, et qu'il aura donc une durée de 23 ans, puisqu'à l'époque la concession devait s'achever en 2003. Le second alinéa stipule qu' *«au cas où cette concession viendrait à être prorogée, la durée du contrat le serait d'autant, à charge pour le preneur de verser, à sa valeur du moment, la fraction (3/25) de participation aux dépenses d'infrastructure dont il a été exonéré en raison de ce que la durée du contrat était limitée à 22 ans »* (on ne comprend pas très bien pourquoi ici le contrat mentionne 22 et non 23 ans, mais peu importe). Le contrat de 1987 est rédigé de façon identique, à ceci près qu'il n'est pas prévu de participation aux dépenses d'infrastructure en cas de prorogation, car la participation initiale a été calculée sur les 16 ans de concession restant alors à courir.

Ces stipulations sont susceptibles d'être interprétées de différentes façons.

On peut en avoir la lecture que défend la société Sonotel. Elle consiste à regarder les stipulations en cause comme ayant eu pour objet de faire coïncider mécaniquement la durée de la sous-concession avec la durée de la concession, et non de faire naître un nouveau contrat. Dans cette approche, le terme des contrats de sous-concession a été reporté à 2012 en 1991, puis à 2018 en 1995, et enfin à 2028 en 2001 ; la décision de 2003 est alors une décision de résiliation anticipée.

On pourrait même avoir une interprétation maximaliste : les contrats de sous-concession ont été conclus d'emblée pour la durée de la concession, avec en quelque sorte une tranche ferme jusqu'en 2003 et des tranches conditionnelles ensuite, mais subordonnées à la seule condition que la concession elle-même soit prorogée.

Si l'on se place dans cette perspective, on n'est pas confronté à une clause de tacite reconduction : les parties ont prévu que la durée du contrat serait à géométrie variable, mais ils n'ont pas entendu renouveler leurs relations contractuelles. Il s'agit d'une prorogation, au sens traditionnel. Une telle clause est peut-être illicite, mais il ne faut pas confondre la question de sa validité et celle de sa portée juridique. Certes, une clause prévoyant, à l'avance, la prorogation automatique de la durée d'un contrat est illicite si elle va au-delà de ce qu'aurait pu légalement prévoir un avenant conclu en cours de convention. Dans le champ de la commande publique, une prorogation de la durée d'un contrat par avenant n'est possible qu'à la condition de porter une atteinte justifiée au principe de la liberté d'accès des opérateurs économiques. Si tel n'est pas le cas, l'avenant est illicite, car c'est un nouveau contrat qui aurait dû être conclu, après publicité et mise en concurrence. Une clause qui, dans le contrat initial, permet sa prorogation pour une durée en réalité indéterminée, par renvoi à un autre contrat, a bien, potentiellement le même effet. Mais la circonstance qu'elle autorise le maintien des relations contractuelles au-delà de leur terme admissible, sans aucune justification, n'a pas pour conséquence, par un tour de prestidigitation juridique, de transformer une prorogation en renouvellement.

Ceci étant, en l'espèce, une autre interprétation de la clause est possible. Elle consiste à la regarder comme traduisant la volonté des parties de signer un contrat pour une durée déterminée (23 ans dans un cas, 16 ans dans l'autre), avec un engagement de renouvellement en cas de

prorogation de la concession. Cette interprétation n'est peut-être pas la plus intuitive lorsqu'on se borne à lire les articles 2 des deux contrats. Mais elle revêt plus de consistance si on prend en compte leur économie générale. La participation du preneur aux dépenses d'infrastructure a ainsi été calculée pour tenir compte de la durée de la concession. Ainsi, pour le contrat signé en 1980, elle a été limitée au 22/25^e du tiers de la participation normale, avec l'obligation pour le sous-concessionnaire de reverser 3/25^e en cas de « prorogation ». La redevance d'entretien a également été réduite. Ce sont donc des paramètres qui ont un sens dans le cadre d'un contrat d'une durée fixée à l'avance, mais qui n'en ont plus guère si le terme du contrat peut être indéfiniment reporté ; ils peuvent être lus comme impliquant nécessairement, en ce cas, la passation d'un nouveau contrat.

Si vous nous suivez pour considérer que l'interprétation de la portée de ces clauses relève de l'appréciation souveraine des juges, vous ne censurerez donc pas l'arrêt pour dénaturation, et vous écarterez le moyen tiré de l'erreur de droit qui, s'il est présenté de façon distincte, a en réalité la même portée.

L'arrêt est ensuite critiqué en tant qu'il relève que la société ne pouvait, au surplus, bénéficier d'un droit acquis au renouvellement des autorisations d'occupation du domaine public dont elle était titulaire, eu égard au caractère précaire de toute occupation domaniale. Le moyen de cassation, dirigé contre un motif surabondant, est inopérant.

Puis il est reproché à la cour d'avoir jugé que les clauses de tacite reconduction des articles 2 étaient divisibles des contrats. En effet, faute de pouvoir convaincre les juges du fond que les contrats de sous-concession avaient été prorogés jusqu'en 2028, et avaient donc été résiliés de manière anticipée en 2003, la société Sonotel souhaitait, à titre subsidiaire, que le juge les déclare intégralement nuls, pour que sa demande indemnitaire soit examinée sur le terrain non-contractuel.

Nous n'avons aucun doute sur le bien-fondé de l'analyse de la cour sur ce point. Une clause de tacite reconduction « classique » peut assez facilement être regardée comme divisible, puisqu'elle ne donne aucun droit acquis au renouvellement du contrat, chacune des parties pouvant s'y opposer par une décision expresse ; sa disparition ne saurait donc, normalement, être regardée comme affectant l'économie générale du contrat. A fortiori en va-t-il de même ici, puisque, lors de la signature des contrats, les parties n'avaient aucune certitude quant à l'éventuelle prorogation de la convention de concession elle-même. La cour a constaté, de plus, que l'équilibre des contrats ne reposait pas sur leur « prorogation » ; elle n'a entaché son arrêt ni d'erreur de droit, ni de dénaturation.

La société Sonotel soutient, enfin, que la cour aurait omis de répondre au moyen tiré de ce que, si les clauses litigieuses sont des clauses de tacite reconduction, alors les deux contrats de sous-concession ont été renouvelés en 1991, 1998 et 2001 et sont donc entachés de nullité. Mais les juges du fond ont considéré que ces clauses, étant nulles, n'ont produit aucun effet. Elles n'ont pas entraîné la « prorogation du contrat » après 2003. Elles ne pouvaient davantage entraîner la formation de nouveaux contrats en 1991, 1998 et 2001. Jusqu'en 2003, les contrats demeuraient ceux signés en 1980 et 1987. L'arrêt répond donc implicitement mais nécessairement à cette argumentation, pour l'écarter.

PCMNC au rejet du pourvoi et à ce que soit mis à la charge de la société Sonotel le versement à la SAPN d'une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du CJA.