

Épidémie de Covid-19 et protection des intérêts financiers des concessionnaires

Les difficultés d'exécution des contrats de concession constituent l'une des conséquences de la crise sanitaire liée au Covid-19. Cette dernière expose les concessionnaires à d'importants risques financiers. Les textes adoptés en urgence, en complément des règles de droit commun issues notamment de la jurisprudence administrative, s'efforcent de contrecarrer ces risques en prévoyant notamment des mécanismes tendant à protéger les intérêts financiers des concessionnaires.

En raison d'une crise sanitaire majeure née de l'épidémie de Covid-19, l'ensemble des acteurs de la commande publique est confronté depuis le mois de mars 2020 à une situation exceptionnelle. La pandémie liée au Covid-19 a ainsi parfois conduit les opérateurs économiques à cesser brutalement du jour au lendemain toute activité. Les conséquences de cette crise en matière de commande publique sont multiples et sans doute encore difficiles à mesurer complètement à ce jour. Toujours est-il que la question de l'impact de cette crise sur l'exécution des contrats de concession tels que définis par l'article L. 1121-1 du Code de la commande publique, parmi lesquels figurent les conventions de délégation de service public, mérite que l'on s'y intéresse. Dans l'univers du droit de la commande publique, le contrat de concession a su en effet au fil du temps conforter sa place et gagner ses lettres de noblesse. Le modèle concessif vient d'ailleurs d'être récemment consacré tant au niveau national en intégrant le nouveau Code de la commande publique⁽¹⁾ que communautaire⁽²⁾.

La liste des questionnements liés à l'impact du Covid-19 sur le régime financier des concessions est longue et il ne sera pas possible ici de tous les évoquer.

Néanmoins, une première série d'interrogations résulte d'abord de l'impact prévisible de cette crise sur les concessions compte tenu des particularités propres au modèle économique concessif : celui-ci conduit en principe le concessionnaire à exploiter son activité à ses risques et périls. Comment doivent donc se concilier la prise de

Auteur

Laurent Sery

Avocat associé

Julie Coulange

Avocate

Cabinet ADAMAS

Références

Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020

Ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 modifiée

Mots clés

Concessions • Force majeure • Imprévision • Indemnisation
• Suspension • Résiliation

(1) L'ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique et le décret n° 2018-1075 du 3 décembre 2018 portant partie réglementaire du code de la commande publique sont parus au Journal officiel du 5 décembre 2018.

(2) Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession.

risque assumée par le concessionnaire avec la survenance d'une telle crise ? Le concessionnaire serait-il de facto privé de tout droit à indemnisation éventuel ?

Une seconde série d'interrogations tient aussi à la robustesse ou non du régime juridique de la concession face à la survenance d'une telle crise : celui-ci permet-il de mieux gérer ou non les conséquences économiques de la crise ? Osons la question, le titulaire d'une concession qui revêtira le plus souvent la qualification de contrat administratif⁽³⁾ sera-t-il mieux protégé que le titulaire d'un contrat privé ? Le régime juridique applicable aux contrats administratifs est souvent présenté comme déséquilibré, accordant des prérogatives particulières au profit de l'administration : pouvoir de modification unilatérale⁽⁴⁾, pouvoir de résiliation unilatérale pour motif d'intérêt général⁽⁵⁾,... Mais, ce régime juridique a toujours aussi été considéré comme plus favorable sur certains aspects financiers pour le cocontractant de l'administration : droit au respect de l'équilibre économique financier en cas de modification unilatérale du contrat⁽⁶⁾, droit à indemnisation au titre de l'imprévision, ... Qu'en est-il donc aujourd'hui de la capacité de ce régime juridique applicable aux concessions à faire face aux conséquences de la pandémie liée au Covid-19 ?

Une autre série d'interrogations très fortement liées d'ailleurs à la précédente réside également dans le choix ou la nécessité dans laquelle s'est trouvé le législateur d'adopter une législation d'exception pour faire face à cette crise sanitaire. Le droit des concessions s'est construit depuis plus d'un siècle sur le fondement de jurisprudences mettant en exergue le rôle de juriste du Conseil d'État. Ce régime jurisprudentiel a traversé les siècles et a connu des crises majeures [guerre mondiale, guerres coloniales, catastrophes naturelles, ...]. Il est toujours parvenu à dégager des solutions adaptées pour faire face à ces événements parfois graves : imprévision, force majeure, ... Pourtant, signe des temps, marque de défiance vis-à-vis de l'existant ou bien volonté de rassurer, toujours est-il que nos dirigeants ont estimé que ce régime juridique n'était pas suffisant pour faire face à la crise sanitaire actuelle : il a donc été mis en place une réglementation d'exception résultant de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19, laquelle a déclaré « l'état d'urgence sanitaire » et permis l'adoption d'une série d'ordonnances dont l'une d'entre elle intéresse directement le droit de la commande publique et l'exécution des concessions⁽⁷⁾.

(3) Selon les hypothèses, bien que relevant du champ de la commande publique, il convient de ne pas omettre que certaines concessions telles que définies par les dispositions de l'article L. 1121-1 du Code de la commande publique relèvent de la catégorie des contrats de droit privé.

(4) CE 11 mars 1910, Cie générale française des tramways, p. 216.

(5) CE 2 mai 1958, Distillerie de Magnac Laval, req. n° 32401.

(6) Ou principe de l'équation financière.

(7) Il s'agit de l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 portant diverses mesures d'adaptation des règles de passation, de procédure ou d'exécution des contrats soumis au code de la commande publique et des contrats publics qui n'en relèvent pas pendant la crise sanitaire née de l'épidémie de covid-19.

Loin de simplifier les choses, l'adoption de cette réglementation provisoire et circonstanciée a en réalité fait naître de nouvelles questions dans un contexte déjà pas simple : ces dispositions d'exception sont-elles compatibles avec les règles existantes, sont-elles supplétives ? Comment articuler ce régime d'exception avec le régime de droit commun ?

Autant de questions qui présentent de vraies difficultés à y répondre tant l'évolution de l'épidémie, l'ampleur de la crise économique et sociale qui en découlent demeurent difficiles à anticiper. Si la tâche est ardue, il s'agira cependant dans les propos qui suivent, au regard de la réglementation existante à la date du 3 mai 2020, de tracer quelques lignes directrices quant à la manière pour un concessionnaire de préserver au mieux ses intérêts pécuniaires face aux conséquences de cette crise. Il va de soi que la connaissance par l'autorité concédante des droits et obligations du concessionnaire lui permettra également de mieux appréhender les éventuelles demandes de ce dernier ; elle pourra ainsi peut-être contribuer à apaiser les relations entre les parties cocontractantes dans cette période délicate.

Cette réflexion devra donc d'abord conduire le concessionnaire à essayer d'échapper à d'éventuelles sanctions pécuniaires s'il devait ne plus être en mesure d'exécuter convenablement ses obligations contractuelles. Elle pourra également l'amener à envisager diverses pistes pour tenter d'obtenir une juste indemnisation des préjudices qu'il subira du fait de cette crise. Enfin, parce que les choses ne se terminent pas toujours bien, il lui faudra peut-être envisager le scénario du pire et les moyens de préserver au mieux ses intérêts financiers en cas de fin anticipée de la concession.

La nécessité pour le concessionnaire de se prémunir contre les risques de sanctions pécuniaires ou d'engagement de sa responsabilité

Au regard de la situation actuelle, la priorité de tout concessionnaire confronté à des difficultés d'exécution de son contrat devrait d'abord être de tenter d'échapper à toute sanction pécuniaire et de ne pas voir sa responsabilité pécuniaire être engagée vis-à-vis de l'autorité concédante : avant de réclamer, d'abord se protéger !

À n'en pas douter, ce souci de protection semble avoir animé la majorité des opérateurs économiques dès la proclamation de l'état d'urgence : il suffit de constater d'ailleurs avec quel empressement beaucoup d'entre eux ont adressé dès la mise en œuvre des premières mesures de confinement aux autorités concédantes des courriers les informant d'une situation de force majeure.

Effectivement, et notamment si le contrat le prévoit, le concessionnaire aura tout intérêt à invoquer la théorie de la force majeure pour s'exonérer de toute éventuelle sanction liée à un défaut d'exécution du contrat résultant de la crise sanitaire actuelle. À défaut de toute clause en ce sens dans son contrat, il pourra de toute

façon également tenter de se prévaloir des dispositions de l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 pour parvenir à un même résultat.

L'invocation de la théorie de la force majeure

À défaut de pouvoir exécuter certaines de ses obligations contractuelles, voire la totalité d'entre elles, en raison de la crise sanitaire née de l'épidémie Covid-19, si son contrat le prévoit, le concessionnaire aura tout intérêt à se prévaloir des dispositions régissant les cas de force majeure. Beaucoup a été dit et redit sur la théorie de la force majeure depuis le début de cette pandémie. Il sera donc ici simplement rappelé que, s'agissant des concessions revêtant la qualification d'un contrat administratif, par un arrêt de principe en date du 29 janvier 1909⁽⁸⁾, le Conseil d'État a posé trois conditions à son application :

- l'extériorité : cette condition, si elle semble plus ou moins abandonnée par le juge judiciaire, reste apparemment conservée par le juge administratif ;
- l'imprévisibilité : cette condition s'apprécie au jour de la conclusion du contrat⁽⁹⁾ ;
- l'irrésistibilité : celle-ci est liée à l'impossibilité d'honorer sa prestation⁽¹⁰⁾.

S'agissant des concessions soumises à un régime de droit privé, un régime à peu près équivalent a été prévu par les dispositions de l'article 1218 du Code civil, lequel énonce qu'il y a « une force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur.

Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1 ».

Dans un grand nombre de contrats de concessions, la théorie de la force majeure a été contractualisée. Il s'agit le plus souvent d'une cause légitime permettant de justifier l'absence de respect des délais d'exécution de telle ou telle obligation contractuelle. Elle constitue généralement aussi une cause exonératoire : lorsqu'elle est reconnue, elle permet donc notamment au concessionnaire d'échapper à toute sanction pécuniaire de

l'autorité concédante et d'éviter de voir sa responsabilité contractuelle engagée.

L'invocation de la force majeure prévue au contrat par le concessionnaire appelle de notre part les quelques remarques suivantes.

D'abord, à n'en pas douter dans certains cas, la situation résultant de la crise sanitaire née de l'épidémie Covid-19 pourra conduire à reconnaître l'existence d'une situation de force majeure. L'État l'a d'ailleurs laissé entendre. Cela tombe sous le sens tant les effets des mesures prises pour faire face à cette pandémie sont contraignantes. La prudence doit cependant être de mise car la démonstration de l'existence d'une situation de force majeure devra être faite au cas par cas. Si l'on prend l'exemple d'une concession de travaux, la portée de la situation actuelle pourra par exemple être différente selon que le concessionnaire se trouve dans la phase de conception de l'ouvrage, dans la phase de réalisation des travaux ou bien encore dans la phase d'exploitation. Dans la mesure où le concessionnaire se trouverait en phase de conception, il lui sera peut-être difficile de se prévaloir de la situation actuelle pour bénéficier d'un report des délais de la phase étude. En revanche, si les travaux ont été lancés, il lui sera peut-être plus aisé de justifier de l'impossibilité de tenir les délais de réalisation de l'ouvrage en raison de l'arrêt des chantiers. Dans d'autres cas, s'agissant par exemple de la fermeture d'établissements culturels ou de loisirs (musées, centre de congrès,...) résultant des décisions prises par l'État, la démonstration d'une situation de force majeure empêchant la poursuite de l'exploitation des lieux sera sans doute plus évidente.

Ensuite, quoi qu'il en soit, lorsque le contrat prévoit l'hypothèse de la force majeure, celui-ci comporte cependant très souvent un « mode d'emploi » détaillé relatif à sa mise en œuvre. Il est généralement prévu un délai à respecter pour signaler l'existence de la force majeure, lequel est parfois relativement court (de l'ordre d'une quinzaine de jours). Est également aussi souvent exigé de la part de la partie qui invoque la force majeure la description de ses effets et les moyens d'en limiter au maximum les conséquences. Toutes ces obligations doivent évidemment être respectées par le concessionnaire : en matière de marché, il a par exemple été jugé que l'absence de respect des délais prévus au contrat privait l'entreprise de la possibilité de se prévaloir de la force majeure⁽¹¹⁾. Néanmoins, en pratique, face à cette pandémie ces obligations contractuelles interpellent. Elles donnent très certainement le sentiment à l'autorité concédante de se protéger : après tout si le concessionnaire est en retard dans le signalement de la force majeure, il en assumera seul les conséquences. Cependant, les clauses récentes insérées dans les contrats de concession auront été rédigées, dans une période non troublée, le plus souvent pour rassurer des établissements prêteurs, mais hors réel contexte de force

(8) CE 29. janvier 1909, Cie des messageries maritimes, *Rec CE* p. 111.

(9) L'épidémie de chikungunya ayant débuté en janvier 2006, elle ne constituait pas un événement imprévisible justifiant la rupture du contrat en août après une embauche le 4 juin (CA Saint Denis de la Réunion, 29 décembre 2009, n°08/02114) ; de même, s'agissant de l'épidémie du H1N1 « largement annoncée et prévue » (CA Besançon, 8 janvier 2014, n° 12/02291).

(10) Par exemple, le virus chikungunya n'était pas irrésistible dès lors que cette maladie pouvait être soulagée par des antalgiques et était généralement surmontable (CA Basse-Terre, 17 décembre 2018, n° 17/00739).

(11) En ce sens, par exemple, CAA Lyon 28 novembre 1991, req. n° 89LY00454.

majeure. Or, aujourd'hui, il est assez aisé de se rendre compte :

- qu'il peut falloir du temps à un concessionnaire pour constituer un solide dossier justifiant la force majeure ;
- que personne ne sait très bien – pas même nos dirigeants
- où peut nous mener cette pandémie : alors, demander en une quinzaine de jours par exemple à un concessionnaire de constituer un dossier et d'expliquer quelles seront l'ensemble des conséquences de la situation rencontrée pourra parfois s'avérer impossible. La mise en œuvre de ces dispositions pourra donc être source de possibles contentieux ; il n'est donc pas impossible que, dans certains cas, le juge fasse preuve de mansuétude en tenant compte des circonstances de l'espèce pour constater que le respect de ces dispositions contractuelles aura été impossible compte tenu précisément de la situation de force majeure.

Enfin, de manière générale, il sera sage d'inviter le concessionnaire qui invoque la force majeure prévue contractuellement à faire preuve de prudence. Il devra ainsi notamment veiller : – à rassembler toutes les preuves justifiant que les conditions de celle-ci sont remplies ;

- à établir dans la mesure du possible un état des lieux contradictoire avec l'autorité concédante de l'état d'avancement de ses prestations notamment s'il s'agit d'une concession de travaux ;
- à garder la preuve de toutes les mesures supportées, de toutes les baisses de fréquentation subies, des éventuelles dépenses engagées,...

L'invocation des dispositions de l'ordonnance n° 2020-290 du 23 mars 2020.

À supposer que le contrat de concession ne prévoit rien à propos de la prise en compte de la force majeure, la situation du concessionnaire n'est de toute façon pas plus mauvaise. D'une part, dans la mesure où le contrat serait administratif, il devrait bénéficier en principe de la possibilité de se prévaloir de la théorie de la force majeure^[12]. D'autre part, il peut de toute façon bénéficier des dispositions de l'article 6 de l'ordonnance n° 2020-319 précitée en date du 25 mars 2020, lesquelles ont prévu certaines règles spécifiques susceptibles de bénéficier aux concessionnaires^[13]. L'on ne s'attardera pas longtemps ici sur la perplexité suscitée par la portée de ces dispositions, lesquelles s'appliquent « en cas de difficultés d'exécution du contrat », « nonobstant toute stipulation contraire, à l'exception des stipulations qui se trouveraient être plus favorables au titulaire du

contrat ». Comme indiqué précédemment, à défaut de d'une telle réglementation spécifique, l'ensemble des concessionnaires titulaires d'un contrat administratif auraient probablement pu tout de même bénéficier de mécanismes protecteurs quasi-équivalents. L'on se contentera donc de souligner ici que ces dispositions ont sans doute le mérite de prévoir un régime supplétif d'ordre public applicable à l'ensemble des contrats de la commande publique, lequel vise aussi des concessions de droit privé et permet surtout d'écarter toute clause contraire. Ce régime juridique circonstancié et provisoire conduit en tout cas à faire de la crise sanitaire née de l'épidémie de Covid-19 pour tout concessionnaire :

- une possible cause légitime ;
- une possible cause exonératoire.

● L'article 6.1° : le Covid-19, une possible cause légitime

L'article 6.1° de l'Ordonnance prévoit en effet que : « En cas de difficultés d'exécution du contrat, les dispositions suivantes s'appliquent, nonobstant toute stipulation contraire, à l'exception des stipulations qui se trouveraient être plus favorables au titulaire du contrat : 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 1^{er}, sur la demande du titulaire avant l'expiration du délai contractuel ».

Quand bien même le contrat de concession ne comporterait aucune disposition relative à la force majeure la qualifiant de cause légitime, ces dispositions permettent donc au concessionnaire de bénéficier d'une prolongation du délai d'exécution d'une ou de plusieurs de ses obligations lorsqu'il ne peut respecter ceux prévus par le contrat ou leur respect nécessiterait une mobilisation de moyens qui entraînerait une charge manifestement excessive pour lui. Le délai contractuel d'exécution de ses obligations sera alors en principe prolongé d'une durée au moins équivalente à celle mentionnée à l'article 1^{er} de l'ordonnance, c'est-à-dire au minimum jusqu'au 24 juillet 2020^[14]. Le recours éventuel à ces dispositions de la part d'un concessionnaire appelle là aussi quelques observations :

- il implique d'abord de sa part de présenter sa demande de prolongation du délai d'exécution avant l'expiration du délai prévu contractuellement ; une certaine diligence est requise mais aucun délai préfixe n'est prévu ;

[12] L'existence de ce régime jurisprudentiel conduit d'ailleurs parfois au moment de la négociation du contrat de concession à ne pas prévoir expressément de clause relative à la force majeure. En l'absence de toute disposition contractuelle, le régime juridique applicable aux contrats administratifs permet à chaque cocontractant de s'en prévaloir si nécessaire.

[13] Cf. ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020, art. 1^{er} relatif au champ d'application matériel et temporel des dispositions de l'ordonnance..

[14] Il conviendra notamment d'être attentif sur ce point aux effets d'une possible prolongation de la durée de l'état d'urgence sanitaire, laquelle paraît devoir être mise en œuvre.

- il nécessite également de sa part une véritable démonstration au cas par cas des difficultés rencontrées et l'impact de celles-ci sur le respect des délais d'exécution de ses obligations contractuelles ;
- l'octroi du délai n'est pas automatique : il lui faut justifier les raisons pour lesquelles le délai lié au respect de telle ou telle obligation ne pourra pas être tenu en raison de l'état d'urgence sanitaire ;
- le délai de la prolongation est fixée par l'Ordonnance et paraît intangible ; pour autant, rien ne semble interdire aux parties cocontractantes de demander à bénéficier d'un délai plus court.

● L'article 6.2° : le Covid-19, une possible cause exonératoire prévue par la loi

Les dispositions de l'article 6.2° de l'Ordonnance n° 2020-319 précitée du 25 mars 2020 sont également susceptibles de protéger les intérêts pécuniaires du concessionnaire. Celles-ci prévoient en effet que :

« 2° Lorsque le titulaire est dans l'impossibilité d'exécuter tout ou partie d'un bon de commande ou d'un contrat, notamment lorsqu'il démontre qu'il ne dispose pas des moyens suffisants ou que leur mobilisation ferait peser sur lui une charge manifestement excessive : a) Le titulaire ne peut pas être sanctionné, ni se voir appliquer les pénalités contractuelles, ni voir sa responsabilité contractuelle engagée pour ce motif (...) ».

En vertu de ces dispositions, lorsque le concessionnaire se trouve dans l'impossibilité d'exécuter tout ou partie du contrat de concession en raison de la crise sanitaire, il ne pourra pas être sanctionné, ni se voir appliquer les pénalités contractuelles, ni voir sa responsabilité contractuelle être engagée sur ce motif. Ces dispositions font donc de cette crise sanitaire une possible cause exonératoire au profit du concessionnaire. Là encore, il s'agira cependant pour ce dernier de justifier de cette impossibilité au cas par cas. Bien que le texte ne le précise pas, il conviendra également par prudence pour le concessionnaire de prendre l'initiative d'informer l'autorité concédante de la situation dans laquelle il se trouve.

Au terme de ces premiers développements, il apparaît que le régime mis en place destiné à protéger le concessionnaire d'éventuelles sanctions pécuniaires ou de voir sa responsabilité pécuniaire être engagée par l'autorité concédante semble efficace. Ce qui va sans dire va encore mieux en le disant : les rédacteurs de l'ordonnance ont pris les devants et cette démarche est louable.

Des possibilités pour le concessionnaire d'obtenir une indemnisation d'une portée incertaine

Dans cette période d'état d'urgence sanitaire, il apparaît que des situations très disparates existent entre les concessionnaires. Certains d'entre eux ont été

confrontés dès la mise en œuvre des premières mesures de confinement à un arrêt quasi complet de leurs activités : tel est le cas par exemples des exploitants de centre de congrès, de salles de spectacles, de musées ou encore de casinos. À l'inverse, d'autres concessionnaires continuent à maintenir malgré tout certaines de leurs activités avec des conditions de fréquentation pourtant dégradées : il en va ainsi par exemple des délégataires de transport public de personnes, des concessionnaires d'autoroutes ou aéroportuaires. L'hétérogénéité de ces diverses situations implique donc une analyse au cas par cas.

Elle ne doit cependant pas empêcher de formuler des premières réflexions quant à la mise en œuvre d'éventuelles actions réclamatrices de la part des concessionnaires.

À ce propos, plus que jamais, il sera d'abord conseillé aux concessionnaires d'anticiper les choses sur le terrain financier sans perdre de temps. La recherche d'une indemnisation ou d'un soutien financier de la part de l'autorité concédante pourra être une nécessité vitale dans certains cas au regard de la violence des effets de la crise sanitaire. Il s'agira donc pour le concessionnaire de faire preuve de pragmatisme, d'habileté juridique afin de s'ouvrir un maximum de possibilités tout en gardant à l'idée qu'il n'est pas forcément évident parfois d'obtenir une indemnisation. Avant d'envisager toute demande indemnitaire, voire action contentieuse à l'encontre de l'autorité concédante, une phase préalable de recherche de solution amiable et de compromis avec l'autorité concédante devrait être privilégiée ; celle-ci pourrait notamment conduire à rechercher avant tout la conclusion d'un avenant à la concession sur le fondement des dispositions de l'article L.3135-1 du CCP, notamment celles relatives aux « modifications qui sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues » prévues au 3°. Comme rappelé plus haut, les concessions s'exécutent en effet aux risques et périls du concessionnaire ; les dispositions de l'article L. 1121-1 alinéa 1 du CCP précisent que le « contrat de concession est un contrat par lequel une ou plusieurs autorités concédantes soumises au présent code confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix ». L'alinéa 2 du même article précise encore notamment que « la part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement théorique ou négligeable ».

Dans ce contexte, les précédents jurisprudentiels reconnaissant l'existence d'un droit à indemnisation au profit des concessionnaires en raison de circonstances imprévues se comptent sur les doigts de la main. Ce constat ne doit pas annihiler toute ambition d'obtenir une éventuelle indemnisation en raison précisément de la situation exceptionnelle née de l'épidémie de Covid-19. La crise sanitaire actuelle pourrait d'ailleurs

conduire à dépoussiérer certaines notions qui avaient peut-être été rangées à tort au rang de belles endormies comme la théorie de l'imprévision. Il s'agira donc dans le cadre de la présente réflexion de pointer les principales pistes qui, de manière complémentaire peut-être d'ailleurs, pourraient être mises en œuvre par les concessionnaires pour obtenir un soutien financier de la part des autorités concédantes du fait des circonstances exceptionnelles rencontrées que ce soit par le biais des grands principes jurisprudentiels ou par le biais des mécanismes spécifiques mis en place par l'Ordonnance précitée n° 2020-319 du 25 mars 2020.

Les leviers de « droit commun »

Sous réserve d'une analyse concrète de chaque situation, et sans préjudice d'éventuelles réflexions complémentaires sur la sollicitation d'éventuelles aides de la part des collectivités⁽¹⁵⁾, les pistes suivantes reposant essentiellement sur la mise en œuvre du régime juridique séculaire applicable notamment aux contrats administratifs pourraient être explorées par les concessionnaires pour rechercher une indemnisation de la part des autorités concédantes des pertes financières subies.

● La mise en jeu du droit au respect de l'équilibre financier du contrat résultant du pouvoir de modification unilatérale du contrat

Dans ce contexte de crise sanitaire, en présence de décisions unilatérales de l'autorité concédante venant modifier les conditions d'exécution du traité de concession, une première option envisageable afin de tenter d'obtenir une indemnisation pourra résider dans l'invocation du droit au respect de l'équilibre financier initial du contrat. Selon une jurisprudence de principe ancienne⁽¹⁶⁾, toute modification unilatérale d'un contrat administratif par l'administration entraîne de plein droit une indemnisation au profit de son cocontractant. Cette indemnisation vise à compenser les charges non couvertes par l'exécution du contrat et auxquelles est exposé son titulaire. In fine, l'objectif de cette indemnisation est donc de rétablir « l'équilibre financier » initialement convenu par les parties au moment de la conclusion du contrat. Comme le relève la doctrine, « l'exercice par l'administration de son pouvoir de modification unilatérale est susceptible de causer un préjudice au cocontractant en rendant plus onéreuse l'exécution du contrat »⁽¹⁷⁾. Si le

cocontractant est tenu d'exécuter le contrat modifié, il a droit en contrepartie au maintien de l'équilibre financier du contrat. En matière de transport de personnes, il a par exemple été jugé qu'en « vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs, la personne publique peut apporter unilatéralement dans l'intérêt général des modifications à ses contrats ; que l'autorité organisatrice des transports peut ainsi, en cours de contrat, apporter unilatéralement des modifications à la consistance des services et à leurs modalités d'exploitation, le cocontractant, tenu de respecter ses obligations contractuelles ainsi modifiées, ayant droit au maintien de l'équilibre financier de son contrat »⁽¹⁸⁾. Le refus de la personne publique de prendre en compte les effets de la modification qu'elle a ordonné, constitue d'ailleurs une faute d'une particulière gravité⁽¹⁹⁾. Ainsi, toute modification unilatérale d'un contrat de concession emporte en principe une double conséquence :

- l'obligation pour le concessionnaire de se conformer à la modification ;
- un droit en principe avantageux à l'indemnisation des surcoûts découlant de cette modification pour le concessionnaire : le préjudice qui doit être réparé comprend à la fois la perte subie et le manque à gagner. Ce droit au maintien de l'équilibre financier du contrat est désormais codifié et prévu par le Code de la commande publique en cas de modification unilatérale d'un contrat de concession administratif⁽²⁰⁾ : dans une telle hypothèse, le concessionnaire a en principe droit au maintien de l'équilibre financier du contrat⁽²¹⁾. Simplement, la modification ne doit ni changer la nature globale du contrat⁽²²⁾ ni entraîner une augmentation du montant du contrat supérieure à 50 % du montant initial⁽²³⁾.

En présence de décisions de l'autorité concédante ayant pour effet de modifier unilatéralement sa concession du fait de la crise sanitaire actuelle, une première piste intéressante pour le concessionnaire pourra donc être de recourir à cette théorie jurisprudentielle désormais consacrée par les textes sous réserve des quelques tempéraments qui suivent :

- d'abord, dans bien des cas, aucune décision de modification unilatérale en bonne et due forme n'aura été prise par l'autorité concédante : le cours des événements et les décisions prises par d'autres autorités administratives seront parfois la cause des pertes d'exploitation consta-

(15) Il convient de ne pas omettre ces éventuelles pistes pouvant conduire à envisager notamment une augmentation des compensations de service public, lesquelles doivent alors conduire à intégrer le respect de la réglementation des aides d'Etat. L'article « Révision et modification des conditions financières des concessions de service public et réglementation européenne des aides d'Etat » rédigé par Benjamin Boiton apporte un éclairage complémentaire sur ces aspects.

(16) CE 21 mars 1910, Compagnie générale française des Tramways, *Rec CE* p.216 avec les conclusions de Léon Blum.

(17) A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, 2^e édition, LGDJ, 1984, tome II, n° 1178, p. 407.

(18) CE 27 octobre 2010, Syndicat intercommunal transports publics Cannes Le Cannet Mandelieu-la-Napoule, req. n° 318617. Également, par exemple, CE 3 mars 2017, req. n° 398901.

(19) Par exemple : « la commune a entendu modifier unilatéralement le contrat de concession sur ce point ; que, saisie à plusieurs reprises et notamment par la lettre susmentionnée du 21 août 1990, par la société concessionnaire afin de voir l'équilibre financier du contrat rétabli, la commune a refusé de faire droit à ces demandes ; que les fautes ainsi commises par la commune sont suffisamment graves pour justifier la résiliation de la concession à ses torts » [CE 12 mars 1999, SA Méribel 92, req. n° 176694].

(20) CCP, art. L. 3135-2.

(21) CE 27 octobre 1978, Ville de St Malo, req. n° 05722.

(22) CCP, art. L. 3135-1.

(23) CCP, art. R. 3135-3.

tées. Cette théorie pourra donc éventuellement ne pas pouvoir être invoquée ;

– ensuite, une jurisprudence récente mérite d'être signalée laquelle pourrait ne pas inciter à un très fort optimisme : de manière très sévère, à propos d'une mesure unilatérale de prolongation d'une délégation de service public imposant durant plusieurs mois au concessionnaire l'exploitation d'un équipement culturel en période de basse saison (avec une quasi absence de fréquentation), la cour administrative de Lyon a récemment jugé que, compte tenu de la brièveté de la prolongation au regard de la durée totale de la convention, il n'était pas démontré que l'équilibre financier du contrat en aurait été affecté^[24] ;

– enfin, comme il le sera évoqué ci-après, les dispositions de l'article 6.6° de l'ordonnance précitée du 25 mars 2019 pourraient restreindre ce droit.

● Le recours à la théorie de l'imprévision

Dans ce contexte sanitaire et économique tourmenté, le concessionnaire pourrait également tenter de faire jouer la théorie de l'imprévision. En vertu de cette théorie elle aussi plus que séculaire dégagée par le juge administratif et consacrée désormais par l'article L.6.3° du CCP, le titulaire d'un contrat administratif est fondé à obtenir une indemnité de la part de l'administration lorsque survient un événement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat^[25].

Bien que les conditions relatives à sa mise en œuvre soient particulièrement strictes, rien ne paraît néanmoins s'opposer à ce que, dans les circonstances actuelles, cette théorie puisse éventuellement être mise en œuvre avec succès.

La première condition se rapporte à la nature de l'évènement : la jurisprudence démontre qu'il peut être d'une nature variée : phénomène naturel (tempête,...), phénomène lié à un facteur humain (guerre, attentat,...), crise économique,... La crise sanitaire liée au Covid-19 pourrait bien constituer un évènement au sens de la jurisprudence précitée.

La deuxième condition est liée au caractère extérieur de l'évènement vis-à-vis du cocontractant : ce dernier ne doit pas être à l'origine de celui-ci ou l'avoir aggravé. Là

encore, cette crise sanitaire paraît bien constituer un évènement extérieur aux parties.

La troisième condition est liée au caractère imprévisible de l'évènement ou de ses conséquences^[26], lequel s'apprécie à la date de signature du contrat^[27] : la crise sanitaire paraît bien avoir été imprévisible pour les contrats qui ont été conclus avant le mois de mars 2020.

La dernière condition a trait au bouleversement économique temporaire de la concession ; aucun seuil n'est fixé par la jurisprudence ou les textes^[28] et celle-ci s'apprécie au cas par cas. Il s'agira sans doute de la condition la plus délicate à justifier. Certes, pour des contrats de longue durée, il pourrait être avancé que le bouleversement de l'équilibre du contrat ne serait pas caractérisé par une épidémie qui n'impacterait la vie économique que quelques semaines. Néanmoins, une telle affirmation est contestable. D'une part, il n'est pas certain que la crise sanitaire actuelle cesse rapidement et qu'elle n'entraîne pas très vite une crise économique majeure qui sera elle-même propice à la mise en œuvre de la théorie de l'imprévision. D'autre part, surtout, la notion d'imprévision impose seulement un bouleversement temporaire de l'équilibre du contrat : l'indemnité accordée au cocontractant doit d'ailleurs rester provisoire et ne vise qu'à permettre au concessionnaire de faire face aux difficultés conjoncturelles rencontrées. Alors même que les décisions de justice admettant la mise en jeu de la théorie de l'imprévision sont rares, cette crise sanitaire pourrait néanmoins dans certaines hypothèses être regardée comme bouleversant l'économie du contrat de concession : les coûts supplémentaires de certaines mesures de protection liées à la réalisation des chantiers ou d'approvisionnement de certains matériaux dans le cadre d'une concession de travaux pourraient peut-être dans certains cas contribuer à bouleverser l'équilibre économique du contrat ; de même, des retards liés à la réalisation et à la mise en service d'un ouvrage auront dans bien des cas pour effet de modifier substantiellement l'équilibre initial de la concession avec l'impossibilité de l'amortir sur la durée résiduelle du contrat. Enfin, dans les contrats de concession exposés à un fort risque « trafic », l'impossibilité d'exploiter les ouvrages ou alors dans des conditions de fréquentation réduites à une peau de chagrin pourra éventuellement entraîner un bouleversement de l'économie du contrat : par exemple, le concessionnaire obligé de maintenir en état de bon fonctionnement un palais des congrès ou une salle de spectacle avec les charges de personnel afférentes sans aucune recette d'exploitation sera exposé temporairement à un très important déficit d'exploitation. Dans de telles situations par exemple

[24] CAA Lyon 6 février 2020, req. n° 18LY01969.

[25] CE 30 mars 1916, Cie gale d'éclairage de Bordeaux, *Rec CE* p. 125. Il sera précisé que, s'agissant des concessions revêtant la qualification de contrat de droit privé, le mécanisme de l'imprévision a également été récemment introduit dans le Code civil. L'article 1195 du Code civil prévoit ainsi que : « Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ».

[26] L'évènement doit avoir déjoué tous les calculs que les parties ont pu faire au moment du contrat et doit dépasser les limites extrêmes que les cocontractants avaient imaginées.

[27] CE 19 février 1992, req. n° 47265

[28] Pour rappel, sous l'empire des dispositions de l'ancien Code des marchés publics, la doctrine retenait souvent un seuil d'environ 15 à 20 % d'augmentation du prix pour considérer l'existence d'un bouleversement de l'économie du marché.

et, sous réserve d'analyses financières étayées au cas par cas, la mise en œuvre de la théorie de l'imprévision pourrait donc être envisagée. Si celle-ci était retenue, le concessionnaire pourrait alors bénéficier d'une indemnité pour charges extracontractuelles en compensation de la part de déficit liée aux circonstances imprévisibles^[29] ; cette indemnité ne pourrait toutefois couvrir l'intégralité du déficit provoqué par l'exécution du contrat pendant la période au cours de laquelle celle-ci a été bouleversée^[30]. À propos de la mise en œuvre de cette théorie, compte tenu de l'extrême rigueur du juge, il sera encore répété ici tout l'intérêt pour le concessionnaire de rechercher avant tout un accord amiable avec l'autorité concédante : le recours à l'avenant ou à un protocole transactionnel pourra être préconisé, en veillant toutefois à s'assurer de la compatibilité de cet accord notamment avec les règles de la commande publique applicables aux modifications contractuelles des concessions énoncées à l'article L. 3135-1 du CCP.

● Le recours à la théorie du fait du prince

La théorie du fait du prince pourrait également permettre au concessionnaire, lorsque l'exécution du contrat aura été affectée par une mesure prise par la personne publique contractante mais agissant à un autre titre que celui de partie au contrat, d'obtenir une indemnité si la mesure le touche spécifiquement ou si la mesure a une portée générale mais remet substantiellement en cause l'économie du contrat^[31]. Dans cette dernière hypothèse, la réparation du préjudice subi par le titulaire est intégrale, à la différence du régime d'indemnisation en cas d'imprévision. Avec un peu d'audace peut-être, cette théorie pourrait par exemple conduire des concessionnaires de l'État à rechercher sa responsabilité sur le fondement de cette théorie. S'agissant par exemple des concessions autoroutières, celles-ci connaissent aujourd'hui une baisse importante de leur fréquentation en raison des mesures de confinement décidées par l'État ; les choses ne devraient d'ailleurs pas franchement s'améliorer lors de la mise en œuvre des premières mesures de déconfinement. Il pourrait donc être envisagé par les sociétés concessionnaires autoroutières de tenter de rechercher la responsabilité de l'État au titre de la théorie du fait du prince.

Ces différents leviers de droit commun qui pourraient permettre au concessionnaire d'obtenir une indemnisation en raison de l'impact de la crise sanitaire sur l'équilibre financier du contrat, sont également complétés par les mécanismes particuliers mis en place par l'Ordonnance du 25 mars 2020.

[29] CE 21 octobre 2019, Société Alliance, req. n° 419155.

[30] La part laissée au cocontractant est tout de même relativement faible : 5 à 10 % ; le juge tient notamment compte de la situation financière du concessionnaire, des bénéfices passés et des perspectives futures, des mesures adoptées par lui pour pallier aux difficultés rencontrées.

[31] Pour un exemple de jurisprudence relative à la mise en œuvre de la théorie du fait du prince à propos d'un arrêté de police réglementant la circulation, si l'arrêté affecte les conditions d'exécution d'un contrat : CE 22 octobre 1937, Compagnie générale des Iles.

Les mécanismes spécifiques prévus par l'Ordonnance du 25 mars 2020

Pour permettre au concessionnaire de tenir financièrement durant cette période de confinement et d'urgence sanitaire, l'ordonnance précitée n° 2020-319 du 25 mars 2020 a également prévu deux mécanismes financiers spécifiques qui concernent l'exécution des concessions :

- un système d'indemnisation en cas d'exécution dégradée de la concession ;
- un système de soutien financier en cas de suspension du contrat de concession.

● Le recours aux dispositions de l'article 6.6° de l'ordonnance

S'agissant de l'hypothèse d'exécution dégradée de la concession, l'article 6.6° de l'Ordonnance du 25 mars 2020 a prévu un mécanisme original d'indemnisation au profit du concessionnaire, destiné à compenser le surcoût qui résulte de l'exécution, même partielle, du service ou des travaux. Lorsque, l'exécution de la concession n'étant pas suspendue, l'autorité concédante est conduite à modifier significativement les modalités d'exécution prévues au contrat, le concessionnaire « a droit à une indemnité destinée à compenser le surcoût qui résulte de l'exécution, même partielle, du service ou des travaux, lorsque la poursuite de l'exécution de la concession impose la mise en œuvre de moyens supplémentaires qui n'étaient pas prévus au contrat initial et qui représenteraient une charge manifestement excessive au regard de la situation financière du concessionnaire ».

La portée de ces dispositions laisse dubitatif. Elles semblent en effet renvoyer à la notion de modification unilatérale des modalités d'exécution du contrat par l'autorité concédante évoquée précédemment. Or, les conditions d'indemnisation fixées par ces dispositions semblent plus sévères que celles prévues en cas de modification unilatérale du contrat de concession au sens de l'article L. 3135-2 du CCP précité. Il n'est pas évoqué par ce texte la réparation intégrale du préjudice subi et notamment l'indemnisation de l'éventuel manque à gagner. L'on ne sait donc que penser de ces dispositions : pourquoi ce texte ? S'agissait-il de préserver les intérêts de concessionnaire titulaires de convention de droit privé ? Ce mécanisme est-il exclusif du droit au respect de l'équilibre financier du contrat administratif ou bien complémentaire ? Espérons pour les concessionnaires que cette dernière hypothèse sera retenue.

● Le recours aux dispositions de l'article 6.5° de l'ordonnance

L'article 6.5° de l'ordonnance précitée du 25 mars 2020^[32] traite, quant à lui, de l'hypothèse de la suspension de l'exécution d'une concession par décision de l'autorité concédante ou bien résultant d'une mesure de police administrative. Dans une telle situation, l'ordonnance

[32] Ces dispositions ont été modifiées par l'ordonnance n° 2020-460 du 22 avril 2020.

prévoit, d'une part, que tout versement d'une somme au concédant est suspendu et, d'autre part, si la situation de l'opérateur économique le justifie et à hauteur de ses besoins, qu'une avance sur le versement des sommes dues par le concédant peut lui être versée. À l'issue de cette période de suspension, un avenant devra déterminer, le cas échéant, les modifications du contrat apparues nécessaires. La mise en œuvre de ces dispositions est là encore source de questionnements.

En cas de suspension de la concession, le concessionnaire n'a-t-il droit qu'à la mise en œuvre de ce mécanisme, c'est-à-dire au versement d'avances ? Il faut espérer que non et qu'il puisse également disposer de la faculté de réclamer une indemnisation des éventuels préjudices subis du fait de cette interruption notamment sur la base des divers fondements évoqués précédemment. Par ailleurs, si l'on voit bien ce que peut recouvrir la suspension des sommes dues au concédant (par exemple, le paiement de la redevance d'occupation domaniale ou de redevances de contrôle,...), qu'en est-il de la notion d'avance sur les sommes dues ?

À propos de ces dernières, il pourra déjà s'agir des éventuelles avances sur les compléments de prix prévus par la convention au profit du concessionnaire. S'agira-t-il aussi par exemple du paiement des éventuelles compensations de service public qui seraient prévues par le contrat ? Il paraît a priori possible de répondre par l'affirmative à cette question dès lors, par exemple, en matière de marché, l'ordonnance précitée du 25 mars 2020 a semble-t-il posé une dérogation remarquable à la règle du service fait. La fixation du montant de cette avance suscitera également à coup sûr débat : l'appréciation de la « hauteur des besoins » du concessionnaire devra-t-elle être effectuée au regard du seul contrat ou de la situation générale de trésorerie du concessionnaire ? Enfin, l'autorité concédante pourra-t-elle solliciter, si la concession ne le prévoit pas, la constitution de garanties en contrepartie des avances versées ? *A priori*, en faveur d'une réponse positive, il pourrait être avancé que, théoriquement, la liberté contractuelle est la règle en matière de concession et elle pourrait l'imposer. Cependant l'ordonnance n'en parle pas et, en pratique, cette exigence pourrait être délicate à mettre en œuvre. Quant à la conclusion d'un avenant a posteriori^[33], il faudra espérer que le concessionnaire n'ait pas succombé à la crise et que les parties cocontractantes fassent preuve de bonne volonté pour en finaliser les termes...

[33] Les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 modifiée prévoient d'ailleurs un assouplissement des règles de forme relatives à la passation des avenants : « par dérogation aux articles L. 1411-6 et L. 1414-4 du code général des collectivités territoriales, les projets d'avenants aux conventions de délégation de service public et aux marchés publics entraînant une augmentation du montant global supérieure à 5 % sont dispensés, respectivement, de l'avis préalable de la commission mentionnée à l'article L. 1411-5 du même code et de celui de la commission d'appel d'offres ».

La liste des interrogations liées à la mise en œuvre de ces nouvelles dispositions est longue ; manifestement, ce régime spécifique est source d'une certaine complexité et pas totalement rassurant. Compte tenu de ce constat, les concessionnaires seront donc bien avisés de jouer sur plusieurs tableaux pour défendre leurs intérêts financiers.

Comment faire face à l'éventuelle fin du contrat ?

Il convient enfin pour achever ce tour d'horizon des principales modalités de protection des intérêts financiers du concessionnaire dans ce contexte de crise sanitaire de ne pas oublier le scénario d'une fin prématurée du contrat ; celle-ci ne pourra, parfois, pas être évitée notamment si la crise sanitaire dure. Des questions pourront alors se poser à propos du fondement de la résiliation et de l'éventuel droit à indemnisation du concessionnaire. Il sera donc ici rappelé quelques règles essentielles applicables en matière de résiliation d'une concession notamment :

- pour raison de force majeure ;
- pour motif d'intérêt général ;
- pour « faillite » du concessionnaire.

La résiliation du fait d'un cas de force majeure

C'est d'abord l'autorité concédante qui pourra décider de résilier le contrat de concession en cas de force majeure comme le permet l'article L. 3136-2 du CCP. Mais c'est aussi le concessionnaire qui pourra être conduit à demander cette résiliation pour force majeure^[34] ; ce dernier pourra ainsi tenter de démontrer que la situation de force majeure est de nature à l'empêcher d'exécuter son contrat de manière définitive. Il a été jugé par exemple que la force majeure « autorise le concessionnaire comme d'ailleurs le concédant, à défaut d'un accord amiable sur une orientation nouvelle à donner à l'exploitation, à demander au juge la résiliation de la concession avec indemnité s'il y a lieu, et en tenant compte tant des stipulations du contrat que de toutes les circonstances de l'affaire »^[35].

La résiliation pour force majeure de la concession n'est pas celle qui présente le plus d'intérêt financier pour le concessionnaire. Celui-ci ne dispose que d'un droit à indemnisation pour les pertes subies imputables à l'évènement de force majeure^[36], à l'exclusion de toute autre indemnité dans la mesure où la résiliation pour force majeure est motivée par un fait extérieur à l'autorité concédante et où aucune préoccupation de continuité du contrat ne peut plus trouver à s'appliquer. Est donc exclu en principe tout droit à indemnisation de la perte de bénéfice escompté.

[34] CE 9 décembre 1932, Cie des Tramways de Cherbourg, *Rec CE* p. 1050.

[35] TA Caen 10 avril 2014, Sté Groupe Emeraude, req. n° 1300957.

[36] CE 8 janvier 1925, Société Chantiers et ateliers de Saint-Nazaire, *Rec CE* p. 28.

En pratique, le régime financier lié à la survenance d'un cas de force majeure est très souvent aménagé contractuellement par les parties cocontractantes notamment en terme de délai et de montant d'indemnisation. S'il y a lieu, il sera donc sage et utile de se référer au contenu du contrat de concession pour s'assurer du contenu du dispositif prévu.

La résiliation pour motif d'intérêt général

Le contrat de concession s'il s'agit d'un contrat administratif peut également être résilié par l'autorité concédante pour motif d'intérêt général. Dans la mesure où le juge administratif apprécie plutôt sagement l'exigence du motif d'intérêt général, une résiliation pour un tel motif d'intérêt général devrait pouvoir dans certains cas se justifier pour des raisons liées aux conséquences financières et techniques du Covid-19. Le concessionnaire pourra alors aussi obtenir la réparation du préjudice subi^[37]. Cette indemnisation couvre en principe l'intégralité du préjudice subi par le concessionnaire et correspond à la valeur non amortie des investissements du concessionnaire^[38] ainsi qu'au manque à gagner^[39], soit les pertes subies et les bénéfices manqués du fait de cette résiliation. Là encore, en pratique, il est fréquent que les contrats de concession comportent des dispositions spécifiques auxquelles il conviendra alors de se référer. Il s'agira notamment de s'assurer que le montant de l'indemnisation à verser par l'autorité concédante n'est pas disproportionné par rapport au préjudice réellement subi. Par un arrêt en date du 3 mars 2017, après avoir énoncé qu'en « vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs, la personne publique cocontractante peut toujours, pour un motif d'intérêt général, résilier unilatéralement un tel contrat, sous réserve des droits à indemnité de son cocontractant », le Conseil d'État a également surtout rappelé que « si l'étendue et les modalités de cette indemnisation peuvent être déterminées par les stipulations contractuelles, l'interdiction faite aux personnes publiques de consentir des libéralités fait toutefois obstacle à ce que ces stipulations prévoient une indemnité de résiliation qui serait, au détriment de la personne publique, manifestement disproportionnée au montant du préjudice subi par le cocontractant du fait de cette résiliation »^[40].

La résiliation en cas de faillite du concessionnaire

Enfin, doit être évoqué rapidement l'éventuelle possibilité sous certaines conditions très strictes pour l'autorité concédante de résilier le contrat de concession en cas de procédure collective ouverte à l'encontre du concessionnaire. Il sera simplement ici notamment rappelé que, lorsqu'un concessionnaire fait l'objet d'une procédure de sauvegarde ou d'une mesure de redressement judiciaire, l'autorité concédante doit adresser une mise en demeure à l'administrateur, lequel dispose d'un délai d'un mois pour se prononcer sur la poursuite du contrat en cours^[41]. Si l'administrateur judiciaire se prononce pour la continuation du contrat, l'autorité concédante ne peut alors en principe, sans commettre de faute, procéder à sa résiliation de manière unilatérale^[42]. Les conditions de règlement de l'indemnisation éventuelle due aux concessionnaires devront alors être fixées en prenant en compte les règles particulières applicables en matière de procédure collective, lesquelles présentent une complexité certaine.

Pour conclure, au terme de ces premières réflexions, il apparaît donc de prime abord que les concessionnaires ne sont pas les opérateurs économiques les plus mal lotis face à cette crise sanitaire. D'une part, s'il leur est applicable, le régime juridique du contrat administratif leur donne quelques atouts, d'autre part, de toute façon, les règles spécifiques édictées par l'ordonnance du 25 mars 2020 apportent indéniablement quelques garanties minimales. Par ailleurs, la conclusion de contrats d'une durée généralement assez longue est également une force : le temps de la concession devrait permettre d'amortir la crise. Pour autant, la réalité est toute autre. Il ne faudrait pas que la crise dure trop longtemps notamment en raison du fait que le modèle concessif est de plus en plus concurrentiel et laisse des marges de plus en plus faibles aux opérateurs. L'absence totale dans certains cas de recettes liées à l'exploitation des ouvrages ou du service, combinée au maintien de certaines charges incompressibles, pourrait être à plus ou moins court terme à l'origine de possibles catastrophes économiques et faillites de certains concessionnaires. Une collaboration et une vision partagée des contraintes économiques entre autorités concédantes et concessionnaires sont donc plus que jamais nécessaires pour survivre à cette crise sanitaire.

[37] CE 23 février 1906, Compagnie générale des eaux, *Rec. CE* p. 173.

[38] CE 20 mai 1994, Société Le gardiennage industriel, req. n° 66377.

[39] CE 24 janvier 1975, req. n° 87259.

[40] CE 3 mars 2017, Société Leasecom, req. n°392446.

[41] Cf. Code de commerce, art. L. 622-13 et L. 631-14. L'article L. 622-13.I du Code de commerce prévoit notamment que « : I. - Nonobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle, aucune indivisibilité, résiliation ou résolution d'un contrat en cours ne peut résulter du seul fait de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde. Le cocontractant doit remplir ses obligations malgré le défaut d'exécution par le débiteur d'engagements antérieurs au jugement d'ouverture. Le défaut d'exécution de ces engagements n'ouvre droit au profit des créanciers qu'à déclaration au passif ».

[42] CE 24 octobre 1990, Régie immobilière de la Ville de Paris, req. n° 87327, 88242.