

QUESTIONS/REPONSES WEBINAIRE SUR LES IMPACTS DES DISPOSITIONS LIEES AU COVID-19 SUR L'EXECUTION DU CONTRAT DE CONCESSIONS

QUESTION I : QUELLE OBLIGATION DU MAINTIEN DE L'ECONOMIE GENERALE DU CONTRAT AU REGARD DE LA LOYAUTE CONTRACTUELLE ?

L'un des corollaires de la loyauté contractuelle est le respect des conditions initiales du contrat : si la crise sanitaire entraîne un bouleversement de l'équilibre économique du contrat, il convient de rétablir cet équilibre.

Mais, le concédant n'étant pas l'assureur de son cocontractant, il ne devra pas compenser n'importe quel déséquilibre.

Ainsi, le concessionnaire sera en droit de demander la révision des modalités d'exécution du contrat si son économie est bouleversée significativement, notamment sur le fondement de l'imprévision.

Il aura ainsi la possibilité de recevoir de la personne publique des fonds permettant de compenser cette situation de bouleversement économique.

Attention le co-contractant devra veiller à continuer l'exécution du contrat de concession, notamment au titre du principe de continuité du service public.

En outre, si le bouleversement de l'économie du contrat se révèle définitif, l'imprévision se transforme alors en cas de force majeure justifiant la résiliation du contrat.

QUESTION II : EXISTE-T-IL UNE DIFFERENCE ENTRE CONCESSIONNAIRE ET TITULAIRE D'UN MARCHE DE TRAVAUX DU POINT DE VUE DES REGLES DE PROLONGATION DES DELAIS D'EXECUTION ?

L'ordonnance n°2020-319 dispose en son article 6.1° « Lorsque le titulaire ne peut pas respecter le délai d'exécution d'une ou plusieurs obligations du contrat ou que cette exécution en temps et en heure nécessiterait des moyens dont la mobilisation ferait peser sur le titulaire une charge manifestement excessive, ce délai est prolongé d'une durée au moins équivalente à celle mentionnée à l'article 1er, sur la demande du titulaire avant l'expiration du délai contractuel ».

Ainsi, le titulaire d'un marché de travaux comme le concessionnaire, devra démontrer qu'il n'est pas en mesure de poursuivre l'exécution des travaux.

Il devra en justifier, et justifier également de toutes les diligences accomplies pour sécuriser le chantier, limiter les frais, notamment la démobilité du personnel (chômage partiel lorsque cela est possible), et les conséquences financières de l'arrêt de chantier, notamment en termes de sécurisation (mesures économiquement les plus raisonnables).

QUESTION III : LE VERSEMENT DES COMPENSATIONS DE SERVICE PUBLIC PAR L'AUTORITE CONCEDANTE PEUT IL ETRE SUSPENDU LORSQUE LES ETABLISSEMENTS SONT FERMES ADMINISTRATIVEMENT ?

En théorie la suspension du contrat suspend le versement des compensations. En revanche, comme il est indiqué dans l'ordonnance, si le contrat est suspendu et que la situation financière du concessionnaire le justifie, l'autorité concédante peut verser, en avance, des sommes qui seraient normalement dues, dont les compensations de service public.

Un certain nombre de compensations sont en réalité des contreparties ; bien souvent il s'agit de l'achat d'une prestation. Par exemple, des tickets d'entrée de scolaires. Dans ce cas il n'apparaît pas utile que l'autorité concédante continue de payer ces tickets en l'absence d'élèves.

En revanche si le concessionnaire démontre que certaines charges fixes, qu'il n'a pas réussi à diminuer, se poursuivent et qu'elles sont liées à une organisation mise en place pour le service public et que sa situation financière le justifie, ce dernier pourra légitimement demander, au moins en partie, le versement de ces compensations.

Il ne s'agit cependant pas d'une obligation. Ce n'est qu'une faculté prévue par l'ordonnance. En outre, il ne s'agit que d'une facilité de trésorerie : l'ordonnance précise bien qu'à l'issue de la suspension, un avenant doit déterminer, le cas échéant, les modifications du contrat apparues nécessaires.

Néanmoins, si ces charges fixes bouleversent significativement l'économie du contrat, l'imprévision pourra être invoquée.

QUESTION IV : QUID D'UNE INDEMNISATION DES CONSEQUENCES D'UNE DECISION DU CONCEDANT AYANT CAUSE AU CONCESSIONNAIRE UN PREJUDICE DIRECT ET CERTAIN, QUAND BIEN MEME IL N'Y AURAIT PAS DE BOULEVERSEMENT DE L'ECONOMIE DU CONTRAT ? (FAIT DU PRINCE)

Le fait du prince ne pourra être retenu, cette théorie impliquant que la décision bouleverse l'économie du contrat. Cependant, si la décision est fautive et qu'elle a causé le préjudice, il est possible d'engager la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle pour faute de l'administration dans l'exercice des services publics.

QUESTION V : DANS QUELLE MESURE UNE COLLECTIVITE CONCEDANTE POURRAIT-ELLE SE PREVALOIR DE L'IMPACT DE LA CRISE SUR SES PROPRES RESSOURCES (BAISSE DES RECETTES FISCALES) POUR AVENANTER VOIR RESILIER UN CONTRAT ?

La crise peut avoir des conséquences majeures et extrêmement néfastes à long terme en matière de fiscalité.

S'il y a bouleversement de l'économie du contrat, l'autorité concédante pourra elle aussi tenter de faire jouer la théorie de l'imprévision pour négocier une révision des conditions, notamment financières, du contrat. Si le bouleversement est définitif, l'imprévision se transforme alors en cas de force majeure justifiant la résiliation du contrat.

QUESTION VI : SI LE CONTRAT DE CONCESSION EST SUSPENDU, EST-IL ENVISAGEABLE QUE LE CONCESSIONNAIRE SOLLICITE NON SEULEMENT LA SUSPENSION DES REDEVANCES MAIS ENCORE UNE REVISION A LA BAISSSE DE TOUTES LES REDEVANCES FUTURES AU SEUL MOTIF QU'IL S'AGIRAIT DE MAINTENIR L'EQUILIBRE DE L'ECONOMIE GENERALE DU CONTRAT ?

S'il est démontré que la crise sanitaire a eu soit des conséquences massives à un moment donné, soit des conséquences durables dans le temps sur l'exécution du contrat de concession et que le seul moyen de revenir à l'équilibre est de diminuer le versement par le concessionnaire de certaines sommes ou au contraire d'augmenter la contribution publique, cette solution peut être mise en place et lissée sur la durée du contrat.

Attention toutefois, l'équilibre économique du contrat ne signifie pas le prévisionnel, et l'exécution d'un contrat de concession peut faire apparaître des pertes : il s'agit là de l'exposition du concessionnaire à un aléa économique normal.

Il faudra donc démontrer que l'équilibre du contrat a été bouleversé de manière suffisamment significative, par un évènement extérieur à la partie qui l'invoque et imprévisible.

Pour autant la solution évoquée est possible sous réserve d'un examen détaillé de l'impact financier de la crise sur le contrat, avec l'appui de justificatifs financiers et prospectifs démontrant que les conditions futures d'exploitations seront complètement bouleversées pour le concessionnaire.

QUESTION VII : QUID DE LA SITUATION SI L'ECONOMIE DU CONTRAT EST BOULEVERSEE MAIS QUE LE CONTRAT PREVOIT EXPLICITEMENT QU'AUCUNE SUBVENTION D'EQUILIBRE NE SERA VERSEE ?

Par principe la subvention d'équilibre est interdite dans les concessions.

Néanmoins en cas de bouleversement significatif de l'économie du contrat, le concessionnaire pourra mettre en avant l'imprévision pour faire une demande d'indemnisation à l'autorité concédante.

Un contrat qui prévoirait plus largement que l'autorité concédante ne verserait aucune somme, peu important le sort de son concessionnaire, serait probablement considérée *contra legem* : cette clause serait jugée non écrite car elle viendrait contrarier trop frontalement l'idée de loyauté et d'équilibre contractuel.

Ainsi, cette mention dans le contrat ne conduit pas automatiquement à l'exclusion de toute indemnisation pour le concessionnaire si celle-ci est justifiée par un bouleversement économique du contrat.

QUESTION VIII : LA GRATUITE DU SERVICE PUBLIC DE TRANSPORT DECIDEE L'AUTORITE ORGANISTRICE PENDANT LE COVID-19 EST-ELLE BIEN UN CAS DE FAIT DU PRINCE ?

Sous réserve du respect des conditions du fait du prince (à savoir l'existence d'un acte administratif régulier, imprévisible au moment de la conclusion du contrat, imputable à l'administration contractante et qui a modifié l'équilibre du contrat, causant au cocontractant un préjudice anormal et spécial) il s'agit *a priori* d'une décision du fait du prince.

Cette décision est prise par l'administration, autorité concédante, à un autre titre que l'exécution du contrat de concession, elle peut donc remplir les conditions du fait du prince.

QUESTION IX : QUELLES DEMARCHES A METTRE EN PLACE ENTRE UNE SOCIETE CONCESSIONNAIRE ET UNE VILLE CONCEDANTE AVEC L'ARRET DE TOUTES LES ACTIVITES NAUTIQUES ?

- Réunion de crise.
- Réunion visant à déterminer les conditions de reprise d'exploitation : examen des conséquences de l'interruption d'activité, analyse des conditions de reprises.
- Possibilité pour la personne publique de verser certaines sommes, le contrat étant suspendu, si la santé financière du concessionnaire le justifie.
- Si le contrat est court, le bouleversement de l'économie du contrat pourra être plus facilement retenu.
- Médiatiser la réunion en cas de tensions pour exposer les justificatifs, la situation, les charges qui ont pu ou non être réduites et qui justifient des demandes de financements pendant la durée d'arrêt.
- Se référer au contrat s'il prévoit des procédures de dialogue entre les parties. Il faut les respecter.
- Être le plus transparent possible. Le concessionnaire doit constituer dès à présent des justificatifs.
- Eviter les réactions réflexives.

QUESTION X : CONCEDANT ET CONCESSIONNAIRE PEUVENT ILS ENGAGER LA RESPONSABILITE DE L'ETAT DU FAIT DES LOIS ?

Il devra être démontré que l'Etat a pris des mesures régulières causant un préjudice anormal et spécial à celui qui s'en prévaut. Ces deux dernières conditions peuvent être difficilement remplies en l'espace.

QUESTION SUPPLEMENTAIRE :

Le Code de la commande publique prévoit que le concessionnaire n'assume le risque que « *dans des conditions normales d'exploitation* ». Peut-on l'interpréter de manière à ce que l'autorité concédante puisse abonder financièrement la concession en période de crise sanitaire ? L'exécution d'un contrat en période de Covid est-elle vraiment une « condition d'exploitation anormale » ? Une condition anormale est-elle un aléa que le concessionnaire ne pouvait prévoir ?

Cette notion est-elle différente Moins restrictive ?

Pour apprécier l'économie générale du contrat, quel critère est prépondérant :

- La durée de la concession ? (Une difficulté financière d'un an lié au Covid sur une concession de 20 ans constitue-t-elle réellement un bouleversement de l'économie générale du contrat ?)
- L'impact négatif sur les finances du concessionnaire ? (La difficulté peut être de seulement quelques mois sur une concession de 20 ans mais peut cependant mettre définitivement en péril le concessionnaire)



Le Code de la commande publique prévoit que le concessionnaire n'assume le risque que « *dans des conditions normales d'exploitation* ».

Or c'est précisément la fonction des théories de l'imprévision, du fait du prince et de la force majeure que de prévoir à quel moment et sous quelles conditions une situation devient anormale, et ses conséquences.

Ainsi, en dehors de ces hypothèses, et de celles prévues par l'ordonnance n°2020-319, il sera difficile d'abonder financièrement la concession en période de crise sanitaire.

Par ailleurs, on comprend que le déséquilibre économique du contrat est l'une des composantes de la situation anormale.

Pour apprécier ce déséquilibre, l'impact négatif sur les finances du concessionnaire semble davantage prépondérant que la durée des difficultés rapportée à celle du contrat de concession : une difficulté financière d'un an sur une concession de 20 ans peut réellement mettre en péril le concessionnaire et constituer un bouleversement de l'économie générale du contrat

Y a-t-il des risques que le juge estime que la frontière entre la compensation des charges extracontractuelles engendrées par le Covid 19 au titre de l'imprévision, et une volonté plus générale de soutenir financièrement une entreprise concessionnaire déjà en difficulté avant la crise ne soit pas assez marquée, sanctionnant par là ce soutien ?

Une indemnité d'imprévision suppose un déficit d'exploitation qui soit la conséquence directe d'un événement imprévisible, indépendant de l'action du cocontractant de l'administration, et ayant entraîné un bouleversement de l'économie du contrat.

Elle ne peut venir qu'en compensation de la part de déficit liée aux circonstances imprévisibles, qui ne peuvent résulter de l'état de fragilité financière initiale du concessionnaire (CE, 21 octobre 2019, Société Alliance, req. n° 419155).

Si la part du déficit d'exploitation directement imputable à des circonstances imprévisibles et extérieures ne suffit pas à caractériser un bouleversement de l'économie du contrat, le juge administratif pourrait alors considérer que le concessionnaire n'est pas fondé à solliciter le versement d'une indemnité d'imprévision.