

JAAC 70.67

Avis de droit de la Direction du droit international
public du 15 mars 2005

Concession, sur la base d'un traité international, pour la construction et l'exploitation d'un tunnel routier transfrontalier.

Art. 3 Conv. entre la Confédération suisse et la République italienne relative à la construction et à l'exploitation d'un tunnel routier sous le Grand-Saint-Bernard.

- *Durée de la concession: échéance, prorogation, dévolution à l'Etat.*
 - *Demande de modification de la concession et clausula rebus sic stantibus.*
 - *Particularités d'une concession pour un ouvrage transfrontalier.*
-

Gestützt auf einen Staatsvertrag erteilte Konzession für den Bau und den Betrieb eines grenzüberschreitenden Strassentunnels.

Art. 3 Abk. zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Italienischen Republik über den Bau und Betrieb eines Strassentunnels unter dem Grossen St. Bernhard.

- *Konzessionsdauer: Ablauf, Verlängerung, Übergang an den Staat.*
 - *Antrag auf Änderung der Konzession und clausula rebus sic stantibus.*
 - *Besonderheiten einer Konzession für ein grenzüberschreitendes Werk.*
-

Concessionne per la costruzione e l'esercizio di un tunnel stradale transfrontaliero, attribuita sulla base di un trattato internazionale.

Art. 3 Conv. fra la Confederazione Svizzera e la Repubblica Italiana relativa alla costruzione e all'esercizio di un tunnel stradale sotto il Gran San Bernardo.

- ***Durata della concessione: scadenza, proroga, devoluzione allo Stato.***
- ***Domanda di modifica della concessione e clausula rebus sic stantibus.***
- ***Particolarità di una concessione per un'opera transfrontaliera.***

Invitée à répondre à la question de savoir comment il est possible, du point de vue du droit international, de proroger la durée de la concession octroyée à chacune des deux sociétés qui exploitent le tunnel routier italo-suisse du Grand-Saint-Bernard, la Direction du droit international public (DDIP/ DFAE) a rendu le présent avis de droit.

1. En fait

En 1958, la Suisse et l'Italie, après avoir convenu de la construction d'un tunnel routier à travers le massif du Grand-Saint-Bernard, ont conclu, à la demande et pour le compte des cantons de Vaud et du Valais, la Convention du 23 mai 1958 entre la Suisse et l'Italie relative à la construction et à l'exploitation d'un tunnel routier sous le Grand-Saint-Bernard (ci-après: la convention italo-suisse, RS 0.725.151; cf. Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale du 21 octobre 1958 concernant le percement d'un tunnel routier sous le Grand-Saint-Bernard, FF 1958 II 1025 ss), par laquelle elles s'engageaient notamment à faire concéder la construction du tunnel à moitié par une société italienne, «la Società italiana per il traforo del Gran San Bernardo» (SITRASB SpA), et à moitié par une société suisse, «Tunnel du Grand-Saint-Bernard SA» (TUNNEL SA), dont l'actionnariat est composé principalement des cantons de Vaud et du Valais ainsi que de la commune de Lausanne, mais aussi des autres cantons et d'un certain nombre de communes de Suisse occidentale et d'organisations économiques. La construction de la route relevait quant à elle de la compétence de chacune des deux sociétés jusqu'à la limite de l'axe médian du tunnel. L'axe médian du tunnel - d'une longueur totale de 5'850 mètres - ne coïncidant toutefois pas avec la frontière politique entre la Suisse et l'Italie, SITRASB SpA a construit et gère également la portion de tunnel de 1'210 mètres située en territoire suisse. Du côté suisse, TUNNEL SA s'est ainsi vu octroyer une concession de construction du tunnel, par un «Acte de concession du 11 octobre 1960 pour le percement et l'exploitation du tunnel du Grand-Saint-Bernard entre le Conseil d'Etat du canton du Valais et la S.A. Tunnel du Grand-Saint-Bernard» (ci-après: la concession de construction).

SITRASB SpA et TUNNEL SA devaient alors souscrire, chacune par moitié, au capital d'une société unique, à laquelle les deux Etats s'engageaient à faire concéder l'exploitation du tunnel (art. 1 et 2 de la convention italo-suisse). Ainsi la «Société italo-suisse d'exploitation du Tunnel du Grand-Saint-Bernard» (SISEX SA) a-t-elle été créée le 19 juin 1963.

Cette volonté d'exploitation par une société unique ne s'est toutefois pas traduite dans les faits. Selon ses statuts du 19 juin 1963, 11 mai 1990 et 30 mai 1995, SISEX SA n'a pas un but lucratif par elle-même, mais elle a pour mission d'assurer l'exploitation du tunnel dans les limites des mandats à elle confiés au nom et pour le compte des deux sociétés concessionnaires. La concession d'exploitation n'a donc pas été octroyée à SISEX SA, mais d'une part à SITRASB SpA par le concédant italien, l'Azienda Nazionale Autonoma delle Strade (ANAS), et d'autre part à TUNNEL SA par le concédant suisse. A cet égard, la Convention du 23 mai 1958 entre la Confédération suisse et les cantons de Vaud et du Valais au sujet du tunnel routier sous le Grand-Saint-Bernard (RS 725.151.1) prévoit que les actes de concession sont établis par les autorités cantonales compétentes (art. 9), à savoir le canton du Valais, par son Conseil d'Etat, puisque l'infrastructure routière en Suisse relève pour une part importante de la compétence cantonale et que la route d'accès au Grand-Saint-Bernard fait d'ailleurs partie des routes valaisannes. TUNNEL SA s'est ainsi vu octroyer une concession d'exploitation du tunnel, par un «Acte de concession du 9 juillet 1964/26 septembre 1969 pour l'exploitation du tunnel du Grand-Saint-Bernard entre le Conseil d'Etat du canton du Valais et la S.A. Tunnel du Grand-Saint-Bernard» (ci-après: la concession d'exploitation).

Pour veiller à une bonne application de leur convention de 1958, la Suisse et l'Italie ont institué une Commission mixte. A l'occasion d'une réunion de celle-ci les 18 et 19 octobre 2004, la délégation italienne a évoqué la question d'une prorogation de la concession d'exploitation du tunnel au-delà de 2034, date d'extinction prévue actuellement. En effet, dans la perspective de la construction d'une galerie de service et de sécurité, la SITRASB SpA souhaiterait une prorogation de la concession jusqu'en 2050, afin de disposer d'un temps suffisant à l'amortissement des investissements à consentir pour cette construction. L'ANAS partage cette approche et a laissé entendre que la mise en chantier de la galerie pourrait dépendre d'une décision sur la prorogation de la concession. La délégation suisse a annoncé qu'elle allait analyser juridiquement la question et elle a invité la partie italienne à en faire de même.

La nécessité de construire une galerie de service et de sécurité est apparue à la suite du grave accident survenu le 24 mars 1999 dans le tunnel routier franco-italien du Mont-Blanc. Cet accident, qui a coûté la vie à 39 personnes, a d'ailleurs incité l'Office fédéral des routes, dont l'une des tâches principales consiste à garantir, en collaboration avec les cantons, une sécurité optimale sur l'ensemble du réseau routier suisse, à instituer une «task force» chargée d'examiner les aspects de la sécurité dans les tunnels routiers du Gothard et du San Bernardino. Suite à l'accident survenu dans le tunnel des Tauern, en Autriche, le 29 mai 1999, cette étude a été étendue à tous les tunnels du réseau routier d'une longueur supérieure à 600 mètres, dont le Grand-Saint-Bernard.

Les autorités italiennes ont fait connaître leur position en faveur d'une réalisation rapide de l'ouvrage. Lors d'une séance des 10 et 11 septembre 2001, la Commission mixte a été informée que les deux sociétés concessionnaires étaient favorables à la construction de la galerie.

Le 12 mars 2003, le Conseil d'Etat du canton du Valais a approuvé les plans y relatifs. Les travaux prévus ont été déclarés d'utilité publique. En l'état, TUNNEL SA souhaite également que l'on procède à un examen approfondi des possibilités de prorogation des deux concessions.

Le 28 novembre 2004 a été accepté en Suisse, en votation populaire, l'arrêté fédéral du 3 octobre 2003 concernant la réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons (FF 2003 6035). Il prévoit, notamment, un nouveau classement des routes d'importance nationale et le transfert de la propriété et de leur gestion des cantons à la Confédération. La mise en œuvre de cet arrêté fédéral est actuellement étudiée par différents groupes de travail. Il n'est pas possible, à ce stade, de savoir quelle solution sera adoptée pour l'axe du Grand-Saint-Bernard. De toute manière, dans la mesure où elles portent sur les possibilités de proroger la concession selon le droit international actuellement en vigueur, soit la convention italo-suisse, les conclusions du présent avis restent valables même en présence d'une nouvelle répartition des tâches.

2.En droit

a.La concession en général

Une concession est un acte mixte, qui contient d'une part des clauses unilatérales, de nature réglementaire, se rapprochant d'une décision administrative, et d'autre part des clauses bilatérales, de nature contractuelle, fixant des droits et obligations réciproques, se rapprochant d'un contrat de droit administratif. Les dispositions d'une concession qui ont trait à sa durée font partie des clauses bilatérales. Le pouvoir de concéder est en principe détenu par l'autorité exécutive. Le concessionnaire a le droit et le devoir d'agir, en son propre nom et à ses risques et profits, sous le contrôle du concédant.^[1]

Par nature, une concession a une durée déterminée. Elle est généralement assortie d'un terme, à l'échéance duquel elle cesse. Cette durée est fonction d'une part de l'intérêt du concédant à exercer lui-même l'activité confiée et d'autre part de la nécessité pour le concessionnaire de disposer d'un temps suffisant pour amortir les investissements consentis. A l'échéance de la concession, l'autorité concédante s'approprie les installations selon ce qui a été convenu, sans forcément devoir indemniser le concessionnaire, qui est censé avoir amorti ses frais; c'est la dévolution à l'Etat. Une indemnisation doit néanmoins être envisagée notamment si le concessionnaire a procédé à des investissements peu avant la fin de la concession, à la demande du concédant ou pour assurer un parfait fonctionnement du service public, et n'a pas pu les amortir normalement.

Une concession s'éteint donc en principe à son échéance, mais elle peut aussi cesser par rachat (reprise onéreuse des installations durant la concession), déchéance (pour violation des obligations du concessionnaire), force majeure, renonciation du concessionnaire, expropriation, transfert ou consentement mutuel.

La concession a une durée limitée par nature. Ainsi, n'y a-t-il pas de droit au renouvellement de la concession à son terme sauf si le principe de la bonne foi, c'est-à-dire la confiance créée chez le concessionnaire par le concédant,

l'exige (ATF 102 Ia 438, consid. 7b). En outre, il se peut que les conditions économiques générales, les conditions naturelles, l'évolution des techniques ou la législation se modifient fondamentalement et durablement de façon imprévisible sans que le concessionnaire en porte la responsabilité, et que cela crée une disproportion dans l'équilibre de la concession. Dans de tels cas, même si la législation et la concession sont muettes, le concessionnaire peut exiger une modification en application de la théorie de la *clausula rebus sic stantibus*. Quoi qu'il en soit, la prorogation d'une concession est toujours possible par consentement mutuel des parties.

b. Les concessions in casu

La convention italo-suisse, en son article . 3, dispose que les Parties se concerteront sur les dispositions de la concession accordée par les autorités compétentes ainsi que sur toute modification des concessions (al. 1), qu'elles s'efforceront de fixer de part et d'autre des dispositions aussi semblables qu'il sera possible et n'y apporteront par la suite de modification qu'après s'être concertées (al. 2) et que les concessions prendront fin soixante-dix ans après la date fixée d'un commun accord entre les Parties dès la réception des travaux (al. 3). Le tunnel ayant été ouvert en 1964, la concession se termine le 31 décembre 2034, date qui est expressément mentionnée à l'art. 4 de la concession d'exploitation.

L'échéance de la concession entraîne la dévolution à l'Etat. L'art. 4 de la convention italo-suisse prévoit que, lorsque les concessions prendront fin, le tunnel deviendra propriété commune et indivisible des deux Etats ou des personnes morales de droit public que chaque Etat pourra désigner de par sa législation interne; il sera exploité en commun, à égalité de droits et de charges (al. 1) et les modalités de la gestion commune feront l'objet d'un accord préalable entre les deux parties contractantes (al. 2).

S'agissant de la durée et d'une éventuelle prorogation de la concession d'exploitation, celle-ci prévoit en ses art. 4 et 5 la date d'échéance du 31 décembre 2034 et dispose que l'art. 6 de la concession de construction est applicable pour le surplus. Cette disposition, relative à la reprise de l'ouvrage par l'Etat du Valais ou à la prolongation de la concession, a la teneur suivante (cf. aussi art. 8 de la Convention du 24 juin 1958 pour le tunnel routier du Grand-Saint-Bernard entre les cantons de Vaud, du Valais et la Commune de Lausanne, Recueil systématique vaudois 725.95):

«A l'échéance de la concession, l'Etat du Valais pourra devenir propriétaire en commun avec l'Etat italien ou la personne morale désignée par celui-ci de l'ensemble de l'ouvrage, avec les risques et profits en résultant et en s'engageant à assurer l'exploitation.

Celle-ci sera effectuée en indivision à égalité de droits et de charges.

L'indemnité éventuelle à verser à la Société pour cette reprise sera fixée, à frais communs, par un tribunal arbitral constitué conformément aux dispositions de l'art. 10 de la convention passée en juin 1958 entre les cantons de Vaud et du Valais et la Ville de Lausanne.

Deux ans avant l'échéance de la concession, l'Etat du Valais notifiera à la Société s'il entend faire usage de son droit de reprise.

Dans l'affirmative, l'indemnité éventuelle sera payée dans les six mois à compter du transfert des installations.

Si l'Etat renonce à faire usage de son droit de reprise, la concession sera renouvelée tacitement. La Société demeure propriétaire en commun de l'œuvre dans le sens de l'art. 4 de la convention italo-suisse et continuera l'exploitation.»

3. Analyse

La solution retenue pour la concession d'exploitation du tunnel du Grand-Saint-Bernard correspond à celle habituellement prévue, c'est-à-dire la fixation d'une échéance qui met fin à la concession et qui entraîne la dévolution à l'Etat. A la date convenue, les pouvoirs publics deviendront propriétaires de l'ensemble de l'ouvrage. Dans le cas du tunnel du Grand-Saint-Bernard, la propriété sera commune entre les pouvoirs publics suisses et italiens. En Suisse, la propriété reviendra au canton du Valais pour la moitié du tunnel. La dévolution à l'Etat ne nécessite pas forcément une indemnisation du concessionnaire. En l'espèce toutefois, des investissements importants sont prévus pour la réalisation de la galerie et ces frais peuvent ne pas être amortis à l'échéance de la concession en 2034. Ainsi, en l'absence de prorogation de la concession, il est possible que la dévolution à l'Etat doive se faire contre indemnisation, laquelle au demeurant bénéficierait aussi aux pouvoirs publics actionnaires de la société concessionnaire.

Se pose alors la question de savoir si le concessionnaire peut exiger du concédant une modification de la concession en faisant valoir que la construction de la galerie obéit aux critères de la *clausula rebus sic stantibus*. Il est difficile de trancher nettement cette question. D'une part, la galerie vise à améliorer la sécurité du tunnel et pourrait s'inscrire dans les mesures d'entretien de l'ouvrage, voire même accroître l'attractivité de l'axe du Grand-Saint-Bernard et augmenter ainsi les recettes du tunnel. En outre, le changement fondamental de circonstances ouvre en principe la voie à une modification non pas de la durée, mais plutôt d'autres éléments de la concession, l'ampleur de l'engagement financier pouvant être compensé selon les circonstances par une indemnisation lors de la dévolution. Mais d'autre part il n'est pas exclu d'emblée que ces impératifs de sécurité qui ne sont pas imputables au concessionnaire soient considérés comme imprévisibles et créent effectivement une disproportion dans l'équilibre de la concession. Ceci reviendrait à créer un droit à une modification portant sur la prorogation. Mais en l'état, cette question peut demeurer ouverte; il ne serait en effet nécessaire de la trancher que si les différentes parties impliquées ne parvenaient pas à s'entendre.

S'agissant de la prorogation de la concession, il existe une apparente divergence entre le texte de la convention italo-suisse et celui de la concession d'exploitation. La convention reflète en effet la règle selon laquelle la prorogation d'une concession ne peut, par nature, être admise qu'à titre exceptionnel et elle retient l'hypothèse normale d'une échéance de la concession à une date fixe. En revanche, la concession d'exploitation mentionne l'éventualité d'une prorogation. En effet, elle prévoit le

renouvellement de la concession au cas où le Conseil d'Etat valaisan devait renoncer à faire usage de son droit à la dévolution, la prorogation intervenant même tacitement (art. 6 al. 6).

Le fait que la convention italo-suisse ne contienne aucune disposition sur la prorogation des concessions ne permet pas de conclure à une interdiction. Il faut au contraire l'interpréter comme laissant ouverte la possibilité d'une prorogation. Dans cette éventualité, un accord entre la Suisse et l'Italie devra être conclu pour adapter le texte actuel de la convention italo-suisse, notamment son art. 3 al. 3. La date qui avait été prévue pour l'échéance de la concession sera repoussée; c'est sur ce point que devra porter l'accord à conclure, éventuellement sous la forme d'un protocole, voire d'un simple échange de notes. Demeureraient inchangées les dispositions relatives à la dévolution à l'Etat, à l'attribution du tunnel en propriété commune et indivisible ainsi qu'à la gestion en commun moyennant un accord préalable entre les Parties contractantes (art. 4). Tout cela interviendrait simplement à une date ultérieure.

Enfin se pose la question de savoir si une prorogation de la concession en faveur de l'une des concessionnaires, la seule SITRASB SpA par exemple, est possible. Au terme de la concession, initialement prévue en 2034, la moitié du tunnel resterait alors propriété de la société italienne dont la concession aurait été prorogée et l'autre moitié serait dévolue en propriété aux pouvoirs publics suisses. L'art. 3 al. 1 et 2, de la convention italo-suisse prévoit une concertation des parties sur toute modification relative aux concessions. Les parties doivent en outre s'efforcer de fixer de part et d'autre des dispositions aussi semblables que possible et n'y apporter par la suite de modification qu'après s'être concertées. Cela laisse supposer que des solutions divergentes peuvent être adoptées, notamment en ce qui concerne l'échéance, si les parties se mettent d'accord. En revanche, l'art. 4 règle clairement la question d'une gestion et d'une exploitation communes lors de la dévolution, et même d'un droit commun et indivisible de propriété du tunnel par les pouvoirs publics. Puisque la convention italo-suisse n'offre guère la possibilité d'une situation juridique différente en Suisse et en Italie à ce moment-là, une prorogation de la concession pour l'une seule des deux concessionnaires nécessiterait une modification de dite convention également sur ce point.

4. Conclusion

En droit international, une prorogation de la concession est possible, mais nécessite une adaptation de la convention italo-suisse, par le biais d'un protocole, voire par simple échange de notes.

Si les deux concessions sont prorogées, une nouvelle date pour leur échéance doit être fixée par une modification de l'art. 3 al. 3. La dévolution à l'Etat (art. 4) serait ainsi simplement repoussée à une date ultérieure.

Une prorogation de la concession en faveur de la seule société italienne pourrait exiger quant à elle non seulement la fixation d'une nouvelle date d'échéance par une modification de l'art. 3 al. 3, mais aussi un accord sur un nouveau régime de gestion du tunnel (art. 4), une gestion mixte (société privée

italienne - pouvoirs publics suisses) devant être prévue dès l'échéance de la première concession en 2034, avant que le régime de gestion de l'actuel art. 4 ne puisse être appliqué dès l'échéance de la seconde concession prorogée.

[1] Bibliographie sommaire: André Grisel, *Traité de droit administratif*, Neuchâtel 1984, vol. I p. 282ss; Blaise Knapp, *Précis de droit administratif*, 4e éd., Bâle et Francfort-sur-le-Main 1991, p. 294 ss; Pierre Moor, *Droit administratif*, vol. III, Berne 1992, p. 119 ss; Ulrich Häfelin / Georg Müller, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4. Aufl., Zürich 2002, N. 2591 ff, S. 555 ff; Jean Dufau, *La nature juridique de la concession de service public*, Mélanges René Chapuis, *Droit administratif*, Paris 1992, p. 147 ss.

JAAC 70.67 - Avis de droit de la Direction du droit international public du 15 mars 2005

In	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
Dans	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
In	Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione
Jahr	2006
Année	
Anno	
Band	70
Volume	
Volume	
Seite	---
Page	
Pagina	
Ref. No	150 007 397

Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv und die Bundeskanzlei konvertiert.

Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses et la Chancellerie fédérale.

Il documento è stato convertito dall'Archivio federale svizzero e della Cancelleria federale.