

Perte du statut *in house* : le contrat de concession peut-il être modifié sans publicité ni mise en concurrence ?

Suite à une question préjudicielle posée par une juridiction allemande, la CJUE a dû déterminer si la perte du statut *in house* par un concessionnaire en cours d'exécution d'une concession permet malgré tout de modifier ce contrat sans nouvelle procédure d'attribution. La Cour apporte une réponse positive mais précise que des conditions doivent être remplies.

Peut-on modifier un contrat de concession, sans nouvelle procédure d'attribution, lorsque celle-ci a été initialement attribuée sans mise en concurrence à une entité *in house*, mais que le concessionnaire n'a plus cette qualité au moment de la modification ?

Telle était la question préjudicielle soumise à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) par la juridiction allemande dans l'affaire commentée qui concerne la modification de contrats de concession d'exploitation d'installations de services annexes sur les autoroutes fédérales allemandes, initialement attribués sans mise en concurrence à une entité *in house*, puis modifiés pour inclure la construction, l'entretien et l'exploitation d'infrastructures de recharge électrique à haute puissance. Cette modification est intervenue alors que le concessionnaire n'avait plus la qualité d'entité *in house*, son capital étant désormais détenu à 100 % par des investisseurs privés.

Cette question revêt un intérêt tout particulier, dès lors qu'à notre connaissance, le Conseil d'État n'a jamais eu l'occasion de la trancher.

Les faits de l'espèce dans laquelle s'inscrivait cette question étaient les suivants : entre 1996 et 1998, la République fédérale d'Allemagne a conclu, sans appel d'offres préalable, avec Tank & Rast⁽¹⁾ détenue à 100 % par l'État allemand, environ 280 contrats de concession portant sur l'exploitation d'installations de services annexes sur les autoroutes fédérales allemandes pour une durée maximale de 40 ans (stations-services, les restaurants établis dans les aires d'autoroutes).

Auteur

Marie Lhéritier
Avocate associée
Cabinet Lhéritier Avocats

Références

CJUE 29 avril 2025, Fastned Deutschland GmbH & Co. KG c/ Die Autobahn GmbH des Bundes, aff. C-452/23

(1) Renommée en 1994, se substituant à l'ancienne entité *in house* qui était déjà titulaire de ces concessions depuis 1951.

Par un appel d'offre public, la société Tank & Rast a fait l'objet d'une opération de privatisation en 1998, qui a donné lieu à la naissance de deux sociétés, Autobahn Tank & Rast et Ostdeutsche Autobahntankstellen, qui sont donc devenues concessionnaires de ces installations annexes à la date de l'opération de privatisation. Entre 1999 et 2019, ces deux sociétés se sont vu attribuer l'exploitation de 90 % de ces installations annexes, pour une partie d'entre elles, après appel d'offres.

Le 28 avril 2022, Die Autobahn des Bundes, société de droit privé détenue à 100 % par l'État Allemand, concessionnaire des autoroutes fédérales allemandes depuis 2021, a conclu avec Autobahn Tank & Rast et Ostdeutsche Autobahntankstellen un complément à l'ensemble des contrats de concession concernés, selon lequel ces sociétés prennent en charge l'édification, l'entretien et l'exploitation d'une infrastructure opérationnelle de recharge électrique à haute puissance dans les aires de service concernées.

La modification portant sur l'édification, l'entretien et l'exploitation d'une infrastructure opérationnelle de recharge électrique à haute puissance dans les aires de service, constituait donc un avenant aux contrats de concession dont ces deux entités étaient titulaires depuis 1998.

Le 28 avril 2022, le concessionnaire des autoroutes allemandes (Die Autobahn des Bundes), a publié un avis portant sur la modification des contrats de concession des sociétés Autobahn Tank & Rast et Ostdeutsche Autobahntankstellen relatifs à l'installation des bornes de recharges électriques à haute puissance, aux termes duquel il justifiait la renonciation à la mise en œuvre d'une procédure de publicité et de mise en concurrence par deux éléments : (i) le caractère imprévisible de besoin en infrastructures de recharges électriques sur les aires d'autoroutes en 1998, date à laquelle les deux entités concernées sont devenues titulaires des contrats de concession ; (ii) la nature de prestations complémentaires des infrastructures de recharges électriques par rapport à l'objet des contrats de concession dont ces deux entités sont déjà titulaires.

Fastned et Tesla, exploitants d'infrastructures de recharges électriques, ont contesté le défaut de publication d'un avis préalable au niveau européen pour attribuer ces prestations et partant, la légalité de l'avenant conclu.

La juridiction de renvoi considérait que les conditions fixées par le droit de la commande publique interne étaient réunies pour permettre la conclusion de cet avenant sans publicité ni mise en concurrence préalable, au titre des circonstances imprévisibles. En revanche, le juge allemand nourrissait un doute sur l'application de cette disposition du droit de la commande publique allemand à la modification de contrats de concession conclus avec une entité *in house*, lorsqu'à la date de la modification, les critères du *in house* n'étaient plus réunis, puisque le capital du concessionnaire était, à cette date, détenu à 100 % par des capitaux privés.

La question soumise à la cour par le juge allemand était donc celle de l'interprétation de l'article 43,

paragraphe 1, sous c), de la directive 2014/23/UE du 26 février 2014, qui fixe les conditions dans lesquelles une concession peut être modifiée, sans nouvelle procédure d'attribution, « pour des raisons tenant à la survenance de circonstances qu'un pouvoir adjudicateur diligent ne pouvait pas prévoir »^[2].

En d'autres termes, l'article 43, paragraphe 1, sous c), de la directive 2014/23/UE permet-il de modifier une concession sans nouvelle procédure d'attribution, « même lorsque cette concession a été attribuée, sans mise en concurrence, à une entité *in house* et que la modification de ladite concession est effectuée à une date à laquelle le concessionnaire n'a plus la qualité d'entité *in house* »^[3].

La Cour procède méthodiquement en trois étapes. Elle vérifie d'abord que rien ne s'oppose à l'application de l'article 43 au cas qui lui est soumis ; elle réaffirme ensuite, que la procédure d'attribution de la concession initialement conclue ne peut être remise en cause, à l'occasion de sa modification, en application du principe de sécurité juridique, dès lors que le droit au recours effectif contre ladite concession est bien préservé en droit interne. Enfin, si elle se garde de trancher la légalité de l'avenant conclu, elle fixe une grille de lecture utile des conditions posée par l'article 43 paragraphe 1, sous c), de la directive 2014/23/UE permettant la modification des concessions en cas de circonstances imprévisibles et offre une alternative au juge national.

L'applicabilité du cas de modification pour circonstances imprévisibles à l'avenant à une concession initialement attribuée à une entité *in house* perdant cette qualité en cours d'exécution

Application du texte de la directive en vigueur à la date de la modification, même si la concession initiale n'a pas été attribuée après procédure d'attribution

Pour la bonne compréhension du sujet, rappelons qu'aux termes de l'article 43 paragraphe 1, sous c), de la directive 2014/23/UE, les concessions peuvent être modifiées sans nouvelle procédure d'attribution notamment lorsque les trois conditions suivantes sont réunies :

- la modification est rendue nécessaire par des circonstances imprévisibles ;
- la modification ne change pas la nature globale du contrat ;

[2] CJUE 29 avril 2025 aff. C-452/23, cons. 44.

[3] Arrêt précité, cons. 45.

– la modification n'est pas supérieure à 50 % du montant de la concession initiale^[4].

En l'absence de précision dans le texte même de l'article 43, la question se posait donc de l'applicabilité de cette possibilité au cas de la modification d'une concession attribuée à une entité *in house*, qui a perdu cette qualité à la date de ladite modification.

La Cour rappelle au préalable deux règles désormais bien établies, y compris en droit interne^[5] : tout d'abord, elle précise qu'en vertu de l'article 17 de la directive 2014/23/UE^[6], l'application des règles du droit de l'Union en matière de concessions est exclue lorsque le contrat est attribué *in house*, c'est-à-dire lorsque le contrôle exercé sur le concessionnaire par le pouvoir adjudicateur est « analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services et si le concessionnaire réalise l'essentiel de son activité avec le pouvoir adjudicateur qui le détient »^[7]. Ensuite, la cour rappelle qu'en cas de modification substantielle d'un contrat de concession, la législation applicable à cette modification est celle en vigueur à la date de cette modification, la circonstance que la concession initiale ait été conclue antérieurement à l'adoption des règles de l'Union européenne étant indifférente^[8].

C'est donc bien au regard de la directive 2014/23/UE que la légalité de la modification litigieuse devait être analysée.

S'appuyant sur les conclusions de l'Avocat général, la Cour précise utilement que si le concessionnaire satisfait aux conditions du *in house* (article 17 directive 2014/23) à la date de la modification, celle-ci peut intervenir sans nouvelle procédure d'attribution, et sans avoir à respecter les conditions de l'article 43 de ladite directive. **Ce n'est donc que dans l'hypothèse où l'entité a perdu sa qualité *in house* à la date de la modification, celle-ci ne peut être effectuée qu'après nouvelle procédure d'attribution, sauf à satisfaire les conditions posées par l'article 43 précité.**

À cet égard, la Cour relève, au visa du considérant 76 de la directive 2014/23/UE, que l'article 43 § 1 sous c) précité, vise à conférer aux pouvoirs adjudicateurs une **marge de manœuvre** pour adapter une concession en cours d'exécution, précisément en cas de circonstances imprévisibles. Partant, exclusion du champ d'application de cet article la modification des concessions attribuées *in house* dont le concessionnaire perd cette qualité à la date de la modification, aurait pour effet de priver le pouvoir adjudicateur de cette fameuse marge de manœuvre

pour un motif qui ne ressort pas des textes et serait, donc contraire à la volonté du législateur.

Aucune autre disposition ne s'oppose à l'application du cas de modification pour circonstances imprévisibles

Restait à déterminer si d'autres dispositions s'opposaient à l'application de l'article 43 de la directive précitée au cas qui était soumis à la Cour. La Cour répond par la négative en relevant que ni le contexte dans lequel s'insère l'article 43 ni l'article 43 lui-même ne contiennent d'indications qui excluraient son application au cas d'une modification d'une concession initialement attribuée à une entité *in house* qui a perdu cette qualité à la date de la modification^[9]. En particulier, l'article 43, § 1 sous d) qui permet la modification d'une concession sans nouvelle procédure d'attribution, lorsque le concessionnaire initial est remplacé par un nouveau, à la suite de l'acquisition du premier par le second, pour autant que ce dernier remplisse les critères de sélection quantitatifs établis initialement et qu'aucune autre modification substantielle n'en résulte, ni ne vise à se soustraire à l'application de la directive 2014/23, ne justifie pas dans le cas soumis, l'absence de procédure de sélection^[10].

En effet, au cas d'espèce, la modification porte, non pas sur le concessionnaire mais sur l'objet de la concession, de sorte que l'article 43, § 1 sous d) précité est inapplicable.

Le cadre juridique applicable étant posé, la Cour s'interroge ensuite sur l'incidence de la régularité de l'attribution initiale de la concession concernée par la modification.

Contestation d'un avenant : peut-on critiquer l'attribution initiale de la concession ?

Fasned et la Commission soutenaient que l'application de l'article 43 § 1 sous c) précité était nécessairement subordonnée à la régularité de l'attribution initiale de la concession au regard du droit de l'Union^[11]. La juridiction de renvoi faisait observer que le délai de recours ouvert en droit interne contre la concession initiale avait expiré depuis longtemps.

La question qui se posait était donc celle de savoir si les États membres devaient permettre aux juridictions nationales de contrôler la régularité de l'attribution initiale de la concession, à l'occasion de la critique de la légalité d'une modification de celle-ci, après l'expiration du délai de recours ouvert contre la concession initiale.

[4] Article 43 paragraphe 1, sous c) directive 2014/23/UE du 26 février 2014 ; cette règle est codifiée en droit interne aux articles L. 3135-1, R. 3135-2 et R. 3135-3 du Code de la commande publique en des termes comparables.

[5] CCP, art. L. 3211-1 et L. 3221-1.

[6] Article 17 1) de la directive 2014/23/UE du 26 février 2014.

[7] Point 48 de l'arrêt précité.

[8] Point 49 l'arrêt précité, et voir en ce sens, CJUE 19 décembre 2018, Stanley International Betting et Stanleybet Malta, aff. C-375/17, points 34 et 35, ainsi que CJUE 2 septembre 2021, Sisal e.a., aff. C-721/19 et C-722/19, point 28, cités par la cour.

[9] Point 52 de l'arrêt précité.

[10] Point 54 de l'arrêt précité.

[11] Point 61 de l'arrêt précité.

La Cour répond, fort heureusement, par la négative. Elle n'intègre toutefois pas dans son raisonnement la circonstance que l'opération de privatisation du concessionnaire initial originellement titulaire *in house*, avait fait l'objet d'un appel d'offre public.

La juridiction européenne rappelle d'abord que si le droit de l'Union vise à assurer le respect du droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal indépendant et impartial, la directive 89/665 impose seulement que les États membres s'assurent que les procédures de recours soient au moins ouvertes à « toute personne qui a ou a eu in intérêt à conclure la concession et a été ou risque d'être lésé par la violation alléguée »^[12]. Cette directive n'impose pas d'ouvrir cette voie de recours à d'autres personnes, même si elle ne l'interdit pas^[13].

Or, en application du principe de sécurité juridique, la fixation de délais de recours raisonnables a précisément pour objet d'empêcher tout recours visant à faire sanctionner une irrégularité affectant la procédure de passation **après l'expiration de ces délais**. Le principe de sécurité juridique s'oppose donc à ce qu'un tel recours puisse être engagé après l'expiration de ces délais prévus par le droit national^[14].

Elle en conclut qu'aucun texte n'impose donc aux États membres de permettre aux juridictions nationales de contrôler, « à titre incident et sur demande » la régularité de l'attribution initiale de la concession, à l'occasion de la critique de la légalité d'une modification de celle-ci, après l'expiration du délai de recours ouvert contre la concession initiale.

Sur le fondement de la modification du contrat de concession : grille de lecture à l'attention de la juridiction de renvoi

Sans trancher le fond du litige, la Cour fournit une grille de lecture sur le fondement légal susceptible d'être utilisé par le juge national et lui propose une option.

Option 1 : fondement de la modification rendue nécessaire par des circonstances imprévisibles justifiée par l'exécution correcte des obligations contractuelles

La Cour rappelle que le pouvoir adjudicateur bénéficie d'une marge de manœuvre lorsqu'il se trouve confronté à des « circonstances extérieures imprévisibles » pour

pouvoir adapter la concession sans engager de nouvelle procédure d'attribution^[15].

Cette marge de manœuvre doit toutefois s'exercer dans les conditions fixées par l'article 43 § 1 sous c) selon lesquelles, la modification peut être conclue sans nouvelle procédure d'attribution seulement si la modification (i) est justifiée par « la survenance de circonstances qu'un pouvoir adjudicateur diligent ne pouvait pas prévoir » (ii) si ces circonstances rendent nécessaire la modification concernée et (iii) à condition que cette modification n'entraîne pas une augmentation supérieure à 50 % du montant initial de la concession.

La Cour précise que le fait que les stipulations contractuelles n'aient pas prévu cette circonstance imprévisible ne suffit pas à rendre nécessaire la modification. Encore faut-il que « ces circonstances exigent d'adapter la concession initiale afin de continuer à assurer l'exécution correcte des obligations » contractuelles.

C'est donc sous le prisme de **l'exécution correcte des obligations contractuelles** que la satisfaction de cette condition doit être appréciée. Le pouvoir adjudicateur doit donc concrètement démontrer en quoi l'exécution correcte des obligations contractuelles rendait nécessaire cette modification suscitée par des circonstances non prévisibles à la date de conclusion de la concession.

En outre, la Cour ajoute, sans grand suspens, que l'objet initial de la concession initiale ne pouvant être modifié, sont exclus du champ d'application de l'article 43 § 1 sous c) les modifications portant sur des travaux ou services différents de ceux initialement inclus dans la concession ou lorsque le type de concession est « fondamentalement modifié ».

À l'inverse, l'article 43 § 1 sous c) permet donc une modification portant sur **l'extension** de l'objet de la concession initiale, **sous la double condition** que la survenance de circonstances imprévisibles lors de l'attribution de la concession, rende nécessaire cette modification et qu'elle ne modifie pas, « compte-tenu de leur ampleur ou spécificités », l'objet de la concession ou sa nature globale^[16].

Le juge allemand devra donc trancher la question de savoir si la mise en place de bornes de recharge électrique constitue bien l'extension de l'objet du contrat initial portant sur les services proposés sur les aires d'autoroutes (station-service, restauration).

Option 2 : le fondement des inconvénients majeurs ou de multiplication des coûts pour le pouvoir adjudicateur générés par la conclusion d'une concession autonome

La Cour recommande enfin au juge national, dans l'hypothèse où il estimerait que les conditions de l'article 43

[12] Point 63 de l'arrêt précité.

[13] Pour un exemple récent en droit interne de contestation par un tiers d'un décret portant avenant à une concession d'autoroutes ; CE 25 juin 2024, M. B. e.a, req. n° 472894.

[14] Point 69 de l'arrêt précité.

[15] Point 71 de l'arrêt précité.

[16] Point 77 de l'arrêt précité.

§ 1 sous c) ne seraient pas remplies, de vérifier si les travaux ou services visés par la modification ne pouvaient pas, d'un point de vue économique et technique, faire l'objet d'une concession autonome, sans entraîner d'inconvénients majeurs ou des multiplications de coûts pour le pouvoir adjudicateur, auquel cas, la modification pourrait donc être jugée régulière que le fondement distinct de l'article 43 § 1 sous b), i) et ii). Encore faut-il en faire la démonstration, ce qui est, en pratique, bien difficile.

Sans trancher le fond de la question qui lui était soumise, le juge européen propose donc une alternative au juge national pour trancher la question de la légalité de l'avenant au contrat de concession initialement attribué à une entité *in house*, qui a perdu cette qualité à la date de la modification.

En définitive, aucun traitement différencié n'est réservé au concessionnaire initialement attributaire *in house* d'un contrat de concession qui perd cette qualité au moment de la modification de ce contrat. Le pouvoir adjudicateur, qui doit conserver la « marge de manœuvre » qu'il tient de l'exposé des motifs de la directive, ne peut modifier le contrat de concession qu'en s'inscrivant dans les cas expressément visés par les textes en vigueur à la date de la modification, comme il y est tenu à l'égard de n'importe quel autre concessionnaire. En miroir, les modalités de l'attribution initiale de la concession ne peuvent plus être discutées lors de la contestation de la légalité de cette modification après l'expiration des délais de recours, dès lors que les voies de recours internes permettaient, aux personnes ayant un intérêt à conclure le contrat, de contester ladite attribution de façon effective dans un délai raisonnable.