

Commande publique

Opération de fusion-acquisition sur le titulaire d'un contrat administratif : contrôle du changement, mode d'emploi

Plusieurs points doivent retenir l'attention de l'investisseur afin d'assurer la continuité, en distinguant les logiques propres aux différents types de contrats.

Par **Maxime Seno**, avocat associé, et **Livia Elshoud**, avocate, Veil Jourde

Les opérations – au sens large – de fusions-acquisitions impliquant des sociétés titulaires de contrats de la commande publique sont devenues un fait ordinaire de la vie des affaires, même en dehors des secteurs régulés habituels (énergie, infrastructures, services urbains, santé, numérique, etc.). Dans le cadre de ces opérations, l'identification en amont des enjeux juridiques liés à la continuité contractuelle est un impératif stratégique.

La singularité des contrats administratifs

En particulier, les contrats conclus avec des personnes publiques ne peuvent être appréhendés comme des contrats commerciaux ordinaires : leur transfert, même indirect, suppose une vigilance renforcée sur les mécanismes de substitution, les clauses d'agrément ou de résiliation, et les exigences procédurales de notification. A défaut, le risque est non seulement juridique, mais aussi économique, si la valeur de l'actif contractuel est compromise.

Pourtant, les conséquences spécifiques de ces opérations sur la poursuite des contrats publics demeurent, du point de vue de ce qu'il convient d'appeler les « praticiens du M & A » (pour « Mergers & Acquisitions »), largement sous-explorées. En cause : la singularité des contrats administratifs et de leur régime de changement de contrôle. Celui-ci ne repose pas seulement sur une logique contractuelle, mais sur une articulation complexe entre stipulations conventionnelles, principes de droit public et pouvoirs unilatéraux de la personne publique, sous l'influence combinée de la jurisprudence administrative (CE, 8 juin 2000, avis n° 364803) et du Code de la commande publique (articles R. 2194-6 pour les marchés publics et R. 3135-6 pour les concessions), sans oublier les cahiers des clauses administratives générales (CCAG) et les cahiers des clauses administratives particulières (CCAP).

Clause de changement de contrôle. Car sous la dénomination générique de « clause de changement de contrôle », c'est bien la dialectique de la contractualisation de droit privé qui s'oppose aux règles issues du droit public, et dont l'essence est assez simple : les contrats de la commande publique sont

conclus intuitu personæ, et ils peuvent être résiliés en cas de changement de titulaire. Or une opération de restructuration du titulaire peut s'analyser en un changement de titulaire.

C'est là qu'intervient l'article R. 2194-6 du Code de la commande publique (CCP), qui offre une possibilité de ne pas résilier le contrat pour ce motif si ladite opération n'entraîne pas de modification substantielle et n'est pas conduite pour soustraire le contrat aux obligations de mise en concurrence. C'est justement pour donner une effectivité à cet article que les contrats de la commande publique prévoient une clause de changement de contrôle, à la main du pouvoir adjudicateur. Ce dernier peut ainsi – en rédigeant un CCAP dérogatoire au CCAG – décider de soumettre l'opération soit à une simple notification, soit à un régime d'autorisation, et également décider des situations assimilables à un changement de contrôle.

Clauses étendues. Ce point est particulièrement crucial dans les secteurs où la personne publique souhaite préserver la stabilité ou la qualité de l'exécution (sécurité, propreté, énergie, etc.). Dans ces domaines, le changement de contrôle peut faire renaître une incertitude sur les garanties financières ou techniques du titulaire, et justifier un pouvoir renforcé de résiliation ou d'approbation préalable. La pratique montre aussi que certaines personnes publiques introduisent des clauses étendues de « changement indirect » de contrôle, incluant des prises de contrôle croisées, des mouvements intragroupes ou même des changements de gouvernance, ce qui appelle à une lecture particulièrement fine des documents contractuels.

Anticiper les conséquences des clauses. En pratique, nombre de praticiens du M & A ne disposent pas des bons réflexes pour qualifier le régime applicable à ces clauses et en anticiper les conséquences. Une clause standard insérée dans un contrat peut être inopérante si elle contredit des principes d'ordre public (comme l'interdiction de la cession de marchés publics sans mise en concurrence) ou, au contraire, déployer des effets plus contraignants qu'attendu dans un cadre domanial ou quasi réglementaire.

Or, l'enjeu est double : d'une part, sécuriser l'opération en identifiant, dès la phase d'audit (dite de « due diligence »), les