

Changement de contrôle : garder la main sur les contrats publics

Si Visconti faisait dire à Tancredi Falconeri, « il faut que tout change pour que rien ne change » [1], il en va différemment dans les opérations de M&A impliquant des sociétés titulaires de contrats publics. Il faut au contraire s'assurer que rien ne change du côté de la personne publique, et ce n'est pas un simple effet secondaire du deal : il s'agit souvent d'un risque juridique à part entière, dont la maîtrise conditionne parfois la valeur de l'opération.



Par Maxime Seno, associé

Les opérations de fusion-acquisition n'épargnent plus aucun secteur. Et parmi les actifs qu'elles emportent, les contrats publics occupent une place croissante : qu'il s'agisse de contrats de la commande publique (concessions, marchés publics, etc.), ou de conventions seulement administratives (autorisations d'occupation domaniale, contrats de subventionnement, etc.). Autant d'engagements contractuels dont le changement, mal appréhendé, peut compromettre l'opération elle-même, car en matière de contrats publics, la continuité va encore moins de soi qu'en droit privé. Elle dépend en effet d'un faisceau de règles de droit public mêlant droit commun, stipulations contractuelles, et pouvoirs unilatéraux laissés à la personne publique. Comment, dès lors, ne pas sous-estimer les conséquences concrètes d'un changement de contrôle sur une opération de M&A ?

Identifier la nature de l'opération : un préalable indispensable

Avant toute chose, il convient de qualifier précisément l'opération envisagée : un simple changement d'actionnariat du titulaire ne produit pas les mêmes effets qu'un changement de titulaire. Cette distinction est tout à fait centrale en droit public, et la Cour de justice de l'Union européenne l'a récemment rappelé dans son arrêt *Adusbef* [2] : un changement dans l'actionnariat du titulaire, même significatif, ne constitue pas nécessairement une modification du contrat au sens des directives européennes. En d'autres termes, la personne publique n'est tenue de relancer une procédure ou de réexaminer la fiabilité du cocontractant, que si l'opération altère substantiellement l'économie du contrat public. Il faudra donc en premier lieu rechercher si le changement dans l'actionnariat risque d'avoir un impact sur l'exécution du contrat public transféré dans le cadre de l'opération.

Puis vérifier les stipulations contractuelles

Mais ce principe général connaît un tempérament

important, et c'est là qu'intervient toute la sophistication du Cahier des Charges Administratives Particulières (CCAP), souvent plus exigeant que le Cahier des Charges Administratives Générales (CCAG) [3]. Le CCAP peut en effet souverainement qualifier de changement de contrôle, toute évolution dans l'actionnariat du titulaire (voire dans l'actionnariat de l'actionnariat du titulaire), même sans que cela ait d'impact sur l'exécution du contrat public. C'est donc à ce stade qu'il convient de réaliser l'analyse la plus fine, d'autant plus que les clauses dites « de changement indirect » se multiplient, visant également les réorganisations internes, les changements de gouvernance ou les mouvements intragroupes.

Car la logique de contrôle demeure aux mains de la personne publique

Lorsque l'opération affecte le titulaire [4], le contrat public peut être remis en cause par la personne publique. L'avis du Conseil d'Etat du 8 juin 2000 [5] sert encore de référence : il autorise la personne publique à refuser le transfert du contrat si elle estime que les garanties financières, techniques ou professionnelles du cessionnaire sont insuffisantes, ou si l'opération remet en cause des éléments essentiels du choix initial du cocontractant. Et un refus de transfert se matérialisera par une résiliation. Mais le contrat peut parfaitement être transféré si l'opération ne modifie pas substantiellement le contrat, et/ou ne vise pas à contourner les règles de publicité et de mise en concurrence. La clause de changement de contrôle vient alors concrétiser cette logique : soumission à une simple information ou à une autorisation formelle, avec appréciation au cas par cas par la personne publique.

L'audit, clé de la sécurisation

On l'aura compris, la partie « Droit public » de l'audit devient décisive. Il ne s'agit en effet pas seulement de détecter les contrats en cours, mais d'identifier

ceux qui comportent une clause sensible de changement de contrôle, qui doit être lue en corrélation avec la structure corporate de l'opération : transfert d'actifs, fusion-absorption, ou changement au niveau de la holding de tête ne déclenchent ni les mêmes obligations, ni les mêmes risques. L'efficacité de l'audit repose donc sur une catégorisation claire des situations rencontrées, et de l'attitude à adopter pour gérer le transfert du contrat : notification simple (ex ante ou ex post, selon les cas) vs autorisation préalable (avec ou sans délai, avec ou sans documentation à fournir). Et l'on devra également anticiper les réactions possibles de la personne publique, en fonction de la qualité de la relation antérieure, de la visibilité de l'opération, ou encore de son propre calendrier administratif [6].

La partie « Droit public » de l'audit devient décisive. Il ne s'agit en effet pas seulement de détecter les contrats en cours, mais d'identifier ceux qui comportent une clause sensible de changement de contrôle, qui doit être lue en corrélation avec la structure corporate de l'opération.

Les cas connexes à ne pas négliger

Certaines opérations emportent avec elles des contrats qui ne relèvent pas stricto sensu de la commande publique, mais qui appellent pourtant une vigilance similaire. Les titres d'occupation du domaine public sont par exemple régis par le Code général de la propriété des personnes publiques, qui impose une autorisation de transfert préalable en cas de fusion, absorption ou scission. De même, les contrats de sous-traitance – qui ne sont que connexes à la commande publique – peuvent être concernés si une clause de changement de contrôle figure dans le contrat principal ou si la personne publique doit être informée de l'identité du sous-traitant. Enfin, les dispositifs de subvention, les conventions R&D ou les accords de partenariat atypiques doivent être analysés au cas par cas, en identifiant par ailleurs leurs liens avec d'éventuels contrats soumis au droit de la commande publique.

Prévenir plutôt que guérir : intégrer le risque dans la structuration

Face à ces incertitudes, plusieurs stratégies permettent de sécuriser l'opération. La plus courante consiste à insérer des conditions suspensives dans le SPA : absence d'opposition au transfert, obtention d'une autorisation expresse, engage-

ment de collaboration du cédant avec la personne publique. D'autres recourent à une structuration alternative de l'opération : apport partiel d'actifs, fusion inversée, ou conservation temporaire du titulaire initial (mais elles demeurent réservées aux opérations dont les contrats publics constituent les principaux actifs). Quoi qu'il en soit, la pratique démontre que la solution qui est souvent la plus robuste reste le dialogue : initier un échange préalable avec la personne publique – parfois même informel [7] – permet souvent de désamorcer les craintes et de démontrer la continuité des garanties. Dans certains cas, cette approche peut ouvrir la voie à une renégociation partielle du contrat, voire à l'obtention d'une reconduction anticipée (que l'on pourrait même avoir la tentation de valoriser).

A retenir

Le changement de contrôle n'est jamais une clause accessoire dans les contrats publics. C'est un levier juridique à manier avec précaution, car il peut cristalliser des enjeux économiques majeurs dans une opération de M&A. Distinguer le changement d'actionnariat du changement de titulaire, comprendre le régime applicable, anticiper les démarches à conduire : autant de réflexes qui doivent irriguer la due diligence pour sécuriser l'opération. Comme souvent, le droit ne dit pas tout (surtout lorsque droit public et droit privé se mêlent), mais il trace un cadre. C'est aux praticiens de M&A d'y intégrer, en temps utile, le facteur public – pour que tout change... sans que la valeur du deal ne vacille. ■



et Livia Elshoud, avocate, Veil Jourde

[1] Les puristes auront reconnu la référence au Guépard de 1963 !

[2] 7 novembre 2024, C-683/22.

[3] CCAP et CCAG sont des éléments indissociables du contrat public lui-même : ils en sont des dispositifs propres.

[4] Par l'effet de l'application de la jurisprudence communautaire précitée et/ou de l'application du CCAP.

[5] N° 364803, par ailleurs codifié aux articles R. 2194-6 (marchés publics) et R. 3135-6 (concessions).

[6] Il est en effet plus simple qu'une personne publique se laisse convaincre de transférer un contrat dont la durée résiduelle d'exécution demeure faible, qu'un contrat qui va durer dix ans et qui vient à peine de commencer à être exécuté...

[7] Et on ne peut jamais trop insister sur ce point : le M&A est souvent terra incognita pour la personne publique, il n'est donc jamais inutile de redoubler de pédagogie.